

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

---

LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC DANS  
LES CONFLITS DE LOIS

---

Thèse présentée pour obtenir le grade de  
Docteur en Droit

par

**CHARLES KNAPP**

Licencié en droit

Attaché Consulaire au Consulat de Suisse  
à Mulhouse

---

**LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC DANS  
LES CONFLITS DE LOIS**



La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le Professeur G. SAUSER-HALL, autorise l'impression de la présente thèse intitulée: *La Notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, présentée par M. CHARLES KNAPP, de Neuchâtel, pour l'obtention du grade de docteur en droit; elle ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, celles-ci devant être considérées comme propres à l'auteur.

NEUCHÂTEL, le 19 avril 1933.

*Le Doyen de la Faculté de Droit:*

BÈGUELIN

## AVANT-PROPOS

---

Nous tenons à exprimer à M. Georges Sauser-Hall, professeur aux Facultés de droit des Universités de Neuchâtel et de Genève, nos plus sincères remerciements pour l'appui bienveillant qu'il n'a cessé de nous prêter au cours de l'élaboration du présent travail. Ses précieux conseils nous ont encouragé dans l'accomplissement de notre tâche et lui acquièrent nos sentiments de profonde gratitude. Nous remercions bien vivement les directeurs et leurs collaborateurs, de la Bibliothèque de la Ville de Neuchâtel, de l'Institut de droit international à l'Université de Kiel, de l'Institut de droit privé étranger et de droit international privé, à Berlin, de l'Institut de droit public étranger et de droit des gens, à Berlin, du British Museum, à Londres, de la Bibliothèque de la Société de législation comparée, à Paris, qui nous ont accueilli avec la plus grande amabilité et ont obligeamment mis à notre disposition les nombreux ouvrages qu'il nous était indispensable de consulter.

Mulhouse, 19 avril 1933.

## ERRATA

---

- Page X, ligne 29, au lieu de: internationale, lire: internazionale.
- Page 12, ligne 36, au lieu de: conflits, lire: conflits.
- Page 13, ligne 17, après: traité, mettre: ».
- Page 26, note 37, ligne 23, au lieu de: cirtù, lire: virtù; et, au lieu de: ignota, lire: ignoto.
- Page 32, ligne 5, au lieu de: étranger, lire: étranger.
- Page 35, ligne 21, après: ordre public, ajouter: international.
- Page 39, *Doctrine de Fiore*, ligne 12, au lieu de: (op. cit. II,...), lire: (op. cit. III, ...).
- Page 43, ligne 18, après: objectif, supprimer la virgule; et, ligne 21, au lieu de: qun, lire: qul.
- Page 44, ligne 25, au lieu de: respectuées, lire: respectées.
- Page 46, note 57, ligne 4, au lieu de: frontes, lire: fuentes.
- Page 53, *Doctrine de Zitelmann*, ligne 14, au lieu de: legime, lire: légitime.
- Page 59, ligne 17, au lieu de: fidéis-commis, lire: fidéicomms; et ligne 20, après: avoir, ajouter: avec.
- Page 63, note 83, ligne 3, au lieu de: essenzionale, lire: eccezionale.
- Page 65, ligne 2, dès le bas, au lieu de: nationales, lire: national.
- Page 84, ligne 22, au lieu de: de Royaume, lire: du Royaume.
- Page 85, note 98, ligne 4, au lieu de: efeto, lire: efecto.
- Page 93, *SUISSE*, ligne 5, au lieu de: intéresse, lire: intéressent.
- Page 95, ligne 7, au lieu de: arbitraires, lire: arbitrales.
- Page 105, note 123, ligne 3, au lieu de: Berücksichtigung, lire: Berücksichtigung.
- Page 109, *Bibliographie spéciale*, ligne 4, après: p. 481, ajouter: à 506).
- Page 113, ligne 1, au lieu de: chapitre, lire: chapitre.
- Page 125, ligne 14, au lieu de: C'est à tort, d'autre part, que les autorités suisses n'ont pas voulu..., lire: C'est uniquement, d'autre part, en raison du fait qu'elles sont liées par l'art. 7 de la convention de La Haye sur le mariage que les autorités suisses n'ont pas pu....
- Page 132, ligne 6, dès le bas, après: la réserve, supprimer: de l'art. 2, 2<sup>e</sup> phrase;.
- Page 134, note 165, ligne 18, au lieu de: 26 mars 1924, lire: 26 mars 1914.
- Page 137, note 170, ligne 7, au lieu de: Rechtzustand, lire: Rechtszustand.
- Page 144, ligne 8, avant: dissons, ajouter: non.
- Page 159, note 204, ligne 2, après: n° 3563, ajouter: du 1<sup>er</sup> avril 1924.
- Page 182, note 230, ligne 6, au lieu de: auch eine, lire: keine.
- Page 194, note 243, ligne 6, au lieu de: étalt, lire: étaient.
-

## BIBLIOGRAPHIE

---

### A. — OUVRAGES ET ARTICLES GÉNÉRAUX

- ARMINJON, Pierre. — I. Précis de droit international privé, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1927, t. II, Paris, 1929 et t. III, Paris, 1931.  
— II. L'objet et la méthode du droit international privé, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXI, 1928/I, p. 429 à 512).
- AUBRY, Jules. — I. Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé, (Cl., 1896, p. 465 à 481 et 721 à 745).  
— II, et III. De la notion de territorialité en droit international privé, (Cl., 1900, p. 689 à 704; 1901, p. 253 à 273 et 643 à 671, cités II; 1902, p. 209 à 243, cité III).
- AUDINET, André. — Conflit des lois impératives et prohibitives en matière de contrats, thèse de Poitiers, 1922.
- AUDINET, Eugène. — Principes élémentaires du droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1906.
- VON BAR, Ludwig. — I. Das internationale Privat- und Strafrecht, Hanovre, 1882.  
— II. Internationales Privatrecht, (Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, t. II, p. 1 à 45, 6<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1904).  
— III. Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2 vol., 2<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1889.  
— IV. Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Stuttgart, 1892.
- BARAZETTI, Caesar. — Das internationale Privatrecht im bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich, Hanovre, 1897.
- BARTIN, Etienne. — I. Etudes de droit international privé: La théorie des qualifications, p. 1 à 82; la théorie du renvoi, p. 83 à 183; les dispositions d'ordre public, p. 189 à 284, Paris, 1899.  
— II. Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence françaises, t. I, Paris, 1930, t. II, Paris, 1932.
- BEALE, Joseph-H. — I. A Selection of Cases on the Conflict of Laws, 3 vol., Cambridge, 1900-02.  
— II. A Treatise on the Conflict of Laws, Cambridge, 1916.
- BECK, Emil. — Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Schlußtitel: Einführung- und Uebergangsbestimmungen, II. Abschnitt; 5<sup>e</sup> vol., 2<sup>e</sup> liv. du Commentaire de Gmür, Berne, 1932.
- BELLOT, Hugh-Hale-Leigh. — Analysis of Foote's Private International Law, with Introduction and Leading Cases, Londres, 1925.
- BERGMANN, Alexander. — Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3 vol., Berlin, 1926-28.

- BLUMER-MOREL. — Handbuch des schweizerischen Bundesrechts, 2<sup>e</sup> éd., 3 vol., Schaffhouse et Bâle, 1877-87.
- BOISSARIE, René. — De la notion de l'ordre public en droit international privé, thèse de Paris, 1888.
- BOURDON-VIANE et MAGRON. — Manuel élémentaire de droit international privé, Paris, 1883.
- BROCHER, Charles. — I. Nouveau Traité de droit international privé, Genève et Paris, 1876.  
— II. Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés par le droit positif français, 3 vol., Paris-Genève, 1882-85.
- BURCKHARDT, Walter. — Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 1931.
- BURGE. — Commentaries on Colonial and Foreign Laws generally and their Conflict with each other and with the Law of England, 8 vol., Londres, 1900-13.
- BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio. — El orden publico, La Havane, 1893.
- CALEB, Marcel. — Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, thèse de Strasbourg, 1927.
- CATELLANI, E. L. — Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, 2 vol., Turin, 1902.
- CONTUZZI, Francesco-Paolo. — Il codice civile nei rapporti del diritto internazionale privato, 2 vol., Naples, 1897-1902.
- COVIELLO, Nicola. — Manuale di diritto civile italiano, parte generale, 3<sup>e</sup> éd., Milan, 1924.
- COURTIER. — Notions de l'ordre public dans le Code, quant aux personnes, thèse de Paris, 1904.
- DERNBURG, Heinrich. — Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, t. I, 3<sup>e</sup> éd., Halle, 1906.
- DESPAGNET, Frantz. — I. Précis de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1909.  
— II. L'ordre public du droit international privé, *Cl.*, 1889, p. 5 à 21 et 207 à 222).  
— III. D'une nouvelle dénomination de ce qu'on appelle droit international privé et de ses effets fondamentaux, (*Cl.*, 1898, p. 5 à 22).
- DICEY, A. V. et KEITH, A. — A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws, 4<sup>e</sup> éd., Londres, 1927.
- DIENA, Giulio. — I. La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie, (*Rec. Cours Acad.* DI, t. XVII, 1927/II, p. 343 à 447).  
— II. Trattato di diritto commerciale internazionale, 3 vol., Florence, 1900-05.  
— III. Principi di diritto internazionale, parte seconda: Diritto internazionale privato, 2<sup>e</sup> éd., Milan, 1925.
- DONNEDIEU de VABRES, H. — I. Introduction à l'étude du droit pénal international : Essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger, Paris, 1922.  
— II. Les principes modernes du droit pénal international, Paris, 1928.
- DURAND, Louis. — Essai de droit international privé, Paris, 1884.

- EGGER et ESCHER. — Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (en collaboration avec d'autres auteurs), 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> éd., 6 vol., Zurich, 1914-32.
- ESPERSON, Paolo. — I. Il principio di nazionalità, Pavia, 1888.  
— II. Le droit international privé dans la législation italienne, (Cl., 1879, p. 329 à 351; 1880, p. 245 à 259 et p. 337 à 346; 1881, p. 206 à 230; 1882, p. 154 à 168 et p. 270 à 288; 1883, p. 263 à 275 et 1884, p. 168 à 178, p. 251 à 270, p. 365 à 387 et p. 604 à 613).
- FEDOZZI, Prospero. — I. Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international, (Cl., 1897, p. 69 à 78 et 495 à 507).  
— II. Ufficio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato, (Archivio giuridico, t. LXLX/1902, p. 224 à 205).
- FERRARA, Francesco. — Trattato di diritto civile italiano, t. I, Rome, 1921.
- FINK, Friedrich. — Die Prinzipien des internationalen Privatrechts und der Vorbehaltsklausel, (NZ, t. XXIV/1914, p. 138 à 179).
- FIORE, Pasquale. — I. Diritto internazionale privato o principi per risolvere i conflitti tra le leggi civili, commerciali, giudiziarie, penali di stati diversi, 3 vol., 4<sup>e</sup> éd., Turin, 1913.  
— II. De l'ordre public en droit international privé, (Rev. DI et lég. comp., t. XXXIV/1902, p. 608 à 622).  
— III. De la délimitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public, trad. Antoine, (Cl., 1908, p. 351 à 366).  
— IV. De l'ordre public en droit international privé, (Annuaire, t. XXIII/1910, p. 205 à 230).
- FLEINER, Fritz. — Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tubingue, 1923.
- FOOTE, John-Alderson et BELLOT, Hugh-H.-L. — Foreign and Domestic Law: A Concise Treatise on Private International Law, 5<sup>e</sup> éd., Londres, 1925.
- FRANKENSTEIN, Ernst. — I. Internationales Privatrecht (Grenzrecht), t. I, Berlin, 1926, t. II et III, Berlin, 1928-30.  
— II. Tendances nouvelles du droit international privé, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXXIII, 1930/III, p. 241 à 350).  
— III. Une doctrine moderne du droit international privé, (Dar.-Lapr., 1932, p. 47 à 73).
- FUSINATO, Guido. — Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale, (Archivio giuridico, t. XXXIII/1884, p. 521 à 813).
- GABBA, C. F. — Contributo alla retta interpretazione dell'art. 12 delle disp. prel. del codice civile italiano, dans « Nuove questioni di diritto civile », 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 251 à 258, Turin, 1914.
- GIESKER-ZELLER, Heinrich. — Der « Ordre public international » in der Schweiz, (Rev. suis. jur., t. XIV/1817-18, p. 133 à 139, 153 à 158, 170 à 176).
- GMUER, Max. — Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (en collaboration avec d'autres auteurs), 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> éd., 8 vol., Berne, 1910-32.
- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté, thèse de Dijon, 1912.

- GUTZWILLER, Max. — Le développement historique du droit international privé, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXIX, 1929/IV, p. 287 à 400).
- HEALY, Thomas-Henry. — La théorie générale de l'ordre public, (Rec. Cours Acad. DI, t. IX, 1925/IV, p. 407 à 557).
- HOMBERGER, A. — Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichts, Berne, 1925.
- JAPIOT, René. — Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse de Dijon, 1909.
- JETTEL, Emil. — Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechts, Vienne et Leipzig, 1893.
- KAHN, Franz. — Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, publiées par LENEL, Otto et LEWALD, Hans, 2 vol., Munich et Leipzig, 1928.
- KLEIN, Peter. — Die Lehre vom ordre public, (Archiv für bürgerliches Recht, t. XXIX, 1906, p. 311 à 384).
- KOLLEWIJN, R. D. — Het beginsel der openbare orde in het international privaatrecht, La Haye, 1917.
- KOSTERS. — Public Policy in Private International Law, (Yale Law Journal, t. XXIX/1919-20, p. 745 à 766).
- KUHN, Arthur-K. — La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXI, 1928/I, p. 189 à 278).
- KULIG, Johannes. — Die Exklusivregel des Art. 30 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche, thèse de Kiel, 1911.
- LAFLEUR, Eugène. — The Conflict of Laws in the Province of Quebec, Montréal, 1898.
- LAGHI, Ferdinando. — Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali, t. I, Bologne, 1888.
- LAINÉ, A. — I. Introduction au droit international privé: Le droit international privé dans ses rapports avec la théorie des statuts, 2 vol., Paris, 1888-92.  
— II. Considérations sur le droit international privé, à propos d'un livre récent: «La synthèse du droit international privé», de M. le comte de Varelles-Sommlères, (Rev. crit., t. XLVIII/1899, p. 613 à 625 et t. XLIX/1900, p. 20 à 46, 83 à 93, 216 à 227 et 350 à 373).
- LAPRADELLE et NIBOYET. — Répertoire de droit international, 10 vol., Paris, 1928-31.
- LAURENT, François. — Droit civil international, 5 vol., Bruxelles, 1880.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, P. — Précis de droit international privé, (Collection des petits précis Dalloz), 1<sup>e</sup> éd., Paris, 1928, citée I; 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1933, citée II.
- LERESCHE, Armand. — L'exécution des jugements civils étrangers en Suisse et des jugements suisses dans quelques pays, Aarau, 1927.
- LOMONACO, Giovanni. — Trattato di diritto civile internazionale, (Biblioteca delle Scienze giuridiche e sociali, t. XXXIII), Naples 1874.
- LORENZEN, Ernest-Gustav. — Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws, (Yale Law Journal, t. XXXIII/1923-24, p. 736 à 751).

- LOZZI. — Introduzione al codice civile e al diritto internazionale privato, 2<sup>e</sup> ed., Venise, 1880.
- MAKAROV, A.-N. — Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russes (U.R.S.S.), (Rec. Cours Acad. DI, t. XXXV, 1931/I, p. 473 à 604).
- MANCINI, P. — Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Turin, 1851.
- MARINONI, M. — La natura giuridica del diritto internazionale privato, (Riv. dir. int., 1913, p. 449 à 501).
- MEILI, Friedrich. — I. Das internationale Civil- und Handelsrecht, Zurich, 1902.  
— II. Lehrbuch des internationalen Straf- und Strafprozessrechts, Zurich, 1910.
- MEILI, F. et MAMELOK, A. — Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zurich, 1911.
- MELCHIOR, George. — Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin, 1932.
- MILONE. — I. Dei principi e delle regole del diritto internazionale privato, Naples, 1873.  
— II. Le leggi proibitive nell'art. 12 delle disp. prel. del codice civile, (Omaggio del Filangieri a Enrico Pessina, p. LXXIX à LXXXIV), Milan, 1900.
- MINOR, Raleigh-C. — Conflict of Laws or Private International Law, Boston, 1901.
- MOMMSEN, Th. — Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normiren?, (Archiv für zivilistische Praxis, t. LXI/1878, p. 149 à 202).
- MOUTIER, M. — Conflits des lois étrangères avec les lois d'ordre public français, thèse de Paris, 1891.
- MUHEIM, Franz. — Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im schweizerischen Privatrecht, thèse de Berne, 1887.
- NELSON, Horace. — Selected Cases, Statutes and Orders illustrative of the Principles of Private International Law as administered in England, with a Commentary, Londres, 1869.
- NIBOYET, J.-P. — Manuel de droit international privé, Paris, 1928.
- NIEMEYER, Theodor. — I. Zur Methodik des internationalen Privatrechts, Leipzig, 1894.  
— II. Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht, Leipzig, 1894.  
— III. Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, Leipzig, 1895.  
— IV. Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1901.  
— V. Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, (Publications du séminaire de droit international de l'Université de Kiel, 1<sup>er</sup> cahier), Munich et Leipzig, 1915.  
— VI. Das internationale Recht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1896.
- NUSSBAUM, Arthur. — Deutsches internationales Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts, Tübingen, 1932.

- OLIVE, Louis.** — Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international privé, thèse de Bordeaux, 1899.
- OLIVI, Luigi.** — Manuale di diritto internazionale pubblico e privato, 2<sup>e</sup> éd., Milan, 1911.
- PESCATORE.** — La logica del diritto, Turin, 1863.
- PETITPIERRE, Max.** — La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse, thèse de Neuchâtel, 1924.
- PILENKO, Al.** — Ocerki po sistematike castniago mezdunarodnago prava (Précis systématique de droit international privé), St-Pétersbourg, 1911.
- PILLER, Joseph.** — Condition juridique des Suisses à l'étranger, thèse de Fribourg, 1918.
- PILLET, Antoine.** — I. Principes de droit international privé, Paris, 1903.  
— II. De l'ordre public en droit international privé, Grenoble, 1890, (publié dans les « Mélanges Pillet », Paris, 1929, t. I, p. 407 à 515).  
— III. Traité pratique de droit international privé, 2 vol., Paris, 1925.  
— IV. Le droit international privé: Essai général de solution des conflits de lois, (Cl., 1894, p. 417 à 435 et 711 à 754).  
— V. Théorie continentale des conflits de lois, (Rec. Cours Acad. DI t. II, 1924/I, p. 447 à 484).
- PILLET et NIBOYET.** — Manuel de droit international privé, Paris, 1924.
- POULLET, P.** — Manuel de droit international privé belge, Louvain et Paris, 1925.
- RAPISARDI-MIRABELLI, Andrea.** — L'ordine pubblico nel diritto internazionale, Catane, 1908.
- RENAULT, Louis.** — Les conventions de La Haye sur le droit international privé, Paris, 1903.
- RICHARD-PRASSINOS, Marguerite.** — Le divorce et la séparation de corps en droit comparé et en droit international privé, thèse de Paris, 1928.
- ROGUIN, Ernest.** — I. Conflits de lois suisses, en matière internationale et intercantonale, Lausanne et Paris, 1891.  
— II. La science juridique pure, 3 vol., Paris-Lausanne, 1923.
- ROSSEL et MENTHA.** — Manuel du droit civil suisse, 2<sup>e</sup> éd., 3 vol., Lausanne-Genève, 1922; Supplément, 1931.
- ROLIN, Albéric.** — Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du code civil, 3 vol., Paris, 1897.
- VON SALIS, L-R.** — Le droit fédéral suisse: Jurisprudence du CF et de l'Ass. féd., en matière de droit public et administratif, (trad. BOREL), 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1904-1907. — Cet ouvrage a été continué par BURCKHARDT, (trad. BOVET), 5 vol., Neuchâtel, 1930-1933.
- SAUSER-HALL, Georges.** — Le droit applicable aux obligations en droit international privé, (Zelt. f. schw. R., n. s., t. XLIV/1925, p. 271 a à 320 a).
- VON SAVIGNY, Friedrich-Carl.** — System des heutigen römischen Rechts, t. VIII, Berlin, 1849.
- SIMOND, Charles.** — Droit international privé: Les étrangers domiciliés en Suisse, thèse de Lausanne, 1926.

- SIMONS, Walter. — La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne, (Rec. Cours Acad. DI, t. XV, 1926/V, p. 433 à 533).
- STAUFFER, Wilhelm. — I. Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juli 1891/10. Dezember 1907, Aarau, 1925.  
— II. Die Verträge der Schweiz mit Oesterreich und der Tschechoslowakei über die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen, Aarau, 1930.
- STORY, Joseph et BENNETT, E.-H. — Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgements, 8<sup>e</sup> éd., Cambridge, 1872.
- STREIT, Georges. — La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Grèce, (Rec. Cours Acad. DI, t. XX, 1927/V, p. 1 à 164).
- SURVILLE, F. — Manuel élémentaire de droit international privé, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1925.
- TRAVERS, Maurice. — Le droit pénal international, 5 vol., Paris, 1920-22.
- TRIAS DE BES, José. — I. Estudios de derecho internacional privado con aplicacion especial al derecho espanol, Barcelone, 1921.  
— II. Derecho Internacional publico y privado, Madrid, 1926.
- VALÉRY Jules. — Manuel de droit international privé, Paris, 1914.
- VALJ, Franz. — Die Vorbehaltsklausel in der englischen Ehrerechtssprechung, (NZ, t. XXXXIII/1930, p. 139 à 167).
- VAREILLES-SOMMIERES. — I. Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, Paris, 1899.  
— II et III. La synthèse du droit international privé, 2 vol., Paris, 1898, cité II, (et extraits, Cl., 1900, p. 5 à 29 et 258 à 290, cités III).
- VERDIA, Luis-Pérez. — Tratado elemental de derecho internacional privado, Guadalajara, 1908.
- VILLELA, Alvaro. — Tratado elemental teorico e pratico de direito internacional privado, 2 vol., Coimbre, 1921.
- VINCENT, René et PENAUD, Edouard. — Dictionnaire de droit international privé, Paris, 1888-90.
- WÄCHTER. — Untersuchungen über die Kollision der Privatrechtsgesetze, (Archiv für zivilistische Praxis, t. XXIV/1841, p. 230 à 311 et t. XXV/1842, p. 1 à 60 et 361 à 419).
- WALKER, Gustav. — I. Internationales Privatrecht, 4<sup>e</sup> éd., Vienne, 1926.  
— II. Schranken der Anwendung ausländischen Rechts, (Europabuch der Rechtsanwälte und Notare; deutsche Ausgabe), Berlin, 1926.
- WEISS, André. — I. Traité théorique et pratique de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., 3 vol., Paris, 1912.  
— II. Manuel de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1925.
- WESTLAKE, John et BENTWICH, Norman. — A Treatise on Private International Law with Principal Reference to its Practice in England, 7<sup>e</sup> éd., Londres, 1925.

- WHARTON, Francis et PARMELE, G. H. — A Treatise on the Conflict of Laws, 3<sup>e</sup> éd., Rochester, 1905.  
ZITELMANN, Ernst. — Internationales Privatrecht, 2 vol., Munich et Leipzig, 1914.

B. — REVUES

- Annuaire = Annuaire de l'Institut de droit international.  
Archivio giuridico = Archivio giuridico.  
ATF = Arrêts du Tribunal fédéral suisse (Recueil officiel).  
Bl. Zü. R. = Blätter für zürcherische Rechtsprechung.  
BIII = Bulletin de l'Institut intermédiaire international.  
Cl. = Journal du droit international, de Clunet.  
Dalloz = Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, fondé par Dalloz.  
Dar.-Lapr. = Revue du droit international privé, de Darras-Lapradelle.  
DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.  
FF = Feuille fédérale suisse.  
J. d. T. = Journal des tribunaux (suisses).  
JW = Juristische Wochenschrift.  
Law Rep. Prob. Div. = Law Reports Probate Division.  
NZ = Zeitschrift für internationales Recht, de Niemeyer.  
Oest. Zbl. f. jur. Pr. = Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.  
Ostrecht = Das Ostrecht, continuée sous le nom de Zeitschrift für Ostrecht.  
Praxis = Praxis des Bundesgerichts (suisse).  
Rapp. gest. = Rapport de gestion (du Conseil fédéral).  
Rec. Cours Acad. DI = Recueil des Cours de l'Académie de droit international.  
Rec. Traités = Recueil des traités et des engagements internationaux enregistrés par la Société des Nations.  
RGE = Reichsgerichts-Entscheidungen (Zivilsachen).  
Rép. = Répertoire de droit international, de Lapradelle et Niboyet.  
Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence.  
Rev. DI et lég. comp. = Revue de droit international et de législation comparée.  
Rev. Sottile = Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques, de Sottile.

Rev. suis. jur.	= Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristen-Zeitung).
Rev. trim. inst. belge droit comp.	= Revue trimestrielle de l'institut belge de droit comparé.
Riv. dir. int.	= Rivista di diritto internazionale.
Sem. jud.	= Semaine judiciaire (suisse).
Sirey	= Recueil général des lois et des arrêts, fondé par Sirey.
Zeit. f. ausl. und IPR	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
Zeit. f. schw. R.	= Zeitschrift für schweizerisches Recht.

### ABREVIATIONS

#### a) de lois et d'autorités

Ass. féd.	= Assemblée fédérale (suisse).
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (allemand).
CF	= Conseil fédéral (suisse).
Const. féd.	= Constitution fédérale (suisse).
CC esp., fr., it., neuch.	= Code civil espagnol, français, italien, neuchâtelois.
CCS, ZGB	= Code civil suisse, (Zivilgesetzbuch).
CO, OR	= Code fédéral des obligations, (Obligationenrecht).
CP	= Code pénal.
CPS	= Code pénal suisse.
Cpc	= Code procédure civile.
Cpp	= Code procédure pénale.
Dép. féd. just. et pol.	= Département fédéral de justice et police (suisse).
EGzBGB	= Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch (allemand).
Institut	= Institut de droit international.
LCES	= Loi fédérale (suisse) du 25 juin 1891, sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.
LP	= Loi fédérale (suisse) du 11 avril 1889, sur la poursuite pour dettes et la faillite.
S. D. N.	= Société des Nations.
TF	= Tribunal fédéral (suisse).
ZPO	= Zivilprozessordnung (allemande).

#### b) autres

cass.	= cassation.
circ.	= circulaire.
civ.	= civil.
comum.	= (de) commerce.
cons.	= considérant, consort.
conv.	= convention.

disp. pré.	= dispositions préliminaires.
DIP	= droit international privé, diritto internazionale privato, derecho internacional privado, direito internacional privado.
IPR	= internationales Privatrecht.
just.	= justice.
n.	= note.
n. s.	= nouvelle série.
off.	= officiel.
PIL	= private international law.
rem.	= remarque.
req.	= requête.
proj.	= projet.
rec.	= recueil.
trad.	= traduction.
tit. fin.	= titre final.
trib.	= tribunal.

---

## INTRODUCTION

---

Il est sans doute téméraire d'aborder aujourd'hui un sujet aussi épineux que celui de l'ordre public. Aucune matière du DIP n'a, en effet, donné lieu à autant de recherches, suscité autant de discussions passionnées et réservé autant de profondes déceptions que celle dont nous allons parler. Depuis que la science du DIP pousse les esprits désireux d'améliorer les relations internationales, à établir des règles simples et générales, le problème de l'ordre public est toujours apparu presque insoluble. Si les résultats acquis aujourd'hui ne sont pas encore aussi satisfaisants qu'ils pourraient l'être et si le pessimisme gagne déjà les doctrinaires les plus sérieux, il ne faudrait pas cependant désespérer et abandonner toute étude systématique. Les multiples écrits de la doctrine et les discussions auxquelles a donné lieu la jurisprudence de tous pays ont contribué à éliminer déjà nombre d'erreurs et à répandre plus de lumière dans ce coin d'ombre de la science du droit. Depuis l'époque des statutaires (pour ne pas parler ici du droit romain), depuis Savigny et Mancini, d'incontestables progrès ont été réalisés. Certes, le chemin qui reste encore à parcourir est immense; mais si les hommes de science de tous pays veulent bien reprendre la question avec la volonté de la résoudre, nous sommes persuadé que l'on arrivera à donner à l'ordre public un caractère et des attributs toujours mieux définis. Il demeurera impossible, il est vrai, de prévoir tous les cas où l'on serait tenté de faire appel à « cette notion sournoise » pour résoudre des conflits de lois, mais en lui assignant des limites d'application de plus en plus étroites et de plus en plus vraies, nous réduirons ces cas au strict minimum. Ce strict minimum de cas d'ordre public restera comme un résidu irréductible, — variant suivant le lieu et le temps —, d'une élimination scientifique progressive conduite selon des méthodes plus rigoureuses.

C'est en développant les études de droit comparé que l'on parviendra le mieux à combattre cette « vanité nationale » (1) qui le plus souvent aujourd'hui donne à l'ordre public sa seule raison d'être. Les tribunaux ou les autorités administratives ont abusé de l'ordre public par ignorance de la législation étrangère et par souci de donner à la loi du for la marque d'un respect exagéré. Si ces

---

1) Vavasseur (Cl., 1875, p. 8) : « Qu'est-ce que l'ordre public ? Chose assez variable ... Vanité nationale. »

tribunaux ou ces autorités avaient pu connaître exactement la nature et la portée de la règle du droit étranger ou l'analogie qu'elle présente avec certaines règles du droit for, l'intervention de l'ordre public aurait été moins fréquente. Le résultat obtenu aurait peut-être été légèrement différent, mais beaucoup plus juste, et l'honneur national n'y aurait rien perdu. Parfois même, la juste application des règles normales du DIP aurait résolu de façon absolument identique un conflit de lois qui fut dénoué, à tort, par le moyen de l'ordre public.

Il est donc nécessaire de rechercher si, dans chaque cas particulier, la règle du droit étranger se rapproche de la règle du droit du for, en attachant plus d'importance aux ressemblances qu'aux dissimilitudes que ces deux règles peuvent présenter. En faisant preuve de largeur d'esprit, le magistrat appliquera ou reconnaîtra toute disposition de droit étranger qui présente une certaine analogie avec la loi du for ou avec la loi d'un autre pays, reconnue conforme à l'ordre public. C'est ainsi que, de proche en proche, le nombre des cas d'ordre public ira en diminuant.

Une connaissance approfondie des législations étrangères ne suffit cependant pas. Pour pouvoir comparer utilement la nature et la portée de deux droits en conflit — droit étranger et droit du for —, il faut évidemment posséder une norme de comparaison. La recherche de cette norme constitue précisément le problème de l'ordre public. C'est pourquoi, *volens volens*, nous devons établir très soigneusement ce qu'il faut entendre par ordre public et définir aussi rigoureusement que possible la nature de cette norme de comparaison, de cet instrument de mesure.

Il ne saurait être question d'en laisser uniquement le soin aux autorités chargées de rendre la justice, comme le dispose, *mutatis mutandis*, l'art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> al. CCS (2). Ces autorités doivent être guidées par la doctrine qui aura pour tâche d'établir des règles aussi simples que possible, dont ces autorités s'inspireront (cf. art. 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> al. CCS) (2).

En partant des données actuelles de la science du DIP, nous tenterons de mettre en lumière la nature et les aspects divers de l'ordre public. Si ardue que fût l'étude du sujet, nous nous sommes cependant décidé à l'entreprendre, en constatant combien peu jusqu'ici la doctrine suisse s'était occupée de l'ordre public. Il n'a paru dans notre pays aucun ouvrage spécial traitant de cette matière. Nous n'avons guère aujourd'hui qu'un article publié par Glesker-Zeller, il y a plus de quinze ans déjà. Cet article est une esquisse excellente, mais l'auteur ne propose pas de solution vraiment satis-

---

2) CCS, art. 1<sup>er</sup>: «La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.»

faisante (3). Dans ses remarquables ouvrages, Meili n'avait pas traité spécialement cette question et n'avait pas songé à l'exposer du point de vue spécifiquement suisse. Roguin ne l'avait aussi qu'effleuré dans son œuvre inégalée, — encore que datant un peu aujourd'hui —, sur les «Conflits de lois suisses». Plusieurs pages de sa «Science juridique pure» nous seront toutefois d'un précieux enseignement.

Mentionnons encore qu'une thèse soutenue, il y a une dizaine d'années, à l'université de Zurich (4) a repris la question, mais le manque de vues personnelles et le défaut d'esprit critique de son auteur ne font pas de cette monographie un ouvrage de valeur.

Nous n'avons pas cru devoir rechercher ce qu'il pouvait y avoir de rudiments de la question en droit romain. Cette discipline n'a qu'une faible valeur pour nous instruire des choses du DIP moderne. Les diverses écoles statutaires aussi n'ont plus qu'une importance secondaire. Leurs fameuses distinctions entre la territorialité et la personnalité des lois, entre les *statuta personalia, realia* et *mixta* demeurent aujourd'hui à peu près lettre morte. Nous les avons donc passées sous silence.

Nous avons débuté par le XIX<sup>e</sup> siècle, époque des codes et du DIP, science indépendante. La doctrine de Savigny, d'une part, et celle de Mancini, d'autre part, sont nos points de départ. Nous nous sommes attaché ensuite à résumer les leçons les plus originales de la doctrine et à les grouper en tenant compte de leurs caractères communs, quelle que soit la nationalité de leurs auteurs. Enfin, nous avons abordé l'étude des rapports qu'a, en DIP, la notion de l'ordre public avec les autres notions fondamentales de cette discipline.

---

3) Klein («Ordre public international und religiöse Ehehindernisse», Oest. Zbl. f. jur. Pr., t. XXXVI/1918, p. 308 à 317, en part., p. 308) en parle en ces termes: «Die Ausführungen Giesker-Zellers beanspruchen umso mehr Beachtung als das Problem des ordre public international im schweizerischen Schrifttum lediglich von Meili grundsätzlich und eingehend behandelt worden ist; Meilis Arbeiten geben aber nicht mehr über den neuesten Stand des Schrifttums und der Rechtsprechung Auskunft.»

4) Weber, H. («Die Lehre vom ordre public international mit Berücksichtigung der schweizerischen Praxis», thèse de Zurich, 1922),

## TITRE PRELIMINAIRE

### LA NOTION DU PRE-ORDRE PUBLIC DANS LA COMMUNAUTE DE DROIT DES NATIONS DITES CIVILISEES

Ainsi que nous le verrons, l'ordre public ne peut et ne doit intervenir que dans le domaine des conflits de lois régis par les règles de DIP, établies souverainement et pour chacun d'eux seulement, dans les divers Etats du monde. Or, bien qu'aucune limite ne soit tracée dans les différents systèmes de DIP, quant au champ d'application internationale de ceux-ci, plusieurs auteurs et de nombreux tribunaux n'hésitent pas à affirmer que les règles de conflit ne régissent pas, du fait qu'ils sont soumis à des législations déterminées, certains rapports de droit auxquels ces règles de conflit devraient cependant s'appliquer normalement. En d'autres termes, ces auteurs et ces tribunaux estiment qu'il faut bouter hors de la juridiction du DIP, tel que ce dernier est compris dans les pays de ces auteurs et de ces tribunaux, l'ensemble de la législation en vigueur dans certains pays. Cette opinion est sans doute motivée par de très sérieuses raisons que nous allons examiner, mais que nous ne pourrions admettre.

Le refus d'appliquer ou de reconnaître toute une législation étrangère constitue, pour nous, ce que nous avons appelé d'un terme commode, le pré-ordre public. Tout comme l'ordre public, le pré-ordre public est d'intervention exceptionnelle; mais, à la différence du premier, il s'impose d'emblée au juge dès qu'entrent en ligne de compte certaines législations prises *in globo* et n'autorise pas le magistrat à examiner plus avant si la disposition spéciale, qui, sans le rejet de toute la législation où elle est contenue, eût été applicable, serait conforme à l'ordre public (5).

Savigny voulait qu'il existât entre les différentes nations civilisées une communauté de droit à laquelle elles participent et à laquelle elles sont soumises dans une certaine mesure. La souveraineté des Etats, (l'Etat étant compris comme l'entité juridique de la nation), serait limitée par cette obéissance aux grands principes du droit et l'Etat qui ne s'y soumettrait pas se trouverait mis au ban

5) Voir encore sur la différence entre le pré-ordre public et l'ordre public n. 20, ci-dessous.

de la communauté des Etats civilisés. C'est sur ce principe que plusieurs auteurs anciens avaient fondé le droit des gens (6).

Savigny, le premier, l'appliqua au DIP (7). La communauté de droit unissant les Etats civilisés est, pour Savigny, le fondement de tout le droit international tant public que privé. Si cette communauté n'existait pas, la vie internationale entre Etats de même civilisation serait impossible et toutes relations de droit privé entre les ressortissants de ces Etats en seraient extraordinairement entravées. Dans le domaine du DIP, l'autorité chargée de l'application des lois appliquera, le cas échéant, le droit étranger pour remplir les obligations imposées par la communauté internationale. Cette communauté de droit entre nations civilisées n'est, en somme, que le produit d'un développement plus ou moins semblable des principes du droit naturel, dans les divers droits positifs (en prenant le terme de « droit positif » dans son acception la plus large, c'est-à-dire en y faisant entrer la coutume, aussi bien que le droit écrit).

Savigny prouve l'existence d'une communauté de droit des Etats civilisés en raisonnant par analogie. Il prend pour point de départ de sa démonstration l'existence d'une communauté de droit entre les pays formant l'Allemagne de son époque. L'Allemagne était alors régie par quantité de lois appartenant aux systèmes juridiques les plus divers, soit qu'ils fussent localisés dans un Etat ou une partie d'Etat allemand seulement, soit qu'ils se retrouvassent dans un, deux ou plusieurs Etats ou parties d'Etat (8). Entre tous ces systèmes de droit régnait une certaine communauté de principes qui avait favorisé, dans chaque Etat, la création d'un ensemble de

---

6) D'Aguesseau (« Institutions du droit public », t. I, p. 444) : « Société qui forme les nations, membres principaux de ce grand corps qui renferme tous les hommes. »; Domat (« Traité des lois », ch. II, p. 39) : « Comme donc le genre humain compose une société universelle divisée en diverses nations, qui ont leurs gouvernements séparés... »; Boullenois (« Traité de la personnalité et de la réalité des lois », préface) : « Je me représentais les différentes lois qui règnent parmi les hommes comme des maîtres et des souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité mais aussi je considérais le monde entier comme une grande république où il fallait mettre la paix et la bonne intelligence. »; Crotius (« De jure belli ac pacis », Prolegomena 17 à 23) : « *Communitas, quae genus humanum aut populos complures inter se colligat* »... « *Jura magnae universitatis* »...; etc..

7) Savigny (op. cit., p. 27) : « Der Standpunkt, auf den wir geführt werden, ist der einer völkerrechtlichen Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen, und dieser Standpunkt hat im Fortschritt der Zeit immer allgemeiner Anerkennung gefunden, unter dem Einfluss, theils der gemeinsamen christlichen Gesittung, theils des wahren Vortheils der daraus für alle hervorgeht. »

8) L'Allemagne présentait, en effet, un curieux assemblage de systèmes juridiques différents. L'ancienne Prusse avait adopté, en 1794, l'« Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten ». La Bavière était régie par le « Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis » quelque peu amendé. Les provinces rhénanes de la Prusse et le pays de Bade vivaient sous l'empire du code civil français. D'autres pays allemands se rattachaient de près ou de loin au système du droit commun issu du droit romain, etc., etc.

règles de droit interprovincial privé. Or, comme certains de ces systèmes de droit locaux étaient, à quelques détails près, les mêmes que ceux qui étaient en vigueur dans le pays étranger voisin, il n'était pas difficile de concevoir une communauté de droit qui embrassât tous ces pays à systèmes juridiques plus ou moins analogues. Cette communauté de droit créait et justifiait l'existence dans chaque Etat d'un ensemble de règles de droit international privé, image simplement agrandie, mais identique dans sa nature, de l'ensemble de règles de droit interprovincial privé (9). Abstraction faite du point de vue philosophique, la communauté de droit apparaît à Savigny comme « un résultat de l'histoire » (dans ce sens, Bartin, op. cit. II, § 69, p. 157). Le droit romain reçu dans toute l'Europe chrétienne avait, en effet, créé entre les législations civilisées un fond commun et « un principe d'unité qui fait qu'elles peuvent obéir à des règles communes de conflit » (Bartin, eod. loc.).

L'idée d'une communauté de droit a séduit plus d'un internationaliste et nombreux sont ceux qui, dans les années qui suivirent, la reprirent pour tenter d'arriver à résoudre les problèmes les plus délicats du DIP. S'ils ne sont pas parvenus à les résoudre, du moins s'imaginaient-ils les avoir placés sur leur véritable terrain. La solution de ces problèmes ne devait plus dépendre que de déductions logiques, qui, il est vrai, restaient encore à établir. C'est ainsi que Rivier, Martens, Stobbe, Phillimore et d'autres (10) adoptèrent la leçon de Savigny.

Depuis lors, peu d'auteurs l'ont reprise et on peut considérer qu'aucun élément nouveau n'est venu s'ajouter à cette théorie jusqu'à nos jours. A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le grand jurisconsulte Bartin la remit en honneur. Il s'est efforcé de résoudre, en particulier, la question de l'ordre public à l'aide de la communauté de droit à laquelle il donne une autre représentation que Savigny. Le DIP s'était trop développé et trop affermi pour qu'on pût encore considérer cette communauté comme un simple agrandissement, sur le plan international, d'une communauté juridique interprovinciale. Bartin en fait une fiction de droit, fiction née d'un quasi-contrat (11).

---

9) Savigny (op. cit., p. 27): « Die Collision der Territorialrechte unabhängiger Staaten, sind wesentlich nach denselben Grundsätzen zu behandeln, welche für die Collision verschiedener Particularrechte desselben Staates gelten und diese Gleichstellung ist für die gesamte folgende Untersuchung massgebend. »

10) Rivier (« Principes du droit des gens », Bruxelles, 1896, t. I, p. 7 ss.); Martens (« Völkerrecht: Das internationale Recht der civilisierten Nationen », 2 vol., Berlin, 1883-86, t. I, p. 199 ss.); Stobbe (« Handbuch des deutschen Privatrechts », 5 vol., 2<sup>e</sup> éd., Berlin, 1882, t. I, p. 201); Phillimore (« Commentaries upon International Law », Londres, 1889, t. IV, p. 1 et p. 18/19, où il cite des auteurs plus anciens); etc., etc.

11) Bartin (op. cit. I, p. 217): « Le DIP suppose, de l'aveu de tous les jurisconsultes qui ont concouru à sa constitution, un lien juridique entre les Etats qu'il régit. Ce lien juridique résulte d'une présomption de communauté internationale entre eux... Le développement des relations internationales entre les ressortissants des divers Etats permet

Ce quasi-contrat rappelle un peu le fameux Contrat social de Rousseau, en vertu duquel les citoyens s'étaient unis pour former des nations et des Etats.

Il est certain que la théorie d'une communauté de droit entre les nations civilisées a un fondement de vérité. Comme Bartin le remarque à juste titre, cette communauté repose sur l'idée du droit naturel dont se réclame le droit international. Pour expliquer sa fiction, Bartin recourt à un parallélisme entre le droit international public et le droit international privé, qui, dit-il (op. cit. I, p. 218), « nous paraissent liés l'un à l'autre comme deux branches d'un rameau commun et les idées générales qui déterminent dans l'un la direction de la sève, la déterminent aussi dans l'autre ». Cependant (op. cit. II, § 29, p. 58 à 58) « le but, et par conséquent l'esprit de chacun de ces deux groupes de règles (droit international public et droit international privé) reste très différent du but et de l'esprit de l'autre. Le droit international public repose tout entier sur la donnée fondamentale d'un groupement d'Etats sur les engagements internationaux desquels chacun d'eux peut compter... Le droit international privé repose sur une idée bien plus étroite du fait que ses sources sont dans chaque Etat des sources nationales. Lorsqu'un Etat établit législativement ou laisse ses tribunaux pratiquer des règles de conflit, ces règles ne sont et ne peuvent être faites, pour le législateur ou le juge qui les sanctionne, qu'en vue de législations comparables à celle que ce législateur a établie chez lui. Une certaine ressemblance ou, si l'on préfère cette expression plus neutre, une certaine correspondance de toutes ces législations entre elles, est la condition même de l'établissement d'une règle de conflit entre elles. Alors donc que cette ressemblance ou cette correspondance disparaît, la règle de conflit qui les suppose disparaît avec elle, et sur le territoire de l'Etat où cette législation étrangère est invoquée, elle nous apparaît comme une législation étrangère qui reste en marge des règles de conflit. » Pour Bartin (op. cit. I, p. 224) « l'application plus ou moins large des règles du conflit des lois par les tribunaux d'un Etat aux lois civiles d'un autre dépend du degré de civilisation de ce dernier, mesuré seulement sur l'esprit de ses lois civiles ». Pour que les lois d'un pays puissent être appliquées, dans un autre pays, il faut donc qu'il y ait une certaine communauté quant aux règles de conflit de lois de ces deux pays (cf. Niboyet, op. cit., n° 432, p. 530).

Bartín frappe ainsi d'exclusive des législations entières dites barbares ou mi-civilisées. Comme le proclame justement Aubry (op. cit. III, p. 231): « Avec ces législations-là, dont l'infériorité paraît manifeste, il ne saurait y avoir aucune communauté de droit. Il

---

aux internationalistes de considérer ces Etats comme associés entre eux par une fiction de droit dont l'étendue même de ce développement fournit la mesure. Le nom de cette fiction de droit se devine aisément. La communauté d'intérêts et le développement des relations internationales entre ces Etats les obligent *quasi ex-contractu* à respecter sur leur territoire les lois civiles de chacun d'eux. »

n'est donc pas besoin d'invoquer, le cas échéant, l'ordre public pour écarter telle ou telle de leurs dispositions. Celles-ci doivent toujours être repoussées *a priori* à raison de leur seule origine, sans qu'il y ait à les comparer aux dispositions correspondantes de la législation du *forum*» (12).

Il convient de faire bien remarquer que Bartin ne subordonne pas l'admission générale des lois d'un Etat par un autre Etat à l'appartenance du premier à la communauté du droit des gens. L'application des règles de conflit de lois est uniquement subordonnée, dans un Etat quelconque, à la correspondance des principes sur lesquels repose la loi étrangère qui doit bénéficier de cette application, avec les principes sur lesquels repose le droit privé interne de cet Etat. C'est donc en raison du contenu de la loi étrangère que l'excommunication de celle-ci peut être fulminée et non à cause de son origine, comme tel sera le cas dans les doctrines que nous examinerons ci-dessous. Arminjon (op. cit. II, p. 460) souligne le caractère particulier « de cette communauté du DIP fixée par le législateur local, qui ne ressemble donc pas à la communauté réglée par le droit des gens, communauté qui est non une fiction, mais une réalité d'où résultent des obligations objectives et nettement déterminées entre les Etats ».

Ainsi se justifie la critique d'Aubry (op. cit. III, p. 231) qu'« un juge pourrait se croire autorisé à frapper ainsi en bloc d'ostra-

---

12) Dans ce sens, voir Bustamante (op. cit., n° 145, p. 294 à 296) ainsi qu'un arrêt du trib. civ. de Flensburg (NZ, t. XXI/1911, p. 530, du 22 février 1907, aff. Y. c. G.): « Nach dem bei uns geltenden IPR sind die Voraussetzungen für die Anwendung fremden Rechts: 1° Es muss das Recht eines Kulturstaats sein; 2°...; 3°... Dass im vorliegenden Falle die erste Voraussetzung nicht erfüllt ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. » Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 108) critique judicieusement cet arrêt. Signalons encore l'opinion des juristes anglo-américains: Dicey (op. cit., p. 290, n. y): « There is a principle that the rules of (so-called) PIL apply only amongst civilised States » et (p. 25): « This term is of necessity a vague one, it may for our present purpose be treated as including any of the Christian States of Europe, as well as any country colonized or governed by such European State and non Christian State, at least in so far as it is governed on the principles recognized by the Christian States of Europe. » Il doit exister « a similarity in principle between the legal and moral notions prevailing among different communities »; Laffleur (op. cit., p. 62): « It is held by many authorities that the rules of PIL have no application in uncivilized countries, as the laws or customs of such countries are either so uncertain or so repugnant to the policy of civilized States, as to prevent them from being accepted. » Dans le même sens, Rapp. gest. Dép. féd. just. et pol. (FP, 1899, I, p. 401, n° 11): « Le droit suisse n'a en vue que la législation des pays dont la civilisation repose sur des bases analogues à celle de la Suisse. » Tout en soutenant de son côté (op. cit., n° 109, p. 103), que, dans une région, où aucune loi digne de ce nom n'exerce son autorité, les individus s'y trouvant ne peuvent être régis que par la législation de leur patrie, Valéry admet que la règle *locus regit actum* appliquée au mariage, p. ex., peut être obéie dans un pays sauvage ou barbare dans lequel il n'existerait aucun moyen de procéder à une célébration quelconque du mariage (op. cit., n° 732, p. 1046).

cisme la législation d'un peuple avec lequel son propre gouvernement entretient par hypothèse des relations régulières et suivies». Certes, rien ne s'oppose, théoriquement, à l'exclusion de la communauté de droit international privé d'un Etat faisant partie de la communauté de droit international public. Mais pareille exclusion serait plutôt rare.

Quoi qu'il en soit, cette idée de la communauté de droit en DIP ne résiste pas à un examen critique. Il existe certainement entre les nations du globe, en général, un minimum de principes juridiques communs inspirés d'un droit naturel, dont nous n'avons pas à rechercher ici l'essence, mais dont on peut constater partout les effets divers provenant d'une compréhension diverse aussi de ce droit. Bartin, qui admet l'existence de ce droit naturel (13), n'a cependant pas été logique jusqu'au bout. Il ne reconnaît qu'aux nations civilisées le droit de faire partie de la communauté de droit. Le droit naturel, qui est à la base des systèmes juridiques des Etats membres de la communauté, se distingue donc pour lui du droit naturel qui inspire les principes juridiques des nations se trouvant hors de la communauté. Pareille proposition n'est pas de bonne philosophie. Il est impossible qu'il y ait plusieurs droits naturels. Sans vouloir nous perdre ici dans une discussion de pure philosophie, nous pouvons affirmer que le droit naturel est un et que seule la façon dont on l'a compris varie de peuple à peuple et de siècle à siècle. Bien que Bartin traite d'illusoire cette notion du droit naturel, il ne peut fonder philosophiquement sa communauté de droit sur une autre base. Dans ces conditions, il fait une division arbitraire et qu'il ne saurait expliquer du seul point de vue de la logique. Mais il est indubitable que le droit naturel n'inspire pas toutes les règles du droit humain. Ce serait confondre les principes vrais et absolus avec l'application toute relative qu'on en a faite. Il est juste, mais seulement cela, de dire que la communauté de droit est plus étroite entre les peuples civilisés qu'elle ne l'est entre ceux-ci et les peuples mi-civilisés ou barbares. La difficulté consiste précisément à établir une limite entre les peuples civilisés et

---

13) Bartin (op. cit. I, p. 219): « Ce serait une histoire bien intéressante à faire que celle de la notion de droit naturel, qui est si démodée aujourd'hui et quelque illusoire que cette notion me paraisse au point de vue purement philosophique, son historien serait peut-être frappé de l'étonnante vitalité qu'elle a conservée jusque dans le droit moderne. » C'est, sans doute, cette étonnante vitalité du droit naturel qui fait dire à Bartin que « les juristes qui ont transformé le droit international public ont gardé de leurs devanciers le tour d'esprit plus large que ces derniers devaient à la nature même de leur théorie » (de droit naturel, sans doute). « Par conséquent, si nous réunissons aujourd'hui sous une discipline commune et dans une même science le droit international public et le droit international privé (ce qui est très discutable) le principe de l'application partielle des règles du premier (donc aussi de ce qu'elles contiennent de droit naturel!) vaut aussi pour le second, qui ne doit qu'à l'étroitesse de ses origines de n'en avoir pas expressément bénéficié plus tôt. » Bartin fonde donc logiquement sa communauté de droit sur une notion qui lui paraît illusoire philosophiquement parlant!

les peuples qui ne le sont pas. Accordera-t-on, p. ex., aux peuples de l'Asie, comme les Afghans ou les Persans, ou ceux de l'Afrique du Nord, comme les Ethiopiens ou les Egyptiens, la qualité de membres de cette communauté de droit des nations civilisées? Aucune réponse décisive ne peut être donnée à cette question. Qu'on y réponde par oui ou par non, cette réponse n'est pas entièrement satisfaisante. Il n'existe pas de norme objective, à laquelle on puisse reconnaître que tel ou tel peuple est digne d'entrer dans la communauté, ou, pour reprendre les termes mêmes de Bartin, « à laquelle on puisse mesurer, sur l'esprit de ses lois civiles, le degré de civilisation d'une nation étrangère » (14).

Dès lors, on ne saurait raisonnablement rejeter d'emblée tout un système de lois et de coutumes, si barbare qu'il puisse paraître, sous prétexte que la nation qui l'a édicté ne fait pas partie d'une communauté de droit des nations civilisées arbitrairement établie. Dans le domaine des conflits de lois, une distinction de ce genre ne conduit qu'à des solutions aussi absurdes qu'injustes (15).

La communauté de droit des nations civilisées, « inorganique et ne possédant qu'une existence abstraite et idéale » (Elièsco, op. cit. au début de notre titre deuxième, chapitre sixième, p. 115 et 116), ne peut exister que subjectivement pour tel ou tel Etat considéré et non pas objectivement. Pour régler les faits, cette idée d'une communauté devrait être imposée aux Etats par un organisme constitué par une autorité. En l'absence d'un organisme de cette nature situé en dehors et en dessus des Etats, c'est à ceux-ci que revient la tâche de mettre leurs forces au service de l'idée internationale. Or il arrive ceci: « Chaque Etat souverain, selon ses intérêts et ses besoins, selon surtout sa manière de concevoir les relations entre sa souveraineté et le droit, donne à l'obligation de

---

14) Dans un autre ordre d'idées, Sauser-Hall (« Fonction et méthode du droit comparé », Genève, 1913, p. 100) a montré avec justesse les fortes objections auxquelles se heurte l'idée d'un classement des institutions juridiques selon le degré de civilisation qu'elles représentent. « Nous manquons, dit-il, d'étalon pour mesurer la valeur véritable de civilisations autres que la nôtre; la culture est chose éminemment relative qui ne peut se mesurer selon l'expression imagée de Montaigne à ce que les uns portent des « hauts de chausse » alors que les autres n'en ont point... Il faut considérer aussi que le droit d'un peuple ne présente pas toujours un développement parallèle dans toutes ses parties; telle nation dont la famille sera strictement organisée pourra être en retard pour ce qui concerne l'institution de la propriété. Des lors, les faits risquent fort de faire craquer les cadres dans lesquels le savant prétend les enfermer. »

15) Nombre d'auteurs se prononcent contre l'exclusion globale de législations étrangères: Lerebours-Pigeonnière (op. cit. I, n° 282, p. 252); « Il convient non pas d'exclure en bloc le DIP, mais d'appliquer avec une extrême circonspection les règles de rattachement à une loi étrangère dans nos rapports avec des civilisations différentes »; Niemeyer (op. cit. III, p. 70/71); Kahn (op. cit., t. I, p. 183); Laghi (op. cit., p. 196); Arminjon (op. cit. I, t. 1, p. 197 à 199 et « La preuve en DIP », Dar. - Lapr. 1929, p. 385 à 426, en part., p. 413); BIII, t. XXIV/1931, p. 326/327; dans le même sens, voir le rapport de Rolin, à l'Institut, (Annuaire, t. XXXIII/1927, II<sup>e</sup> part., p. 903).

respecter les autres souverainetés les limites qui lui conviennent, en d'autres termes, chaque Etat souverain conçoit par la pensée une communauté juridique internationale qui lui est propre. Il y a ainsi en droit positif une pluralité des communautés internationales. Ces communautés ne sont en dernier lieu que des constructions abstraites de caractère fort hybride : internationales par leur objet, elles sont intimement et essentiellement nationales par la volonté souveraine qui leur donne naissance et leur sert de support juridique. » (16)

Nous pouvons ajouter aux remarques si pertinentes d'Ellesco que ces diverses communautés internationales nationales s'entrecourent à l'infini, d'autant plus que les limites de chacune d'elles varient dans le temps. Un Etat peut toujours rejeter un autre Etat hors de sa communauté, après l'y avoir admis, si leurs conceptions respectives du droit venaient à différer profondément l'une de l'autre. Inversement, un Etat peut élargir plus rapidement que d'autres le cercle de sa communauté. Ces mesures sont dictées le plus souvent par des considérations politiques, des intérêts économiques ou par des raisons tirées d'un prétendu honneur national.

« La cité des lois de M. Bartin, comme le dit Aubry (op. cit. III, p. 229), paraît donc sortie entièrement du cerveau d'internationalistes, et ne semble être peuplée que d'êtres abstraits, d'Etats envisagés dans leur seule fonction législative, c'est-à-dire de législations dont les digestes et les codes sont la seule incarnation visible. Puis il reconnaît à ces législations une absolue indépendance réciproque, en admettant qu'elles peuvent s'exclure à leur gré de la communauté. Une obligation dépendant du bon vouloir de celui qui en est tenu, est-ce donc une obligation? La communauté internationale dans le domaine du droit privé, serait-elle par hasard la communauté anarchique? Alors, nous serions bien près d'être d'accord. Mais nous le serions tout à fait si l'on voulait bien se rendre compte une fois pour toutes qu'elle a tout juste le degré d'existence d'une figure de rhétorique. »

L'exclusion en bloc de législations étrangères étant impossible

---

16) C'est ainsi que la cour d'appel de l'Indochine (Cl., 1910, p. 1330, du 8 mars 1910, aff. Ministère public c. Semprez) a admis que le Siam faisait partie des pays civilisés. La cour s'exprime ainsi: « Considérant... Que le gouvernement siamois, qui est entré dans le concert des nations civilisées et qui est reconnu par elles, est libre d'édicter sur son territoire des lois de police et de sûreté... etc. » Dicey (op. cit., p. 891, n. 2) condamne, au contraire, la décision (Times, du 3 décembre 1912, aff. Seni Bihdak c. Seni Bihdak), aux termes de laquelle un divorce régulièrement prononcé selon la loi siamoise avait dissous un mariage célébré à Londres, le 11 juin 1908, entre un Siamois et une femme américaine. « The decision, dit-il, was clearly wrong and in complete disagreement with all authority. »

En ce qui concerne, d'autre part, le Japon, qu'en 1899 encore, Bartin (op. cit. I, p. 227) considérait comme un pays barbare, hors de la communauté des nations civilisées, une cour anglaise n'a pas hésité (Law Rep. Prob. Div., 1890, p. 79, du 8 février 1890, aff. Brinkley c. Attorney General) à déclarer: « We all know that Japan has long taken its place among civilised nations. »

par la fiction d'une semblable communauté de droit des nations civilisées, d'autres théoriciens du droit international recourent pour y parvenir aux seuls principes du droit international public. Ces théoriciens n'examinent plus le contenu des législations étrangères, mais leur origine et admettent, selon l'expression d'Aubry (op. cit. II, p. 644), que « le droit international privé n'apparaît pas comme une science indépendante du droit international public; qu'on ne peut même pas le considérer comme une branche sortie d'une tige qui leur est commune, mais qu'il reste en réalité dans le second comme la partie dans le tout ». Ces théoriciens, dit Arminjon (« Qu'est-ce que le DIP? », Rev. DI et lég. comp., t. LVI/1929, p. 680 à 698, en part., p. 691) excluent ainsi logiquement du bénéfice des règles du droit international les collectivités humaines non constituées en Etats et les Etats non reconnus. Pour Aubry (op. cit. III, p. 231), « dès qu'un peuple est reconnu souverain sur son territoire, ses coutumes et ses lois entrent dans la juridiction du DIP, si primitive et si étrange que leur physionomie générale puisse être et le juge ne peut les écarter qu'au nom de l'ordre public, après un examen spécial de celles qui se trouvent en jeu. Si cette façon de voir est exacte et, dit Aubry, je ne vois pas comment on pourrait la contester, l'importance pratique alors de l'ordre public est beaucoup plus grande qu'elle ne semble l'être au premier abord, quand on se borne à l'envisager dans les conflits de lois du monde civilisé ».

Cette définition d'Aubry, juste en ce qui concerne la place et le rôle qu'il assigne en DIP à l'ordre public appelle cependant des critiques. « En édictant les règles de rattachement, remarque Arminjon (op. cit. II, p. 438), le législateur ne s'est nullement préoccupé de respecter la souveraineté des autres législateurs. Tout d'abord, un législateur n'est pas toujours souverain et toute loi n'émane pas d'un Etat. » S'il était vraiment nécessaire qu'un peuple fût reconnu souverain sur son territoire pour que ses coutumes et ses lois entrassent dans la juridiction du DIP, on bouterait hors du domaine des conflits de lois les coutumes et les lois indigènes de peuples vivant dans les colonies, protectorats ou territoires sous mandat. On pourrait objecter, il est vrai, et nous reprendrons le problème en étudiant l'ordre public dans les conflits d'annexion, que ces lois et ces coutumes sont reconnues et protégées par l'Etat annexant qui, lui, est le seul souverain du territoire. Mais, outre que, dans les territoires sous mandat l'Etat mandataire n'est pas, à proprement parler, le souverain, la question de souveraineté est si délicate à définir en droit international public, qu'on peut se demander si ce critère d'exclusion est assez sûr. Refuser d'appliquer ou de reconnaître les lois de peuples dont on n'examine pas s'ils sont en fait souverains sur le territoire qu'ils occupent, mais dont on doit en outre reconnaître la souveraineté sur ce territoire, c'est faire dépendre l'application des lois étrangères, de la reconnaissance des Etats ou des gouvernements détenteurs de la souveraineté nationale.

Dès lors, nous devrions distinguer :

Les Etats non reconnus ne verront jamais leurs lois appliquées

dans les Etats qui ne les ont pas reconnus. Or nous admettons avec Politis (« La théorie de la reconnaissance », Mélanges Piliot, t. I, p. 179 à 193) que « la reconnaissance n'est que la constatation de certains faits qui conditionnent seulement l'exercice des droits. Elle est simplement déclarative de droits ». On peut donc tenir compte de la législation d'Etats qui n'ont pas encore été reconnus (17).

Il faut admettre, d'autre part, que la législation des Etats reconnus est, en principe, toujours applicable. Un changement de gouvernement ne signifie pas que la législation de ces Etats, comme telle, peut ne plus être appliquée. Streit (op. cit., p. 93), s'exprime, en particulier, dans ce sens: « Nous croyons que la reconnaissance d'un gouvernement est autre chose que la reconnaissance de l'Etat lui-même. C'est cette dernière qui suffit pour amener l'application du droit de l'Etat reconnu. Nous pensons aussi avec M. Fauchille, que la Russie n'a jamais cessé d'exister *erga omnes* comme une nation reconnue, d'autant plus que cette reconnaissance est confirmée par des dispositions expresses des traités (18). Il en résulte logiquement que la reconnaissance ou la non-reconnaissance des gouvernements aurait pour seul effet d'établir laquelle d'entre les législations successives de l'Etat reconnu serait applicable. C'est ainsi qu'on a vu des magistrats étrangers appliquer des lois anciennes, abrogées depuis longtemps par un gouvernement non reconnu. La plupart des tribunaux des Etats qui n'ont pas reconnu le gouvernement soviétique de la Russie ont donc continué d'appliquer les lois tsaristes ou kerenskistes. Nous renonçons à citer ici la nombreuse doctrine et la jurisprudence favorables à cette thèse. Aussi bien certains esprits ont-ils compris l'absurdité d'une telle conception. Niboyet (op. cit., n° 432, p. 530 et n° 446, p. 555 ainsi que dans Dar.-Lapr., 1927, p. 247 ss.) estime fort défendable la thèse selon laquelle seule la reconnaissance de l'Etat importe pour l'application ou la reconnaissance des lois actuelles de cet Etat, sans qu'il faille rechercher si le gouvernement qui les a édictées a été reconnu ou non. Pour Spiropoulos (« Die de-facto Regierung im Völkerrecht », Kiel, 1926, p. 155) comme pour Kunz (« Die Anerkennung der Staaten im Völkerrecht », Berlin, 1928, p. 152 à 157), toutes les lois d'un gouvernement de fait, — étant admis, ajouterons-nous, qu'il s'agit d'un gouvernement de fait général ayant un pouvoir effectif et durable et non pas seulement d'un gouvernement de fait local n'ayant qu'un pouvoir illusoire et passager —, sont applicables à l'étranger, à condition toutefois que ce gouvernement soit celui d'un Etat déjà

---

17) Dans ce sens Lerebours-Pigeonnière (op. cit. I, n° 282, p. 252) et Melchior (op. cit., § 57, p. 83 et 84). Voir encore les deux arrêts du Tribunal d'Empire allemand, du 29 juin 1920 et du 16 octobre 1925, cités par ce dernier auteur. Dans ces arrêts, le Tribunal d'Empire a reconnu une valeur légale aux timbres-poste tchécoslovaques émis, ainsi qu'à des ordonnances ministérielles polonaises rendues, avant la reconnaissance expresse des nouveaux Etats par l'Allemagne.

18) Voir la discussion de cette thèse dans Bartin (op. cit. II, § 31, p. 60 ss., § 32, p. 65 ss.) et Niboyet (op. cit., n° 432, p. 530).

reconnu. Car, il est vain de déclarer les lois d'un Etat reconnu, applicables en principe, si ces lois ne sont pas les lois actuellement en vigueur sur le territoire de cet Etat.

Mais peut-on vraiment séparer la reconnaissance d'un gouvernement de la reconnaissance d'un Etat et déclarer applicables les lois édictées par un gouvernement de fait non reconnu d'un Etat reconnu? Non, car si l'application d'une loi étrangère doit dépendre de la seule reconnaissance de l'Etat, cette reconnaissance n'est parfaite que si le gouvernement, lui aussi, est reconnu. « Dès l'instant dit Baccara (Dar.-Lapr., 1930, p. 310), où l'on ne reconnaît point le gouvernement des Soviets, il faut, pour être logique, admettre que si, en fait, il existe une Russie, des Russies, des Républiques soviétistes socialistes, en droit l'Etat russe a disparu . . . Car le gouvernement est l'un des trois éléments de l'Etat: une collectivité, un territoire, un gouvernement. Or, a dit Fanchille, un Etat cesse d'exister comme personne juridique et comme membre de la communauté internationale quand vient à disparaître l'un des éléments essentiels de son existence. Un pays a donc deux attitudes possibles vis-à-vis de la Russie actuelle: ou bien, il reconnaît le gouvernement des Soviets, et ses décrets existent au regard de ce pays, sous réserve uniquement de leur conformité à l'ordre public, ou bien, il ne le reconnaît pas, et alors les hommes qui dirigent la Russie ne sont pour lui qu'un groupe politique et non pas un gouvernement. Bref, pour ceux qui ne reconnaissent, pas les Soviets, l'U.R.S.S. ne peut être un Etat et, d'autre part, pour eux comme pour tout le monde, l'ancien Etat russe n'a plus d'existence à l'heure actuelle et, aussi longtemps qu'on ne reconnaîtra pas les Soviets, il faut, croyons-nous, admettre qu'il n'y a plus de ressortissants russes, plus de loi russe applicable. »

A notre avis, la tentative de subordonner l'application des lois étrangères à la reconnaissance du gouvernement qui les a édictées, est tout aussi vaine que celle de faire dépendre cette application de la reconnaissance de l'Etat qui les a prises.

La célèbre notion du renvoi (19) pose cependant une question délicate. Quelle devra être l'attitude du juge saisi, lorsque le droit étranger déclaré applicable conformément aux règles du DIP du for, renvoie au droit d'un Etat ou d'un gouvernement non reconnus par le pays qui renvoie, dans le cas que ce pays subordonne l'application du droit ainsi désigné, à la reconnaissance de l'Etat ou du gouvernement qui l'a édicté? Supposons qu'un tribunal suisse ait été appelé, avant la reconnaissance des Soviets par la France, à faire application du droit français et que ce droit ait renvoyé au droit russe. Les juges auraient-ils dû appliquer l'ancien droit russe, alors seul reconnu en France, pays du renvoi, ou le nouveau droit russe, alors déjà admis en Suisse? Admettons encore que les magistrats helvétiques aient

---

19) Dans un chapitre spécial, nous avons donné la définition du renvoi et étudié les rapports de cette notion avec l'ordre public. Pour ne pas mêler deux questions différentes, nous avons préféré examiner dans le présent chapitre sur le pré-ordre public le rôle que peut jouer le renvoi dans ses rapports avec cette notion-là.

dû faire application, avant la reconnaissance, même tacite, de la Tchécoslovaquie par l'Allemagne, du droit allemand renvoyant au droit de la Bohême. Ces magistrats auraient-ils dû appliquer le droit de l'Autriche dont la Bohême, aux yeux de l'Allemagne, ne constituait alors qu'une province, ou la législation de l'Etat nouveau?

A notre avis, la solution juste, dans les cas précités, consiste à ne tenir compte que du point de vue de l'Etat qui renvoie. Il ne s'agit plus ici de proclamer l'universalité des règles du DIP du for, applicables à toutes les législations du monde, même en l'absence de certaines conditions relevant du droit des gens. Dès l'instant qu'un droit étranger a compétence pour régler un rapport de droit, il est seul souverain pour fixer l'étendue du renvoi qu'il fait à d'autres droits étrangers. Ainsi, dans les exemples cités plus haut, les juges de notre pays auraient dû faire application de l'ancien droit russe ou du droit autrichien, comme l'auraient fait à l'époque du jugement, les magistrats français ou allemands. Le respect du renvoi domine toute la question (20).

Il en va cependant autrement lorsque le droit étranger déclaré applicable par le DIP du for renvoie à la législation d'un Etat ou d'un gouvernement non reconnu par le pays du for, dans l'hypothèse où ce pays subordonne l'application de la législation ainsi désignée, à la reconnaissance de l'Etat ou du gouvernement qui l'a édictée. Un tribunal français n'aurait pas été tenu, avant la reconnaissance des Soviets par la France, d'appliquer la loi soviétique à laquelle aurait renvoyé le droit suisse compétent selon le DIP français. Le respect du renvoi aurait ici pour effet de rendre absolument illusoire le principe même, respecté par l'Etat du for, que l'application du DIP trouve sa source dans l'accomplissement de certaines conditions du droit des gens (en particulier, dans celle de la reconnaissance des Etats ou gouvernements étrangers).

Mais le cas de renvoi mis à part, l'universalité des règles de DIP demeure intacte. Dans un arrêt célèbre (ATF, t. L, II, n° 79, p. 507; Ostrecht, t. I, p. 198; Cl., 1925, p. 488; Dar.-Lapr., 1925, p. 118, du 10 décembre 1924, aff. Hausner c. Banque internationale de commerce de Pétrougrade), le TF a rejeté l'opinion suivant laquelle les décrets d'un gouvernement non reconnu sont juridiquement inexis-

---

20) Voir, dans le sens de notre thèse, Melchior (op. cit., § 142, p. 214). Mais cet auteur ajoute que l'ordre public du for pourra, le cas échéant, s'opposer aux conceptions qu'a le droit qui renvoie, sur la survivance ou la disparition de certaines législations étrangères. Nous ne saisissons pas la portée de cette réserve. Le juge du for ne peut, d'ordre public, appliquer ou, au contraire, méconnaître certaines dispositions légales relevant d'une législation souverainement ignorée ou, au contraire, souverainement admise par le pays qui renvoie. Nulle part mieux qu'ici n'éclate la différence entre les notions de l'ordre public et du pré-ordre public. La seconde pose une question générale qui doit être résolue préalablement. Telle législation étrangère est-elle applicable? Si oui, elle entre dans la juridiction du DIP et doit se soumettre alors aux exigences exceptionnelles et limitées de l'ordre public. Si non, elle demeure en dehors du DIP et l'ordre public n'a et ne peut avoir aucune prise sur elle.

tants. La non-reconnaissance du gouvernement des Soviets, ajoutée-ii, a simplement pour conséquence que, dans les rapports de droit international, ce gouvernement n'a pas qualité pour représenter la Russie en Suisse ni en matière de droit public, ni en matière de droit privé. Mais cette circonstance n'empêche pas le droit russe d'exister et de sortir ses effets (21).

« C'est, dit Arminjon au sujet de ce jugement (op. cit. supra, p. 691, note) le langage du bon sens. » Niboyet (op. cit., n° 446, p. 556) commente l'arrêt du TF en ces termes: « La non-reconnaissance des Soviets ou d'un gouvernement étranger fait qu'on n'aura pas de relations avec lui sur le terrain du droit public, mais n'empêche pas qu'au point de vue du droit privé, le droit russe n'est pas le droit russe ancien, mais celui qui est en ce moment en vigueur en Russie. Cette thèse a, évidemment, des avantages pratiques. » En ce qui le concerne cependant, Niboyet ne se prononce ni en faveur ni en défaveur de cette thèse.

Le TF a confirmé sa jurisprudence dans deux jugements, (ATF, t. LI, II, n° 44, p. 259, du 13 juillet 1925, aff. Wildbuschewitsch c. la Chambre des orphelins (Waisenamt) de Zurich, et t. LIV, II, n° 43, p. 225, du 16 juin 1928, aff. Tcherniak c. Tcherniak). Dans ce dernier arrêt, le TF déclare: « cons. 4... L'instance cantonale a dénié d'entrée de cause une portée aux actes et aux déclarations des autorités russes actuelles, parce qu'émanant d'un gouvernement non reconnu. Cette objection n'est pas suffisante. Le TF a déjà considéré, dans l'arrêt Hausner, du 10 décembre 1924, que la non-reconnaissance des Soviets par la Suisse déploie ses effets dans un autre domaine et que le droit russe n'en existe pas moins pour le juge suisse, en tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public » (Voir encore ATF, t. LV, I, n° 47, p. 289, du 26 octobre 1929, aff. Hoirs Prochorow et cons. c. Sulzer S. A. et cons.). « Il paraît donc, dit Secrétan (Dar.-Lapr., 1928, p. 692), que le point de vue du TF se rapproche du point de vue adopté dans les Etats qui ont reconnu le gouvernement soviétique. » Le TF admet donc qu'en vertu des règles du DIP suisse les décrets soviétiques sont reconnus en Suisse, sans que la non-reconnaissance du gouvernement russe constitue un obstacle, seul l'ordre public pouvant intervenir, le cas échéant (22).

---

21) Cet arrêt a été vigoureusement critiqué par: Henry (« Les gouvernements de fait devant le juge », thèse de Paris, 1927, § 128, p. 143), E. E. Steiner (« Anwendbarkeit der sowjetrussischen Konfiskationsdekrete durch nicht russische Gerichte », Rev. suis. jur., t. XXV/1928/29, p. 257 à 263). Dans le même sens, Ténékidès (« Les lois successorales soviétiques et l'ordre public en Grèce », Cl., 1925, p. 1143 à 1148), Lagarde (« La reconnaissance du gouvernement des Soviets », Paris, 1924, p. 115). Voir encore Wohl (« Die Nationalisierung der Bankaktiengesellschaften in Sowjetrussland und ihre Rechtswirkung im Ausland », Ostrecht, t. I, p. 57).

22) Dans une récente étude, Ph. Marshall Brown (« La reconnaissance des nouveaux Etats et des nouveaux gouvernements », Rev. DI et lég. comp., t. LIX/1932, p. 1 à 33, en part. conclusions, p. 32/33) confirme cette théorie — qui est la nôtre aussi — que le pouvoir judiciaire est tenu de n'opposer, le cas échéant, aux actes légaux, lois et décisions

Sans doute, la jurisprudence du TF ne fut pas exempte de flottements. Dans une espèce, à notre connaissance, restée isolée (ATF, t. LII, I, n° 29, p. 213 ; Bl. Zü. R., t. XXVI/1927, n° 55, p. 132, du 4 juin 1926, aff. Schinz) l'instance cantonale a refusé d'appliquer le droit soviétique pour la raison qu'il émanait d'un gouvernement non reconnu par la Suisse. Le TF a admis que l'arrêt zurichois reposait sur de solides arguments et qu'il n'y avait pas lieu, par conséquent, d'admettre le recours, pour déni de justice, formé contre ce jugement (23).

Il est permis de regretter cette décision du TF qui est, d'ailleurs, assez neutre. En revanche, la cour d'appel de Berne a (BIII, t. XIII/1925, p. 281, n° 4232; Cl., 1925, p. 491, du 21 juillet 1924), refusé d'appliquer le droit soviétique, non pas parce qu'il était contraire à l'ordre public, mais parce que la Suisse n'avait pas reconnu le gouvernement de Moscou. Dans une autre espèce, la cour de cassation de Zurich a prononcé (Bl. Zü. R., t. XXVIII/1929, n° 140, p. 264; Cl., 1930, p. 1159; Dar.-Lapr., 1930, p. 524, du 6 mai 1929, aff. D<sup>e</sup> P. c. Sch.) que l'anéantissement d'un rapport juridique par la loi soviétique est une pure question de fait. Il ne peut être ignoré et la question de savoir si le juge doit refuser l'application de la loi soviétique, parce que le gouvernement de la Russie n'est pas reconnu par la Suisse, peut être laissée de côté. A notre avis, la cour zurichoise, en reconnaissant un fait né de l'application de la loi soviétique, a bel et bien reconnu une portée extraterritoriale à cette loi et toutes les subtilités du monde n'y changeront rien. La solution est d'ailleurs juste ainsi. La cour de justice civile de Genève s'était prononcée de façon analogue (J. d. T., 1925, p. 529, du 11 mars 1925, aff. Banque internationale de Commerce de Pétrougrade); de même le Dép. féd. just. et pol. (FF, 1922, II, p. 603, n° 4) (24).

judiciaires émanant d'un régime de fait ou aux effets extraterritoriaux de ces actes, lois et décisions que l'exception d'ordre public. Sans risquer de susciter des complications infinies en DIP, il n'appartient pas aux tribunaux de faire dépendre leurs décisions des rapports diplomatiques existant entre les gouvernements, du fait de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance mutuelle de ceux-ci.

Voir encore sur cette question, l'article de notre compatriote Habicht (« The application of Soviet laws and the exception of public order », Journal of international law, t. XXI/1927, p. 238 à 256).

23) Le TF s'exprime ainsi:

« Es handelt sich demnach um eine Streitfrage des IPR, die in der Rechtsprechung der einzelnen Staaten verschieden gelöst wird und bei der sich auch für die vom zürcherischen Obergericht vertretene Auffassung, wenn schon sie grundsätzlich als unrichtig zu betrachten ist, doch Gründe geltend machen lassen, die sachlich vertretbar und nicht von vornherein haltlos sind, was es ausschliesst, in der so begründeten Ablehnung der Anwendung des sowjetrussischen Rechts eine Rechtsverweigerung zu sehen. »

24) Dans le même sens, voir un arrêt de la cour d'appel de New-York, (Dar.-Lapr., 1930, p. 315, du 11 février 1930, aff. Banque internationale de commerce de Pétrougrade c. The National City Bank of New-York). La cour reconnaît les actes du gouvernement soviétique qui ont un caractère « physique » ou réglant les rapports de la vie intérieure (actes d'état civil, règlements purement techniques).

Diverses autorités judiciaires étrangères ont également appliqué ou reconnu le droit soviétique en l'absence de toute reconnaissance du nouveau gouvernement russe (25).

Nombreux sont aussi les auteurs qui défendent cette opinion (26).

Ainsi les limitations qu'on veut faire subir à l'empire des règles de conflit de lois, en se fondant sur la notion de la communauté des gens, ne sont pas justifiées. Toutes les lois, tous les us et toutes les coutumes en vigueur dans le monde ont droit à être également appliqués et reconnus (27) pour autant que ce faisant, les autorités chargées d'administrer la justice résolvent justement et équitablement les litiges qui leur sont soumis, c'est-à-dire uniquement en tant que l'ordre public du pays du for est respecté.

Il resterait à définir encore ce qu'il faut entendre par loi en DIP. Pour Melchior (op. cit., §§ 54 à 56, p. 81 à 83), le droit étranger susceptible d'être appliqué conformément aux principes du DIP, comprend non seulement les lois proprement dites, mais encore les règles de droit (« Rechtsnormen ») de toute nature, en particulier, coutumière. En revanche, les prescriptions d'ordre purement religieux, les commandements de la morale ou des convenances ne l'ont pas partie du droit étranger applicable. Il faut, en outre, que les

---

25) Voir, notamment, un arrêt de la cour d'appel mixte d'Égypte (Gazette des tribunaux mixtes, 1927, p. 293, n° 204; Journal des tribunaux mixtes, 1927, n° 707, p. 4, du 23 juin 1927, aff. Paradopoulos c. Monastère du Mont Sinaï); un arrêt du trib. mixte d'Alexandrie d'Égypte (BIII, t. XXIV/1931, p. 303, n° 6781, du 9 novembre 1927, aff. The National Navigation Comp. of Egypt c. Tavoularidis et C<sup>ie</sup>); un arrêt du trib. de Gênes (Cl., 1923, p. 1021, du 19 mai 1923, aff. Katzikis); les arrêts du trib. civ. de Bruxelles (Cl., 1930, p. 473, du 23 février 1927, aff. D'Aivasoff c. Rademaeker et cons.), de la cour d'appel de Bruxelles (BIII, t. XVI/1927, p. 118, n° 4997, du 7 avril 1926, aff. Vve Verlent-Talberg c. Verlent et cons.) et de la cour d'appel de l'État de New-York (Cl., 1925, p. 446, du 25 novembre 1924, aff. Boris N. Sokoloff c. The National City Bank of New-York).

26) Petchorine (« Condition des Russes en France et celle des étrangers (spécialement des Français) en U.R.S.S. », thèse de Paris, 1929, p. 39); Sépulchre (« L'application de la législation d'un gouvernement non reconnu », Rev. trim. inst. belge droit comp., 1926, p. 65); Poullet (op. cit., n° 262 bis); Joanne (Rép., t. VI, « DIP de la Belgique », n° 39, p. 148); Baumann (« Zur Anwendung des russischen Rechts », Rev. suis. jur., t. XXV/1928/29, p. 309); Steiner, E. (« Zur Anwendung der sowjetrussischen Konfiskationsdekrete », Rev. suis. jur., t. XXV/1928/29, p. 375/76); Thilo (« Le droit russe soviétique existe-t-il et dans quelle mesure sort-il ses effets? », Rev. suis. jur., t. XXV/1928/29, p. 278/79); Doka (« Anwendung von Sowjetrechts », Rev. suis. jur., t. XXIII/1926/27, p. 40 à 44).

27) Comme le dit le BIII, t. XXIV/1931, p. 326/27: « La moitié du globe est toujours sous l'empire de droits orientaux et tropicaux non codifiés. L'idée du XIX<sup>e</sup> s. que ces droits étaient destinés à disparaître prochainement ne s'est pas réalisée et la science juridique reconnaît de plus en plus leur importance. En outre, l'art. 9 du statut de la Cour permanente de justice internationale à La Haye (1920) en assurant un respect égal aux divers systèmes de droit que connaît le monde, paraît prendre sous son égide ces droits exotiques aussi bien que les droits européens. »

règles de ce droit aient une portée générale ; des mesures administratives visant uniquement un cas particulier ne peuvent entrer en considération. De son côté, Niboyet (« Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé ? », Rev. DI et lég. comp., t LV/1928, p. 753 à 812, en part., p. 784, n° 35) a remarquablement précisé, à propos des nombreux problèmes posés par la révolution russe dans le domaine du droit, ce qu'était selon lui, la loi en DIP : « Quand on décide que la loi russe est compétente, faut-il qu'elle corresponde exactement à notre conception de la loi ? Ne suffit-il pas qu'elle soit du droit russe, quelle que soit la forme sous laquelle elle se présente ? Il n'y a pas d'autre alternative, enfin, que le refus — qui, encore une fois, nous semble exagéré — d'appliquer tout le droit russe (28), ou alors cette application sous réserve de l'ordre public. Cette question nous place donc en présence d'un problème assez nouveau, dont la solution est assez douteuse. Peut-être marque-t-elle un point où la théorie conduit à une éventualité que la pratique pourrait difficilement admettre :

a) *La théorie.* — En effet, chaque souverain détermine, dans sa pleine indépendance, l'empire de ses lois. Les règles de conflit de lois qu'il élabore ne relèvent que de lui. Il lui en appartient d'en fixer le contenu. Lui seul aussi peut les qualifier (compétence exclusive à cet égard de la *lex fori*). Dès lors, qu'entend-il exactement par loi étrangère, lorsqu'il déclare compétente une loi étrangère ? Est-ce une règle correspondant à sa notion de la loi, envisagée au point de vue de sa technique, ou bien faut-il entendre par là toute solution, donnée par le droit russe ou les autorités russes, en d'autres termes toute solution qui serait donnée en Russie même ?

Ce problème ne s'est sans doute jamais posé jusqu'ici sous cette forme et il est aussi difficile de savoir si le souverain a songé à l'une ou à l'autre forme du droit étranger. Pourtant, il est vraisemblable qu'il a eu en vue le droit tel qu'il fonctionne dans les pays d'une même civilisation. Or il est certain que la notion russe de la loi, avec l'idée de buts révolutionnaires et son caractère secret possible, ne cadre pas trop avec ce que l'on propose lorsqu'on veut faire une place au droit étranger.

b) *La pratique.* — On est pourtant immédiatement assez effrayé du résultat auquel la pure théorie risquerait de conduire, celui d'une non-application globale de la loi russe. Par avance, les tribunaux

---

28) Pour qu'il n'y ait aucune équivoque, rappelons que Niboyet n'envisage ici que le refus d'appliquer en bloc le droit russe, à cause de son contenu et non à cause de son origine. Certains auteurs, en effet, préconisent le rejet global du droit russe, non pas à raison de son origine (non-reconnaissance du gouvernement soviétique) mais à cause de son contenu. Ils se rattachent ainsi au système de Bartin examiné plus haut. Voir, en particulier, pour ou contre cette thèse, les articles de André-Prudhomme (Cl., 1924, p. 5 ss.); Grouber et Tager (Cl., 1924, p. 8 ss.); Idelson (Cl., 1924, p. 28 ss.); Freund (Cl., 1924, p. 51 ss.); Champecommunal (Cl., 1924, p. 321 à 366 et 525 à 547); Schöndorf (DJZ, 1920, p. 305 ss.); Klibanski (JW, 1920, p. 606 ss.); Rabinowitsch (DJZ, 1921, p. 403 ss.).

étrangers ont déjà répondu. Ils appliquent couramment celle-ci. Il faut qu'on l'applique sous peine de laisser une foule de rapports juridiques sans solution. Et peut-être y a-t-il dans l'exception de l'ordre public un remède suffisant pour les situations où la conception russe de la loi heurterait vraiment trop, dans un cas concret donné, les besoins d'une saine administration de la justice.»

Niboyet ajoute plus loin (eod. loc., p. 786, n° 38) : « Si, dans le pays du procès, la coutume n'est pas une source, tandis qu'elle l'est dans le pays étranger dont la loi est applicable, doit-on lui faire une place? »

« Nous ne pensons pas que nous soyons ici en présence d'une question de qualification. Dès l'instant où la règle française du conflit commande l'application de la loi étrangère, c'est-à-dire du droit étranger, elle s'en remet à la souveraineté étrangère du soin de déterminer elle-même les procédés de son élaboration (29). Tout au plus peut-on admettre que, si les conditions d'élaboration de ce droit étranger n'offrent pas assez de garanties, le juge pourra toujours, grâce au remède de l'ordre public, se refuser de l'appliquer, ce qui est parfaitement raisonnable. »

Ces remarques de Niboyet confirment exactement ce que nous avons exposé au cours de ce chapitre et nous n'avons qu'une seule chose à y ajouter. La loi étrangère, quel qu'il faille entendre sous ce terme, n'est encore en soi qu'une forme vide tant et aussi longtemps que son interprétation par la jurisprudence n'en a pas été fixée. Or l'interprétation d'une loi ou d'une règle de droit étrangère doit se faire selon les méthodes admises dans le pays qui a promulgué la loi ou établi la règle de droit (30). En outre, lorsqu'on déclare telle et telle loi étrangère compétente, c'est aussi l'interprétation donnée par la jurisprudence et la doctrine du pays qui l'a édictée, qu'il faut prendre en considération (31).

---

29) Dans le même sens, Melchior (op. cit., § 59, p. 86); Zitelmann (op. cit., t. I, p. 286) et Fedozzi (op. cit. au début de notre titre deuxième, chapitre deuxième, p. 221).

30) Voir à ce sujet, Geldart-Holdsworth (« Elements of English Law », 2<sup>e</sup> éd., 1929, p. 14) et Melchior (op. cit., § 60, p. 87).

31) Selon Piffet (op. cit. III, t. I, n° 58, p. 152), le juge saisi ne devrait appliquer que la loi étrangère proprement dite sans être tenu de suivre la jurisprudence du pays étranger dont la loi est compétente. Cette opinion, qui paraît très contestable, car la jurisprudence a une valeur explicative de la loi étrangère qu'on ne saurait négliger sous peine de complications innombrables, peut conduire à des résultats vraiment ahurissants. C'est ainsi que le Tribunal d'Empire n'a pas hésité à rendre un arrêt (RGE, t. LXII, p. 379, du 12 février 1906), selon lequel ledit tribunal ne pouvait tenir compte, pour fixer un point de droit suisse, de la jurisprudence du TF qui aurait prétendument fait, du point de vue même de la loi suisse, une application erronée de celle-ci!! La Cour permanente de justice internationale, à La Haye, a posé en principe (Recueil des Arrêts - série A, n° 20 et 21, arrêt n° 14, p. 46, arrêt n° 15, p. 124 et Dar.-Lapr., 1929, p. 456 et 477, aff. des emprunts serbes et brésiliens) que cela ne serait pas appliquer un droit que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur. Il s'ensuit que le juge doit

## TITRE PREMIER

### EXPOSE DE LA DOCTRINE ET DU DROIT POSITIF

L'étude de la très abondante doctrine qui traite de l'ordre public peut, à notre avis, se faire selon deux méthodes. La première consiste à n'envisager que la façon dont les différents auteurs ont compris la nature et le rôle de l'ordre public, sans tenir compte du système de DIP qu'ils ont créé ou auquel ils se sont rattachés. En d'autres termes, il faut se donner pour tâche de rechercher et d'examiner les aspects divers que revêt, dans notre science, la notion dont il s'agit et se borner à noter pour chacun de ces aspects le nom du jurisconsulte ou de l'école qui les a révélés. Le problème est assez séduisant pour en justifier une rapide esquisse.

Le jeu normal des règles de conflit de lois est, dans certains cas, inobservé pour des raisons particulièrement graves. Ces raisons, qui constituent l'ordre public, exigent l'application de la loi du for. Pour certains auteurs, l'application de la *lex fori*, dans ces circonstances, est purement exceptionnelle, pour d'autres, au contraire, elle est absolument normale, pour d'autres enfin, elle est tantôt normale, tantôt exceptionnelle. Quoi qu'il en soit, l'ordre public découle, selon l'école savignienne, de la nature même de certaines lois, dites coercitives absolument obligatoires et d'institutions juridiques spéciales ou, selon l'école franco-italienne, de la nécessité de soumettre à la loi du for, tous les rapports de droit qui ne peuvent relever de la loi nationale des parties en cause, du principe *locus regit actum* ou de l'autonomie de la volonté. L'intention du législa-

---

tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'il pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce... Sans doute, le juge appréciera librement la jurisprudence nationale. Si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra au juge de choisir l'interprétation qu'il croit être la plus conforme à la loi... Dans le même sens, voir encore la note de Surville (Rev. crit., n. s., t. XXXI/1902, p. 156/157). De leur côté, Niboyet (op. cit. supra, p. 791 ss.) et Melchior (op. cit., §§ 61 à 66, p. 87 à 96) soutiennent le dangereux point de vue qu'il ne convient pas d'attribuer à la jurisprudence étrangère plus d'importance qu'elle n'en a dans son propre pays. Cette proposition, par ailleurs défendue au moyen d'arguments sérieux, autorise les discriminations les moins fondées et favorise l'arbitraire. Elle permet à Melchior (eod. loc.) de constater, en se référant à l'arrêt du Tribunal d'Empire précité: «Das Reichsgericht würde sicher nicht in einer Frage des englischen Rechts ein Urteil des House of Lords für rechtsirrig und daher unmassgeblich erklären, wie es das in einer Frage des schweizerischen Rechts bei einem Urteil des schweizerischen Bundesgerichts getan hat».

teur permettra de reconnaître les nécessités de l'ordre public qui, quelle que soit la disposition étrangère en conflit avec elles, s'imposent au juge sans discussion. Dès l'instant que le magistrat est tenu, pour les raisons susdites, d'appliquer le droit du for, il ne peut, d'après Savigny et les premiers doctrinaires franco-italiens, qu'ignorer complètement la loi étrangère. Cette opinion trop absolue a été corrigée par la distinction de von Bar et de Brocher entre la loi elle-même, souvent admissible dans ses effets, et l'application de cette loi qui, avant tout, doit être évitée lorsque l'ordre public est en jeu. Cette distinction grosse de conséquences, a eu pour effet de changer de place le centre de gravité du problème. Au lieu de s'attacher à déterminer le contenu des lois, les auteurs se sont efforcés de rechercher si les liens qui « rattachent » un rapport de droit au territoire du for justifient l'intervention de l'ordre public (terminologie française) ou de la clause de réserve (terminologie allemande). Autrement dit, la *lex fori* peut, le cas échéant, remplacer la loi étrangère pour régir un rapport de droit lorsque le législateur ou, à son défaut, le juge estime qu'en vertu d'intérêts prédominants ce rapport de droit ne peut qu'être « rattaché » au territoire du for. Rien n'illustre mieux la nouvelle conception du problème que les innombrables divisions apportées à la notion de l'ordre public : ordre public interne et ordre public international (Brocher); ordre public national, ordre public économique ou territorial et ordre public de nature morale et politique (Rolin); ordre public personnel ou national, ordre public territorial, ordre public personnel et territorial et ordre public absolu (Valéry); lois absolues objectives, lois absolues subjectives, lois relatives objectives et lois relatives subjectives (Despagnet). Les possibilités de « rattachement » ont été poussées fort loin et ont été si subtilement multipliées (Zitelmann, Kahn, Fink, etc...) que la notion de l'ordre public, vidée presque de son contenu, n'est plus devenue, pour nombre d'internationalistes, qu'une règle de DIP se séparant à peine des autres. Mais, si séduisante que soit cette conception de l'ordre public devenu simple « règle de rattachement », elle ne peut indiquer au juge quand il est en présence de cette « règle de rattachement » particulière. Force fut donc à la doctrine (Arminjon) de constater qu'il existe, malgré tout, des « règles positives ou de compétence absolue », par quoi il faut entendre certaines dispositions de la législation du for qui, par l'effet des règles de rattachement d'ordre public, s'appliquent à l'exclusion des lois étrangères. Ainsi se pose de nouveau à l'esprit, qui revient au point de départ, l'examen du contenu des lois.

La méthode d'étude, dont nous venons de tracer les grandes lignes, demande, certes, un travail de synthèse. Elle ne peut toutefois donner qu'une idée imparfaite du problème. En ne considérant que le seul ordre public, isolé arbitrairement de son milieu, c'est-à-dire du système complet des règles de conflit, où l'ont placé chacun des auteurs, nous n'en avons qu'une représentation incomplète qui en change le caractère même.

C'est pourquoi, nous avons préféré suivre la seconde méthode. Elle consiste à faire brièvement l'analyse des principales théories de DIP et à indiquer la place qu'occupe et le rôle que joue l'ordre public dans la construction de celles-ci. Des variations de doctrine qui affectent la nature même de l'ordre public ne peuvent, fort souvent, s'expliquer que par l'embarras où se sont trouvés les auteurs de faire, dans leur système de DIP, une part exacte à cette notion perturbatrice. Le problème de l'intégration de l'ordre public dans des ensembles de règles de conflit, construits *a priori*, a influé pour beaucoup sur le caractère particulier que cette notion a dans chacun de ces ensembles.

Ces considérations nous ont imposé le choix de la seconde méthode qui possède encore à nos yeux l'indiscutable avantage de faciliter au lecteur la compréhension d'un sujet difficile et de permettre de rapides références aux auteurs.

## CHAPITRE PREMIER

### ECOLE SAVIGNIENNE

#### *Doctrine de Savigny*

Il n'est peut-être pas très juste d'employer le terme d'ordre public en parlant de l'exception qu'admet Savigny au jeu normal des règles de conflit de lois. Si nous le faisons, c'est uniquement pour nous servir d'un terme commode, aujourd'hui consacré. Mais ce terme d'ordre public n'a été introduit officiellement dans le vocabulaire du DIP que par Mancini. Le système de DIP de Savigny est fondé sur le principe suivant: le juge doit appliquer la loi du siège du rapport de droit. Ce principe souffre un tempérament. Sont d'une application absolue, tout en étant exceptionnelle dans le domaine des conflits de lois :

a) Les lois coercitives absolument obligatoires.

b) Les institutions juridiques d'un Etat étranger dont l'existence ne peut absolument pas être reconnue dans notre pays.

Il serait, pour Savigny lui-même, complètement erroné d'octroyer à toutes les lois impératives une nature si coercitive, si absolument obligatoire, qu'elles doivent être comptées au nombre des cas d'exception (« eine so positive, zwingende Natur zuzuschreiben, dass sie unter die Ausnahmefälle gerechnet werden müssten », op. cit., p. 32/33). Cette réserve de Savigny nous paraît fort en place. Quelque obscurs que soient les termes de « lois coercitives » (32), il

32) Fusinato (op. cit., p. 589) ne peut approuver les termes de « lois coercitives » : « E una denominazione imperfetta, che sembra badare più alla forma come la legge è concepita che alla sua sostanza. » Il ajoute que si cette dénomination ne produit pas une trop grande confusion dans un livre de science, elle devient incertaine et périlleuse dans un article de loi (cf. art. 12 disp. prél. CCit.).

est évident toutefois que chaque loi impérative (fixation de l'âge de la majorité, détermination des causes du divorce ou des vices du consentement en matière de contrats, etc.) n'a pas à s'imposer à l'encontre de la loi étrangère normalement applicable. Mais où trouver le critère de la distinction entre une loi simplement impérative (« absolutes Gesetz ») et une loi coercitive absolument obligatoire (« Gesetz streng positiver, zwingender Natur »)? Savigny croit le trouver dans l'intention du législateur. Si cette intention ne s'est pas manifestée expressément, il ne reste plus autre chose à faire qu'à rechercher la nature diverse des lois absolues (« es bleibt nichts Uebrigens als auf die verschiedene Natur der absoluten Gesetze zurückzugehen »). Quelle est cette « nature diverse des lois absolues »? Savigny reste dans le vague et ne fournit à ce sujet qu'une seule indication: les lois coercitives absolument obligatoires sont celles qui ont leur fondement et leur but hors du domaine pur du droit, considéré dans son existence abstraite, de sorte qu'elles n'ont pas été édictées uniquement en vue et à cause des personnes qui sont les sujets de droit (« ihren Grund und Zweck ausser dem reinen, in seinem abstrakten Dasein aufgefassten, Rechtsgebiet haben, sodass sie erlassen werden nicht lediglich um der Personen willen, welche die Träger der Rechte sind »). Ces lois peuvent avoir comme raison première la protection du bien public (loi interdisant aux juifs d'acquérir des propriétés foncières, p. ex.) ou des motifs moraux (loi contre la polygamie, p. ex.). Savigny ne donne pas de définition plus précise.

Quant aux institutions étrangères ignorées du pays du for et condamnables, Savigny se borne à donner une série d'exemples qui ont presque tous perdu aujourd'hui de leur actualité (op. cit., p. 159 à 165). C'est ainsi que les lois française et russe sur l'institution de la mort civile, les lois sur l'esclavage n'étaient ni reconnues, ni appliquées en Prusse.

Stobbe, Wyss, Phillimore, Unger, Foelix, Boehm, etc. (33), ont repris la leçon de Savigny et ses catégories d'exceptions. Dans l'état actuel de la science du DIP, cette théorie n'est plus défendable. Comment ces deux catégories d'exceptions peuvent-elles trouver place au sein de la communauté de droit entre nations civilisées établies par l'auteur? Comment justifie-t-il ces deux catégories d'exceptions détruisant partiellement l'ensemble harmonieux des règles de conflit de lois? Savigny, qui s'est rendu compte lui-même de cette imperfection dans son système, l'admet comme un phénomène naturel dans l'état actuel des rapports internationaux. Ce sacrifice nécessaire à

33) Stobbe (op. cit. supra n. 10, t. I, p. 205); Wyss (« Ueber die Kollision verschiedener Privatrechte nach schweiz. Rechtsansichten », Zeit. f. schw. R., t. II/1853, p. 35 à 104, en part., p. 95/96); Phillimore (op. cit. supra n. 10, t. IV, n° XII, p. 12); Unger (« System des österreichischen allgemeinen Privatrechts », 2 vol., Leipzig, 4<sup>e</sup> éd., 1876, t. I, p. 163); Foelix-Demangeat (« Traité de DIP », 2 vol., 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1866, p. 29/30); Boehm (« Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen auf dem Gebiete des Privatrechts einschliesslich des Handels-, Wechsels- und Konkursrecht », Erlangen, 1890, p. 9).

l'esprit du moment est appelé à disparaître dans la suite des temps. En ce qui concerne ces deux catégories d'exceptions, chaque Etat apparaît pour l'instant comme fermé aux autres et se suffisant complètement à soi-même (« jeder Staat erscheint für sich als völlig abgeschlossen », op. cit., p. 160, 312). C'est une simple constatation d'un fait dont on ne peut analyser ni la nature, ni la portée.

S'agissant de la première catégorie d'exceptions, comment reconnaître si la loi étrangère heurte la morale ou le bien public? Les deux notions entrent dans celle plus générale de l'ordre public. Aussi est-il permis de mettre en doute l'utilité de ces distinctions. Le bien public ne saurait se passer de la morale, pas plus que la morale ne pourrait faire abstraction du bien public. Une analyse de ces termes nous forcera d'ailleurs d'en constater la grande imprécision. On peut, en effet, faire entrer dans la catégorie des lois ayant pour objet le bien public, et les appliquer à l'encontre des lois étrangères, toutes celles sur l'état et la capacité des personnes (34), sur le droit de famille (35) ou sur le droit de succession (36).

Le critère du bien public ne peut donc pas servir à distinguer les lois impératives des lois coercitives absolument obligatoires. Toutes les lois visent, à un titre quelconque, au bien public du pays.

Savigny ne nous renseigne pas davantage sur la nature de la seconde catégorie d'exceptions d'ordre public qui s'impose au juge lorsque la loi étrangère prévoit une institution juridique inconnue du droit du for. Le juge peut-il repousser dans tous les cas la loi étrangère, dont les institutions sont toujours en quelque mesure in-

---

34) Voir une décision ancienne du Dép. féd. just. et pol. (FF, 1899, I, p. 402, n° 13); Rossel et Mentha (op. cit., t. 1, p. 196, n° 304); Marcusen (« Das IPR des schweiz. Entwurfs eines Zivilgesetzbuches », NZ, t. XI/1901, p. 37 à 52, en part., p. 47) et Barazetti (« Das IPR des schweiz. Zivilgesetzbuches », NZ, t. XII/1902, p. 270 à 305, en part., p. 302 à 305).

35) Ainsi l'ancienne jurisprudence du TF faisait du droit suisse sur le divorce des dispositions d'ordre public (ATF, t. IV, n° 124, p. 669, du 18 octobre 1878, aff. Surrugues; t. V, n° 60, p. 264, du 4 avril 1879, aff. Graberg; t. VIII, n° 112, p. 825, du 14 oct. 1882, aff. Sandvoss; t. XXVI, II, n° 38, p. 208, du 3 mai 1900, aff. époux Schill; voir sur cette question, Roguin (op. cit. I, p. 77 ss.); Martin (« Jurisprudence suisse. De la séparation de corps. Du divorce des étrangers en Suisse », Rev. DI et lég. comp., t. XIII/1881, p. 598 à 611, en part., p. 602 et « Du mariage et du divorce des étrangers en Suisse et des Suisses à l'étranger », Cl., 1897, p. 752 ss.); Barilliet (« Du divorce des étrangers en Suisse et des époux suisses à l'étranger », Cl., 1880, p. 347 à 367) qui défendent le point de vue du TF, comme conforme à l'intention du législateur. Cf. encore, Humblot (« De l'exécution des jugements étrangers en Belgique », Cl., 1877, p. 339 à 343) et Demangeat (« Des demandes en séparation de corps entre étrangers », Cl., 1878, p. 450 à 458).

36) En ce qui concerne les successions, Demangeat, cité par Lewald, (op. cit. au début de notre titre deuxième, chapitre quatrième, p. 158) disait déjà que toute loi de succession est une loi politique et est une loi qui intéresse l'ordre public. Dans ce sens aussi un communiqué, daté de 1917, du Ministère des aff. étrangères de l'Equateur (cité par Lewald, eod. loc.).

connues de la loi du for? Cette solution serait absurde, parce que trop absolue. Il faut juger de la nature des diverses institutions juridiques à la lumière du droit comparé. L'institution étrangère se révèle alors moins inconnue de la loi du for qu'elle pourrait le paraître au premier abord (37).

La théorie de Savigny n'a pas trouvé d'écho dans les délibérations de l'Institut de droit international (38).

#### *Doctrine de von Bar*

Von Bar a repris la théorie de Savigny à laquelle il a donné à la fois plus de précision et plus de souplesse. « Il est faux, dit-il, de toujours vouloir ignorer la loi étrangère contraire à la loi du for, car si l'on voulait repousser la loi étrangère en soi, on serait entraîné à des conséquences incalculables et l'on ne saurait plus où s'arrêter. » Il faut distinguer. Nous devons faire une différence entre la loi étrangère elle-même, dont on peut tenir compte dans certains cas, et son application sur le territoire du for, qu'on doit seule éviter lorsque l'ordre public est en jeu. Il faut donc rechercher uniquement ce qui doit être repoussé dans la loi étrangère. La loi étrangère, en soi, ne heurte pas nos conceptions, mais seuls certains de ses effets peuvent être contraires à notre ordre public. Nos magistrats devront se borner à méconnaître ces effets-là. Von Bar se sert d'une image devenue, depuis lors, célèbre: Nous sommes toujours en droit de couper les rameaux qui s'avancent sur notre territoire, mais le tronc qui s'élève sur le territoire juridique étranger est soustrait à notre action. Cependant, si le rameau ou le rejeton qui s'avance sur notre

37) Comme le système de Savigny, la législation grecque se borne à repousser, pour cause d'ordre public, « les institutions non reconnues par les lois grecques ». Il faut comprendre ces termes, dit Streit (op. cit., p. 88), non pas dans le sens qu'ils excluent les institutions inconnues en Grèce, mais qu'ils s'appliquent aux institutions réprouvées par les lois grecques, comme contraires à l'esprit général de notre législation; c'est l'avis de la doctrine et de la jurisprudence. Von Bar (op. cit. III, t. I, p. 110/111): « Da die mit gleichem Namen bezeichneten, aber in der Regel in den verschiedenen Staaten doch in einzelnen Anwendungen verschiedenen Rechtsinstitute eben so gut als ganz verschiedene Institute betrachtet werden können, so wird man, z. B., wenn in einem Lande die väterliche Gewalt sehr ausgedehnte, in einem anderen sehr beschränkte Rechte über das Hauskind gibt, sagen dürfen, dass in dem letzteren Staate auf das Institut der väterlichen Gewalt durchaus keine Rücksicht zu nehmen sei. Auf diese Weise gelangt man aber consequent zu einer Ausschliessung eines jeden fremden Rechtsatzes. » Voir aussi (op. cit. I, p. 131, n° 7): « Wenn man mit gleichem Namen in den einzelnen Ländern bezeichneten Rechtsinstitute als dieselben Rechtsinstitute betrachtet, so ist auf diese Art der Name, wie in der scholastischen Weise des Bartolus, als das Massgebende betrachtet. » Fedozzi (op. cit. II, p. 275) critique de son côté la théorie savignienne trop absolue: « L'ordine pubblico di un paese non deve ritenersi *a priori* interessato nel dar vita, per virtù di leggi straniere, ad un istituto ad esso ignota e che, nei casi in cui l'ordine pubblico non possa ravvisarsi interessato, un tale istituto può aver vita sempre quando per ciò le autorità locali non siano costrette ad uscire dalle loro normali attribuzioni. »

38) Voir à ce sujet, Bustamante (op. cit., n° 15, p. 27).

territoire ne causait pas de dégâts, il serait erroné et injuste de le détruire, sous le prétexte que le tronc transplanté sur notre territoire juridique ne pourrait y être souffert (39). Von Bar reprend l'exemple classique: La polygamie n'est pas reconnue en Allemagne, dit-il, mais les autorités ne sauraient refuser aux enfants légitimes nés à l'étranger de l'une ou de l'autre des femmes d'un musulman polygame le bénéfice de l'action en pétition d'hérédité pour réclamer une propriété située sur sol allemand et faisant partie du patrimoine de leur père. Admettre le contraire et obliger les autorités à ne pas traiter comme une simple question de fait, parfaitement admissible, la célébration régulière d'un mariage polygamique à l'étranger, entraînerait un déséquilibre complet dans les relations internationales. Toute la théorie de von Bar se résume donc ainsi: « Notre ordre juridique et nos tribunaux ne doivent pas tolérer ou créer eux-mêmes directement des rapports juridiques absolument incompatibles avec les lois du for » (40). Il faut distinguer clairement entre la loi étrangère elle-même qui ne nous concerne pas le moins du monde, et les effets qu'elle peut être appelée à sortir sur notre territoire. Ces effets sont indirects ou directs selon qu'ils sont nés antérieurement à tout contact du rapport de droit avec notre territoire ou postérieurement à ce contact, grâce à l'activité de nos autorités. Dans le premier cas, ces effets ne jouent plus de rôle perturbateur; on peut admettre, au titre de simple fait, une institution répréhensible du droit étranger. Dans le second cas, au contraire, ces effets sont contraires à l'ordre public et il n'appartient pas aux magistrats de les sanctionner sur leur territoire. L'étroite interdépendance des Etats, née de rapports internationaux constants et de toute nature, oblige le juge à ne pas ignorer ce qui s'est régulièrement passé à l'étranger sous l'empire des lois qui y sont en vigueur. Le juge appelé à se prononcer sur un rapport quelconque de droit, ne peut abstraire ce rapport de droit de ses antécédents ou du milieu dans lequel il a pris naissance. Il doit, au contraire, le situer exactement dans la chaîne des causes et des effets juridiques. S'il voulait agir autrement, le juge tenterait de recréer rétroactivement, selon sa propre idée et sa propre représentation du monde, la vie juridique dans chaque cas d'espèces. Cette tentative serait vaine. Von Bar semble donc bien inspiré de distinguer entre l'application directe de la loi et son application indirecte. Le juge sera mieux placé que quiconque pour apprécier les

39) Von Bar (op. cit. III, t. I, p. 129): « Nun haben wir immer nur das Recht diejenigen Zweige, die auf unserem Territorium hervortreten, abzuschneiden; der Stamm, der in fremder Rechtsordnung steht, ist unserer Einwirkung entzogen und würde der Zweig oder Schössling, der bei uns hervortritt, eine schädliche Wirkung zu äussern nicht vermögen, würde er nicht mit unserer Rechtsordnung in Collision treten, so wäre es verkehrt und ungerecht ihn deshalb zu vernichten, weil der Stamm, wenn er auf unserem Boden stände, hier nicht geduldet werden könnte. »

40) Von Bar (op. cit. III, t. I, p. 130): « Unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte dürfen sich nicht dazu hergeben, unmittelbar Rechtsverhältnisse oder Rechtsansprüche zu realisieren, welche von den einheimischen Gesetzen als unbedingt verwerfliche betrachtet werden. »

cas particuliers trop nombreux et trop divers pour se laisser emprisonner dans une formule théorique.

La théorie de von Bar fut adoptée par nombre d'auteurs (41). Mais, si séduisante qu'elle puisse paraître au premier abord, elle ne peut manquer cependant de révéler, à un examen attentif, de graves défauts.

Qu'est-ce que la loi étrangère en soi et qu'est-ce que son application directe et indirecte? Quand serons-nous en présence d'un cas d'application directe de la loi étrangère sur notre territoire? Quand le juge devra-t-il repousser l'application de la loi étrangère au nom de la morale ou des lois absolues? Pour juger équitablement la doctrine de von Bar, examinons les trois points suivants:

1) *Est-il utile de distinguer entre la loi et son application?* A notre avis, non. Le juge ne doit examiner le contenu et la portée d'une loi étrangère que lorsque les règles de conflit de lois du for en demandent l'application. A ce moment-là seulement elle entre en contact immédiat avec notre territoire. Le juge ne peut rejeter, de par la force des choses, que l'application de la loi étrangère, que cette application soit directe ou indirecte. Il n'est pas au pouvoir du juge de rejeter la loi étrangère comme telle; il ne saurait la faire disparaître de la surface du globe. Chaque législateur est seul compétent pour modifier les lois qu'il édicte; les autorités étrangères ne peuvent que méconnaître ou rejeter l'application et les effets de ces lois. Sans doute, von Bar ajoute-t-il que nous sommes obligés de reconnaître les cas d'application qui se sont produits avant que la loi étrangère n'entre en contact avec notre territoire. Mais ici encore ce n'est pas sur la loi elle-même que le juge du for est appelé à se prononcer, mais toujours sur l'application de celle-ci. La première distinction qu'a faite von Bar entre une loi et son application est donc inutile dans le sens qu'il lui a donné. Cependant, nous verrons en étudiant les doctrinaires des points de contact et de rattachement que la leçon de von Bar contient les germes de certaines vérités (42).

2) *Faut-il distinguer entre l'application directe et l'application indirecte de la loi?* Remarquons d'emblée qu'il est faux de dire que l'application directe de la loi étrangère est une question de droit, tandis que l'application indirecte de cette même loi par la reconnaissance de situations de droit nées à l'étranger ne serait qu'une question de fait. Cette prétendue question de fait ne peut être en

---

41) Ont adopté la théorie de von Bar, entre autres: Goldschmidt («*Handbuch des Handelsrechts*», 2<sup>e</sup> éd., Berlin, 1874-83, t. I, p. 383 ss.); Niemeyer (op. cit. III, p. 69, 146 ss.); Barazetti (op. cit., p. 7); Klein, Max («*Oertliches Recht in Ehescheidungssachen*, NZ, t. VII/1897, p. 487 à 500, en part., p. 495 ss.) et Kahn, lui-même, à ses débuts (op. cit., t. I, p. 118 ss.).

42) Comme le dit très justement Kahn (op. cit., t. I, p. 177): «*Unserer Meinung nach sind alle diese Differenzierungen und Subtilitäten gründlich verkehrt, und wir können uns der Meinung Zitelmanns (op. cit., t. I, p. 321, 337) nicht anschliessen, welcher hier einen erheblichen Fortschritt erkennen will*». Et ailleurs (op. cit., p. 177/78): «*Was sagt man mit alledem eigentlich? Man sagt eine platte Selbstverständlichkeit in einer möglichst komplizierten und prätentösen Form.*»

réalité qu'une question de droit, car elle présuppose l'application antérieure de lois qui ont créé, modifié ou fait disparaître un rapport de droit.

Les lois peuvent être morales ou immorales. Elles ont créé un droit acquis à la reconnaissance duquel on peut opposer ou ne pas opposer l'exception de l'ordre public. Or reconnaître ou ne pas reconnaître un droit acquis, c'est traiter une question de droit: c'est donc, du point de vue de l'ordre public, accepter ou refuser l'application de lois étrangères. Pourquoi, dès lors, vouloir attacher des effets différents à une application directe ou indirecte des lois étrangères? (43)

3) *Qu'est-ce que l'ordre public pour von Bar?* La loi étrangère ne sera pas appliquée toutes les fois que, selon leur but, les lois absolument impératives du for le demandent ou toutes les fois qu'il s'agit d'écarter des principes moraux et sociaux qui divergent sensiblement de ceux qui sont admis dans le pays du for (« stark abweichende, sittliche und soziale Anschauungen »). Von Bar adopte le critère de Savigny. L'imprécision en est manifeste. Toutefois, moins rigoriste que Savigny, von Bar admet que la loi étrangère demeure applicable dans la mesure où elle est compatible avec l'ordre public du for.

Malgré ses défauts, le système de von Bar n'en a pas moins inspiré longtemps la jurisprudence des tribunaux allemands.

#### *Doctrines de Mommsen*

Pour Mommsen, il est préférable de ne définir l'ordre public qu'au moyen de formules générales et de considérer toujours et principalement le résultat auquel conduirait l'application de la loi étrangère. On ne peut affirmer qu'une chose en général: le juge ne doit pas appliquer le droit étranger quand, selon le droit du for, on pourrait considérer comme immoral le résultat auquel conduirait l'application du droit étranger (44). Cette définition du rôle assigné à l'ordre public en DIP est très vague; aussi bien Mommsen lui-même s'en est-il rendu compte. Et cependant, les seules indications qu'il donne ont déjà leur importance. Elles touchent à un point capital de la question: le résultat obtenu. Lorsque l'autorité chargée d'appliquer le droit est appelée à trancher un conflit de lois, elle doit faire deux opérations. La première consiste à rechercher quel droit étranger serait applicable, aux termes des dispositions sur les conflits de lois. La seconde consiste à examiner à la lumière du droit civil comparé le contenu et la portée de la loi étrangère et de la loi du for. Le magistrat doit donner, *a priori*, la préférence au droit étranger et, pour apprécier sainement la valeur d'une intervention de l'ordre public,

43) Von Bar soulève implicitement ici la question controversée des droits internationalement acquis. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur au chapitre spécial que nous consacrons à ce problème.

44) Mommsen (op. cit., p. 195): « Das, worauf es hierbei ankommt, ist das Resultat, dessen Herbeiführung in Frage steht, ob dieses nach dem einheimischen Recht als unsittlich zu betrachten ist oder nicht. »

doit largement tenir compte du résultat auquel conduirait l'application, en l'espèce, de l'une ou de l'autre des règles en conflit. Contrairement aux apparences, une intervention de l'ordre public n'aura pas nécessairement et toujours un résultat meilleur que l'application du droit étranger.

Tout ce développement n'était sans doute pas voulu de Mommsen et nous dépassons sa pensée en nous y livrant; toutefois, Mommsen eut le mérite de découvrir que ce n'était ni la loi elle-même (Savigny), ni sa simple application (von Bar) qui importait, mais le résultat auquel son application pouvait conduire.

---

## CHAPITRE DEUXIEME

### ECOLE FRANCO-ITALIENNE

L'école franco-italienne, nous le verrons, a été fondée par Mancini. Elle s'est répandue bientôt dans toute l'Italie, en Belgique, en France et à peu près dans tous les pays latins. Sa thèse primordiale est que la nationalité constitue le fondement rationnel du droit international tant public que privé (45). « En comparaison avec la théorie savignienne qui s'efforce, dit Gutzwiller (op. cit., p. 366) de donner une solution théorique du problème tout entier des conflits de lois, le système italien se contente de faire pénétrer une nouvelle thèse matérielle centrale. » Mais le principe de la nationalité, base du droit international, a besoin de tempéraments. En vertu des liens actuels qui rattachent un individu à un ordre social déterminé, l'Etat a le droit de demander aux personnes résidant sur son territoire l'observation de ses lois d'ordre public. Ces lois d'ordre public sont territoriales et s'appliquent d'emblée à tout ce qui touche le droit public, c'est-à-dire l'organisation essentielle de l'Etat. D'autre part, les individus ont, en droit privé, la faculté, en ce qui concerne la jouissance des biens et la formation d'obligations nées de contrats, de se soumettre à la loi de leur convenance, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe ne connaît pas d'autres limites que l'ordre public.

Le système de l'école franco-italienne repose donc, (Gutzwiller *op. cit.*, p. 370), sur trois piliers: la nationalité, d'où découle l'application de la loi personnelle, la souveraineté territoriale qui demande la reconnaissance des lois d'ordre public et la liberté individuelle qui permet la prise en considération de l'autonomie de la volonté (46).

---

45) Mancini (op. cit., p. 9) fait de la nationalité « la base razionale del diritto delle genti » et le droit des gens, à son tour, n'est, pour cet auteur, qu'une partie « del universale diritto umano ».

46) Ces trois fondements ou piliers du DIP n'ont pas été établis par Mancini, qui distingue simplement entre le droit public et le droit privé. Il se bornait à subdiviser ce dernier en « droit privé volontaire » et « droit privé nécessaire », le premier donné par l'autonomie de la

Nous ne retiendrons que l'ordre public. « Compris suivant les théories antérieures, dit Gutzwiller (eod. loc., p. 371), comme par Savigny et par l'école anglo-saxonne, ce principe apparaissait comme une sorte de sauvegarde, comme un remède suprême, appliqué à titre d'exception extrêmement rare. Or le système franco-italien en fit une fraction essentielle du DIP tout entier, une science à part qui, pratiquement, répartit toutes les lois civiles en deux classes, les lois facultatives et les lois coercitives et augmente ainsi l'importance de ces dernières. » Il ne pouvait en être autrement. L'extension de l'ordre public, qui, selon la forte expression de Niboyet (op. cit., n° 434, p. 534), est « un véritable gouffre », n'est due qu'à la rigidité et à l'étroitesse de l'a priori théorique que seules sont fondamentales la nationalité et l'autonomie de la volonté. Tous les rapports de droit qui ne peuvent relever de l'un ou de l'autre de ces principes doivent nécessairement être d'ordre public. Comment les différents auteurs, prisonniers du principe de la nationalité, ont-ils analysé la notion d'un ordre public trop vaste et ont-ils compris son rôle en DIP? C'est ce que nous allons voir.

## PREMIERS DOCTRINAIRES

### *Doctrine de Mancini*

La leçon inaugurale donnée par Mancini (47) à l'Université de Turin marque l'origine de la nouvelle école de DIP. Nous venons d'en voir les traits fondamentaux. En ce qui concerne l'ordre public, Mancini expose ce qui suit (cf. Diéna, op. cit. I, p. 343 ss.): Les règles du droit peuvent être, soit de droit privé lorsqu'elles servent à protéger les intérêts des individus considérés comme tels, soit de droit public lorsqu'elles protègent la constitution et l'intégrité de l'Etat. Tandis que le droit privé peut considérer l'homme comme un être doué de facultés individuelles et lié par des rapports juridiques indépendants du territoire qu'il habite, le droit public met l'individu en rapport avec ce groupe d'hommes qui, dans les limites d'un territoire déterminé, établit les conditions auxquelles tous doivent se soumettre à la souveraineté politique. Il y a là une espèce d'expropriation légitime que l'Etat fait d'une partie de la liberté personnelle des individus. C'est intentionnellement que Mancini emploie le mot expropriation plutôt que celui de cession, pour ne pas tomber dans l'erreur de Jean-Jacques Rousseau. A l'inverse de celui-ci, Mancini considère

---

volonté, le second par la loi nationale. Cette méthode a été reprise par Esperson, Laghi, Fusinato, Fiore, Durand et Pillet à ses débuts. La détermination des trois principes fondamentaux du DIP est due à Laurent, Catellani, Olivi, Buzzati et Bustamante. Un seul auteur, Weiss, a cru devoir y ajouter une quatrième notion essentielle, la règle „*locus regit actum*“.

47) Cette leçon fut donnée le 22 janvier 1851, soit dix-huit mois après que Savigny eût signé l'avant-propos, (juillet 1849), du volume qu'il a consacré au DIP. La leçon de Mancini avait pour titre: « Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti ».

l'état social non pas comme volontaire et conventionnel, mais comme une nécessité inéluctable pour l'homme. Dès lors, il s'impose à lui par le droit public et par l'ordre public. Car ce n'est pas seulement le droit public dans sa signification technique qui met en échec sur le territoire de l'Etat le droit étranger; c'est aussi l'ordre public tel qu'il est constitué dans l'Etat lui-même par la volonté nationale. Et Mancini définit ainsi l'ordre public (« De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du DIP », *Cl.*, 1874, p. 221 à 239 et p. 285 à 304, en part., p. 297) : L'ordre public dans tout pays comprend dans la large acception du terme le respect des principes supérieurs de la morale humaine et sociale, tels qu'ils sont entendus et professés dans ce pays, les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine et les libertés auxquelles ni les institutions positives, ni aucun gouvernement, ni les actes de la volonté humaine ne pourraient apporter de dérogations valables et obligatoires pour ces Etats. Si les lois positives d'un Etat, un jugement étranger ou les actes et contrats faits à l'étranger violaient ces principes ou ces droits, chaque souveraineté, loin d'accepter ces outrages à la nature et à la moralité humaines, pourrait, à juste titre, lui refuser tout effet et toute exécution sur son territoire. Elle doit rejeter aussi les institutions économiques incompatibles avec l'ordre établi ».

Cette théorie de l'ordre public est un essai génial que Mancini a lancé dans le monde. D'autres le reprendront et le développeront (48). Mais Diena (*loc. cit.*) exagère manifestement en prétendant que « Mancini parvient à exposer l'idée de l'ordre public avec une clarté et une précision qui — nous n'hésitons pas à l'affirmer — n'ont été surpassées par aucun des nombreux juristes qui se sont occupés de ce sujet ».

Mancini a commis, en particulier, une confusion très grave. Il place sur le même pied le droit public et l'ordre public. Cette erreur a faussé jusqu'à nos jours l'étude du jeu des règles de conflit. Nous verrons plus loin que les termes de droit public et d'ordre public expriment deux notions bien différentes l'une de l'autre. L'ordre public n'est pas nécessairement le droit public et le droit public peut être ou ne pas être d'ordre public.

#### *Doctrines d'Esperson*

Esperson (*op. cit.*, p. 31 et p. 55/57, note) reprend, en Italie, la théorie de Mancini. Il a été le premier, dit Gutzwiller (*op. cit.*, p. 367) à établir sur cette base un système complet de DIP. Analysant la disposition de l'art. 12 disp. prélim. C. Civ., Esperson en arrive à la conclusion que l'ordre public est différent dans le jeu des règles de droit civil ou dans le jeu des règles de DIP.

---

48) Les critiques les meilleures qui aient été adressées à Mancini et à l'école franco-italienne l'ont été par Kahn (*op. cit.*, t. 1, p. 194 à 248). Elles nous dispensent d'alourdir le texte de ce chapitre de notes trop abondantes. Voir aussi les ouvrages de Catellani, de Diena et de Walker, cités dans notre bibliographie.

Esperson pose ainsi les premiers linéaments d'une distinction que Brocher rendra plus tard classique entre l'ordre public interne et l'ordre public international. Esperson emploie les termes de « règle de droit civil » et de « règle de droit international privé »; la terminologie, dit Diena (op. cit. I, p. 388), est différente, mais la distinction entre ces deux règles repose sur la même conception juridique.

Pour lui, l'ordre public embrasse le droit public, les lois pénales, les lois de police et de sécurité publique, la procédure civile et la procédure pénale, ainsi que toutes les dispositions du droit civil et commercial qui visent à protéger l'intérêt politique, économique et moral de l'Etat. Héritier de la confusion de Mancini, Esperson commet, en donnant *a priori* le caractère d'ordre public à des classes entières de lois, une erreur fondamentale que nous aurons l'occasion de réfutier plus loin. Il a créé ainsi la méthode énumérative.

#### *Doctrine de Pescatore*

Pescatore (op. cit., p. 325), contemporain d'Esperson, défend une théorie quelque peu primitive de l'ordre public. La loi étrangère est applicable en tant qu'elle n'offense pas l'intérêt politique et économique de l'Etat et n'est pas contraire aux lois que le législateur du for a consacrées dans son souverain jugement comme des principes absolus d'ordre public, de morale et de religion.

Cette division tripartite des lois rappelle celle de Phillimore (op. cit. *suprà* n. 33). Ces mots d'« ordre public », de « morale » et de « religion » demeurent, ici comme là, vides de sens, faute d'une analyse raisonnée des notions qu'ils sont censés recouvrir.

### DOCTRINAIRES DE LA DUALITE DE L'ORDRE PUBLIC

#### *Doctrine de Brocher*

Personne, après Mancini, ne fut plus illustre dans l'école franco-italienne que le Genevois Charles Brocher. C'est à lui qu'on doit la fameuse distinction amorcée par Esperson de l'ordre public en ordre public interne et ordre public international.

L'ordre public interne comprend toutes les règles de droit qui ont un caractère impératif et auxquelles il n'est pas permis à la volonté des individus de déroger. L'ordre public international, au contraire, embrasse les règles juridiques qui s'opposent à l'application des lois étrangères, en vue de sauvegarder la sécurité sociale, au triple point de vue des personnes, des choses et des actes. Brocher n'a jamais dit, comme von Bar (op. cit. I, p. 99 et op. cit. IV, p. 17) le croit à tort, que l'ordre public interne viserait les nationaux, tandis que l'ordre public international atteindrait les étrangers. Cette interprétation des deux ordres publics n'a été introduite que beaucoup plus tard dans la doctrine franco-italienne par des auteurs comme Despagnet, Surville, Ollivi et Bustamante. Brocher ne pouvait y avoir songé un

Instant, puisqu'aussi bien, seui des théoriciens de son école, il faut entrer les dispositions impératives des droits réels dans le domaine de l'ordre public interne (op. cit. I, p. 20 ss. et op. cit. II, t. I, p. 2 ss.). En établissant sa distinction, le célèbre professeur entendait faire d'ordre public interne, les lois qui, considérées du point de vue de l'organisation juridique interne, ont une valeur impérative et faire d'ordre public international les lois qui, envisagées du point de vue du DIP, ont un caractère obligatoire sur le territoire du for (49).

L'ordre public international ne réclame pas toujours le même respect. Il faut de nouveau distinguer, et cela quelle que soit la cause du conflit, entre laisser créer dans le pays un rapport qu'on réproouve et en accepter les conséquences quand il est régulièrement formé à l'étranger. Il y a coopération directe dans le premier cas et simple tolérance dans le second. Le mal une fois commis, il convient souvent d'en accepter les résultats naturels, pour éviter d'en faire naître de plus graves par une résistance absolue et maladroite. Les rapports de droit (op. cit. I, p. 351 ss.) qui sont plus ou moins permanents de leur nature, doivent être maintenus dans celles de leurs conséquences qui ne sauraient en être séparées, sans y produire une alteration profonde (droits résultant du mariage, de la parenté et des successions). Les conséquences moins essentielles peuvent être prohibées quand elles sont contraires aux principes d'ordre public, (par exemple, certains actes d'autorité paternelle ou maritale). En d'autres termes, Brocher introduit pour réduire la portée de l'ordre public international, la théorie des droits internationalement acquis. Le respect des droits acquis, dit-il, est indispensable à la sécurité nationale. Nous verrons dans un chapitre spécial consacré à cette question ce qu'a d'illusoire la notion des droits acquis.

Le problème posé par l'ordre public international consiste à rechercher si, dans telle espèce, il y a des motifs suffisants pour refuser exceptionnellement de reconnaître sur le territoire l'autorité d'une loi étrangère qui serait naturellement extensible (op. cit. I, p. 368).

Nous ne pouvons admettre l'ordre public double de Brocher. Diena n'a pas réussi à nous convaincre: « Nous sommes d'avis, dit-il (op. cit. I, p. 389), que la distinction de Brocher ne mérite pas les critiques qu'on lui a adressées. On pourra peut-être préférer une autre terminologie, mais nous croyons avec Esperson et Fiore qu'il faut distinguer deux sortes d'ordre public, car autrement, si l'on considèrait toujours l'ordre public comme absolu, il arriverait trop souvent que les règles de DIP adoptées ne pourraient produire aucun effet. Au surplus, en faisant abstraction d'une telle distinction, on ne pour-

---

49) A juste titre, Kahn (op. cit., t. I, p. 201) fait observer: « Man könnte die gewählten Ausdrücke ebensogut umkehren. Ordre public international könnten diejenigen Bestandteile des Privatrechts sein, welche zwar zwingend und oeffentlicher Ordnung sind, aber doch international anerkannt werden, den Bürger ins Ausland folgen; ordre public interne dagegen wären diejenigen zwingenden Gesetze, welche nur für das Inland gelten, « strikt-territorial » sind. »

rait pas juridiquement expliquer pourquoi le juge devrait reconnaître l'efficacité d'une loi étrangère compétente pour régir certains rapports, laquelle apporte des limitations à l'autonomie des parties, même lorsque celles-ci ont accompli un acte qui, tout en étant défendu par la loi étrangère compétente, n'est pas contraire à l'ordre public de la loi du for. »

Il n'y a pas, en réalité, deux sortes d'ordre public, mais bien un seul. C'est, comme le dit Niboyet (op. cit. n° 443, p. 548), retirer au terme d'ordre public toute signification précise, que de lui faire désigner deux catégories de lois distinctes. En réalité, il n'y a pas deux ordres publics dans chaque pays, l'un s'appliquant aux nationaux, l'autre aux étrangers. Une disposition de droit interne, lorsqu'elle est d'ordre public, possède ce caractère à tous les points de vue. En conséquence, l'unité de l'ordre public souffre que celui-ci s'applique à des degrés divers, mais il demeure toujours absolu dans ses effets. Parler de diversité d'ordre public serait en quelque sorte opposer ces divers ordres publics l'un à l'autre et laisser entendre que leurs effets ne sont que relatifs. Les lois dites d'ordre public interne ne sont en réalité que des lois impératives ou prohibitives (50). L'unité de l'ordre public n'exclut pas une hiérarchie des lois (51).

Le terme même d'ordre public est critiquable (52). L'ordre public dit international est au contraire essentiellement national (voir Aubry, op. cit. I, p. 468, n° 1 et Niboyet, op. cit., n° 438, p. 540 à 542 et n° 443, p. 548). L'ordre public international évoque l'idée d'un ordre public, commun aux nations, qui leur serait imposé par une souveraineté supra-étatique qui n'existe pas.

La distinction de Brocher entre l'ordre public interne et l'ordre public international a toutefois un côté d'exactitude; nous le verrons en étudiant la théorie des « points de contact ou de rattachement ». C'est ce qu'a fort bien vu Aubry (op. cit. I, p. 468, n. 1): « La distinction que l'on formule ainsi a le tort d'être trop simple, la portée des lois d'ordre public pouvant dépendre non seulement de la nationalité (53) des individus auxquels il s'agit de les appliquer, mais aussi du point de savoir sur quel territoire se trouvent les choses ou

---

50) Dans le même sens, Caleb (op. cit., p. 67/68); Homberger (op. cit., p. 69); contra, Leresche (op. cit., p. 129).

51) Voir, à ce sujet, notre chapitre sur la nature de l'ordre public.

52) Lainé (op. cit. II, p. 355) s'exprime en ces termes: « La distinction qui vient d'être faite est généralement adoptée par la doctrine et par la jurisprudence. Mais beaucoup d'auteurs l'énoncent en termes différents. Ils disent des lois que je nomme lois d'ordre public relatif qu'elles sont des lois d'ordre public national et des lois que je nomme « lois d'ordre public absolu », ils disent qu'elles sont des lois d'ordre public international. Ces expressions empruntées à Brocher me semblent défectueuses. Car, qu'elles aient un effet relatif ou absolu, les lois françaises d'ordre public sont les unes et les autres d'ordre public national. »

53) Notons en passant qu'Aubry n'a pas compris le sens donné par Brocher aux expressions d'ordre public interne et d'ordre public international. Il demeure persuadé que la distinction entre les deux termes repose sur une question de nationalité !

dans quel lieu se sont accomplis les faits à propos desquels on requiert leur application, c'est-à-dire tantôt ces deux éléments réunis, tantôt un seul d'entre eux. » Mais Brocher reste à mi-chemin; il n'a pas indiqué le critère auquel le juge, à défaut d'indications précises du législateur, reconnaîtra une disposition d'ordre public interne d'une disposition d'ordre public international.

### Doctrines de Weiss

André Weiss a repris brillamment la théorie de Brocher. Il l'a développée et précisée. « Si l'Etat, dit-il (op. cit. I, t. III, p. 94), doit en général admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, il a le droit de se conserver et de se défendre — ceci n'est contesté par personne — et par suite de repousser les lois qui contredisent les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise et qui sont la garantie la plus solide des droits individuels dont la protection lui est confiée. Deux intérêts étant en opposition, d'une part l'intérêt de la société locale, c'est-à-dire l'intérêt de tous, de l'autre l'intérêt d'un individu étranger, c'est ce dernier qui doit céder. » Il ajoute (eod. loc., p. 97): « L'ordre public international dérive de la même idée que l'ordre public interne. Comme l'ordre public interne, il procède de l'intérêt général. Mais l'intérêt général a moins d'exigence dans un cas que dans l'autre. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'ordre public international rentre dans l'ordre public interne dont il forme une subdivision. Les règles qui sont d'ordre public international sont par cela même, et à plus forte raison, d'ordre public interne. Mais la réciprocité n'est pas vraie et ce serait une erreur de croire que les simples dispositions d'ordre public interne sont protégées contre l'application des lois étrangères. » Weiss ne donne aucun critère des lois d'ordre public international, mais se borne à constater que cette notion, étant exceptionnelle, il faut qu'elle soit renfermée dans les plus étroites limites.

Dans la doctrine de Weiss, l'ordre public est donc bien une exception à la loi nationale, mais cette exception est une exception permanente. « Dans presque toutes les matières, dit Niboyet (op. cit., n° 434, p. 533), où l'école franco-italienne fait intervenir l'idée de l'ordre public, jamais la loi nationale de l'individu ne s'applique, ni ne sera théoriquement susceptible de s'appliquer. Dans la mesure où cette école applique la loi territoriale à certaines matières, ce n'est pas une exception, puisque cette loi s'y applique toujours; c'est l'intervention d'un véritable principe. De sorte que l'école de la personnalité du droit se ramène en réalité à celle de la compétence normale et non accidentelle de la loi d'ordre public. Weiss soumet les immeubles à la *lex rei sitae* en tant que loi d'ordre public, mais ne concevrait pas qu'on puisse appliquer une seule fois à pareille matière une autre loi. Dès lors, la loi d'ordre public de Weiss n'est plus une loi d'exception, mais une loi normale. »

L'ordre public ayant une portée aussi étendue, force fut à Weiss de procéder à des distinctions. L'ordre public international comprend

pour lui le droit public et le droit constitutionnel, les lois sur l'organisation de la propriété foncière, les lois de la procédure civile et pénale, les lois pénales et enfin toutes celles que le juge, ayant pénétré dans leur esprit et ayant recherché l'intention du législateur qui les a édictées, doit déclarer d'ordre public international. C'est la fameuse distinction en cinq classes, dont on peut dire que seule la dernière, devenue depuis classique, constitue vraiment le domaine de l'ordre public (Niboyet, *op. cit.*, n° 436 et n° 437, p. 536 à 540). Cette création de cinq classes de lois se trouvait en germe déjà dans l'œuvre d'Esperon, Bustamante et Laghi, auteurs de la méthode énumérative, qui y ont vu le moyen le plus sûr d'analyser complètement le contenu de l'ordre public.

La notion d'ordre public international varie suivant le temps et le lieu; il est donc utile de laisser au juge la faculté de modeler ses décisions sur les circonstances, sur les idées en cours, sur le progrès ou l'altération des mœurs. Il ne faudrait pas que cette notion fût condamnée à l'immobilité par une définition législative qui serait nécessairement imparfaite.

## DOCTRINAIRES D'UNE NOUVELLE ECOLE STATUTAIRE

### *Doctrines de Laurent*

Laurent, auteur belge contemporain de Mancini, s'est, dès le début, rallié avec enthousiasme à la théorie de son ami italien. Cette théorie constitue vraiment pour lui une nouvelle consécration des statuts. Dans la question de l'ordre public, il oppose le droit social au droit privé. Il ne suffit pas, dit-il, qu'une loi intéresse à un degré quelconque les bonnes mœurs ou l'intérêt général, pour qu'elle constitue un statut réel; il faut que l'intérêt de la moralité soit assez grand pour que l'existence, la conservation ou le perfectionnement de la société soient compromis par l'application de la loi étrangère. Remarquons les mots de « statut réel ». Pour Laurent, en effet, le DIP ne connaît ni règle, ni exception, mais uniquement des statuts de nature différente, les uns réels, parce qu'ils concernent un droit social, les autres personnels, parce qu'ils sont relatifs à des intérêts privés. Laurent reprend ainsi le vocabulaire des anciens statutaires divisant l'ensemble du DIP en statuts réels ou personnels. Le statut réel est régi par la loi du territoire; le statut personnel obéit à la loi nationale. Laurent emploie aussi les termes de « statut territorial » et de « statut national ». Ces termes inexacts de statut réel et de statut personnel, comme ceux de loi personnelle et loi territoriale, ont le gros défaut d'être susceptibles de définitions contraires.

Pour répartir les lois en lois de droit public ou de droit social (statut réel) et en lois de droit privé (statut personnel), il ne suffit pas de se fonder sur l'intérêt général que ces lois peuvent présenter. La recherche d'un critère, auquel on pourrait mesurer la personnalité ou la réalité d'un statut, constitue « un débat séculaire » qui ne peut être résolu définitivement. Nous devons nous rappeler qu'il doit

toujours exister un juste équilibre entre l'empire de la société et celui de l'homme comme individu. Les lois sont dites de droit public, lorsque c'est la société qui y figure comme partie principale, en d'autres termes, les lois sont de droit public, lorsque le public est en cause! Les lois sont appelées de droit privé, lorsque, réglant l'état des personnes, ce sont les individus qui y figurent comme parties principales. Cette imprécision donne naissance, et Laurent le reconnaît lui-même, à une jurisprudence très contradictoire dans les divers pays et souvent au sein d'un même pays. Ce phénomène est malheureusement inévitable, car on ne peut songer dans un code à énumérer exhaustivement tous les statuts réels comprenant les lois de police et de sûreté, les lois constitutionnelles et administratives, les lois pénales et celles qui concernent les bonnes mœurs et le maintien de l'ordre social.

Kahn (op. cit., t. I, p. 222, 224/226, 241, 244/245) adresse à Laurent une critique serrée : Il est posé en axiome, dit-il, que les lois qui exigent une application territoriale, quelles qu'elles soient et seulement celles-là, ont en elles une signification sociale plus haute que les autres lois. Laurent se garde de définir comment elles acquièrent cette signification sociale plus haute. D'ailleurs, comme tous les auteurs de l'école franco-italienne, il nomme territoriales, d'un côté les lois qui régissent sur notre territoire indiscutablement (*lex loci delicti commissi, lex loci rei sitae*) — c'est là le point de vue que l'on pourrait appeler concave ou affirmatif — et de l'autre côté, les lois qui régissent indiscutablement sur leur territoire à elles, aussi loin qu'elles le veulent et qu'elles le peuvent, mais qui ne peuvent régner sur notre territoire (lois limitant la liberté religieuse, lois assurant des privilèges de race ou de caste, loi instituant la mort civile) — c'est là ce qu'on pourrait appeler le point de vue convexe ou restrictif —. La confusion née de l'emploi, dans des sens divers, du terme « territoriales » pour désigner plusieurs catégories de lois très différentes, révèle une profonde incohérence de la doctrine. La territorialité dite concave peut être reconnue dans tous les États, la territorialité dite convexe n'a de valeur que pour un seul État. Seule la territorialité convexe est d'ordre public. De son côté, Aubry (op. cit. II et III) a consacré une pénétrante étude à éclaircir l'imprécision où se débat la notion de territorialité en DIP. Il met en garde contre la confusion de la territorialité (normale) *ratione loci* et la territorialité (d'ordre public) *ratione fori*. Bartin (op. cit. II, §§ 92 et 93, p. 245 à 252), aussi, souligne la ressemblance superficielle et l'association fragile de résultats juxtaposés que peuvent présenter entre elles les lois dites territoriales, *leges loci*, applicables le cas échéant à l'étranger et *leges fori* d'ordre public — et non pas de procédure! — applicables uniquement dans le *forum*. Mais la confusion était presque inévitable pour les auteurs franco-italiens. La doctrine de la personnalité du droit devait nécessairement la faciliter et la propager. Car tout ce qui en DIP ne relève pas de la loi nationale ou de l'autonomie de la volonté, dépend de la loi territoriale considérée, dans tous ses cas d'application, comme d'ordre public. Dès lors, s'établit nécessaire-

ment l'identité trompeuse: lois d'ordre public = lois territoriales. Nous verrons d'ailleurs que la territorialité des prétendues lois d'ordre public est variable.

La terminologie de Laurent, imprécise, n'apporte aucun éclaircissement dans l'étude compliquée de l'ordre public.

#### Doctrines de Fiore

Fiore (op. cit. I, t. I, n° 256, p. 250) juge la distinction de Brocher entre l'ordre public interne et l'ordre public international une source de complications inutiles. Il ne lui substitue pas moins une autre distinction. Il distingue entre les lois « *quae ad singulorum utilitatem pertinent* » et les lois « *quae ad statum reipublicae spectant* ». Les lois d'ordre public proprement dites forment une troisième classe. En raison de leur objet, elles se séparent des lois qui constituent le droit public de l'Etat et des lois de droit privé faites en faveur des individus. Le caractère essentiel des dispositions d'ordre public proprement dites réside dans la protection de l'« *id quod ad universitatis utilitatem spectat* ». Fiore admet donc, à côté du droit privé et du droit public, le droit social qui est d'ordre public (op. cit. II, p. 355 à 360).

Fiore croit faire à cette question une réponse précise (op. cit. II, p. 615): « A notre sens, dit-il, l'expression lois de droit social ne peut pas être considérée comme vague et indéterminée. Nous pensons qu'il doit comprendre toute disposition législative qui protège les droits des tiers. La disposition doit être considérée comme de droit social, étant donné que par tiers, on ne doit pas entendre tel ou tel, mais la collectivité; tous ceux qui en font partie représentent des tiers. Par conséquent, dans toutes les dispositions législatives, ce qui est édicté à l'égard des tiers a pour but la protection du droit social. »

Malgré tout, cette définition est vague. Elle ne correspond pas à la vérité. Nous ne voyons pas pourquoi la loi étrangère qui sauvegarde les droits des tiers d'une autre façon que la loi nationale, il est vrai, mais dans la même mesure ou dans une mesure plus forte ne serait pas applicable. Il est, en outre, difficile d'établir ce qu'est le droit social. Aussi bien Fiore, lui-même, essaie-t-il, pour préciser sa pensée, de classer les prétendues lois de droit social. Confondant souvent, et en quelque sorte en contradiction avec lui-même, les termes de « droit public » avec ceux d'« ordre public », il qualifie les lois constitutionnelles, administratives, pénales, de police et d'organisation judiciaire, de lois de droit public ou d'ordre public. Il faut attribuer une autorité absolue et prévalente aux lois prohibitives qui limitent expressément l'autorité du statut personnel étranger, aux lois promulguées en vertu de la souveraineté territoriale concernant les choses situées dans l'Etat, aux lois constituant le droit public de chaque pays ou qui ont un caractère de droit social. « Pour établir, dit Fiore (op. cit. IV, p. 222), une théorie rationnelle propre à résoudre la question, il ne faut pas se fonder sur la forme de la loi, mais

plutôt sur le principe général, d'après lequel l'autorité de la loi doit dépendre de la compétence législative, d'après lequel aussi, même en cas de concurrence de lois d'ordre public, on doit reconnaître autorité prépondérante à la loi émanée du souverain territorial, dans le cas où l'on doit attribuer à ce souverain la compétence législative prépondérante.»

Pour donner un critère exact encore des lois constituant le droit social, Fiore les oppose aux lois simplement impératives. Il n'y a qu'une différence de degré. Lorsque le législateur laisse aux particuliers la faculté de déroger à la loi ou de couvrir le vice de nullité du rapport juridique né contrairement à la loi, soit en n'exerçant pas l'action en nullité, soit en ratifiant l'acte ainsi accompli, cette loi n'a pas autorité absolue *erga omnes*. Quand, au contraire, le législateur déclare entièrement inefficace tout rapport juridique quelconque réalisé en violation de la loi, que la nullité de ce rapport est absolue et ne peut être couverte d'aucune façon, la loi sur laquelle se fonde ce rapport doit avoir une autorité exclusive et absolue même à l'égard des lois étrangères (op. cit. III, p. 363). Semblable explication ne fait au fond que reculer la question. Il est, en effet, malaisé de déterminer les cas dans lesquels le législateur a voulu que telle ou telle loi entre dans la première ou dans la seconde catégorie. Le problème consiste à rechercher quelle est la volonté du législateur. Or, dans presque tous les pays, ce travail incombe au juge et c'est à la casuistique des tribunaux que nous devons en fin de compte la solution de notre problème. La question de l'ordre public n'est donc pas tranchée par les mots « autorité de la loi du for » et « compétence législative », comme Fiore paraît le croire, puisque ces mots-là ne sont susceptibles d'aucune définition exacte.

#### *Doctrine de Fedozzi*

« C'est l'intérêt social, dit Fedozzi (op. cit. I, p. 497), qui doit fournir la règle d'après laquelle on peut décider si une loi étrangère, contraire dans son principe à l'ordre public de notre pays, peut ou non y être applicable dans ses conséquences. La détermination de la destination sociale essentielle d'une loi étrangère contraire à nos lois d'ordre public, qui permet d'exclure celles de ses conséquences qui servent à réaliser cette destination essentielle, me paraît reposer sur une idée précise : dans toute œuvre législative, il est possible de découvrir un ensemble de règles et de conséquences qu'on peut appeler les « *essentialia legis* », alors qu'un autre ensemble de règles et de conséquences, empruntant leur caractère à certaines particularités accidentelles de l'œuvre législative, à laquelle elles se rattachent, n'ont, dans leur essence, rien de particulier, ni rien de différent des règles et des conséquences qui correspondent à des institutions analogues dans les législations étrangères.... »

Fedozzi (op. cit. I, p. 69 ss.) reprenant une terminologie défectueuse, appelle lois personnelles « celles qui visent le citoyen en tant

qu'individu » et lois territoriales celles qui « concernent la société elle-même ». Dans les premières, la pensée — « le but social » — du législateur n'est dirigée qu'indirectement sur la communauté; elle est fixée directement sur l'individu « considéré comme membre de la collectivité ». Dans les secondes, le législateur a voulu que ses règles aient pour objet « l'avantage de la collectivité sociale tout entière » (54). Cette idée du « but ou du droit social » que nous avons déjà rencontrée dans Laurent, dans Fiore et que nous reverrons dans Rolin et dans Pillet s'inspire, en ligne plus ou moins directe, de la leçon savignienne. L'art. 30 EGzBGB a repris cette idée en disposant que l'application d'une loi étrangère est hors de question lorsqu'elle heurte le but de la loi allemande.

### Doctrine de Rolin

Rolin, lui aussi, trouve (op. cit., t. I, p. 277) que « les expressions droit ou intérêt social sont plus précises que le terme ordre public et sous ce rapport préférables ». Faisons remarquer déjà que la notion de l'ordre public est susceptible d'apparaître dans toutes les disciplines du droit et ne constitue pas en soi un droit ou un intérêt. Cette terminologie est fautive à tous égards. La doctrine de Rolin, comme celle de Fiore, s'inspire fortement de la leçon de von Bar. Elle fonde en elle les thèses de l'école savignienne et celles des maîtres franco-italiens. Rolin se rattache, cependant, à la lignée latine par la distinction fondamentale des deux ordres publics, différant entre eux non pas quant à leur nature, mais quant à leur extension (op. cit., t. I, p. 279): « Aussi proposerions-nous, dit-il, de substituer aux diverses dénominations proposées celles d'ordre public général et d'ordre public spécial, s'il était indispensable de recourir à ces termes assez vagues d'ordre public, pour déterminer les cas où l'application de la loi étrangère, en ce qui concerne l'état et la capacité, vient se heurter et se briser contre la loi intérieure, la loi du territoire. » Prisonnier de la confusion générale, dans laquelle se meut avec peine l'école franco-italienne sur les diverses acceptions à donner aux termes de « territorialité des lois », Rolin soupçonne que les lois dites territoriales ne peuvent pas entrer toutes au même titre dans la catégorie de l'ordre public et ne pas avoir toujours les mêmes effets sur le territoire. Il éprouve dès lors, le besoin (Rev. DI et lég. comp., t. XXVI/1894, p. 441) de distinguer entre un ordre public national visant les ressortissants de l'Etat, un ordre public économique ou territorial qui s'impose aux étrangers comme aux nationaux pour les biens situés sur le territoire, et un ordre public de nature morale ou politique s'appliquant à tous ceux qui se trouvent sur le territoire. Cette division réchauffe, dit Kahn (op. cit., t. I, p. 237) la vieille théorie des « *statuta personalia, realia et mixta* ». Nous ne voyons

---

54) Dans le même sens, voir Lainé (op. cit. I, t. II, p. 195, 280 ss. et passim) et Catellani (op. cit., t. I, n° 103 ss., p. 118 ss.), ainsi que les doctrinaires cités par cet auteur. Cf., en outre, notre exposé des théories de Laurent et de Despagnet.

pas en quoi ces appellations nouvelles de Rolin sont plus claires et plus parfaites que les expressions d'ordre public international et d'ordre public interne qui lui « paraissent assez imparfaites et ne rendent pas la distinction à laquelle elles doivent correspondre ». Tout cela reste querelle de mots, faute de sens précis donné à chacun de ces termes.

#### *Doctrine de Despagnet*

Despagnet constate tout d'abord que le législateur a fixé des règles d'ordre public interne pour sauvegarder les intérêts individuels de ses nationaux et des règles d'ordre public international pour protéger directement l'intérêt collectif de l'Etat. Qu'est-ce donc, de façon plus précise, que l'ordre public international? Certes, en plus des lois pénales qui sont généralement, mais non pas toujours, d'ordre public (observation fort juste!), il faut entendre l'ensemble des règles qui, étant données les idées particulières admises dans tel pays déterminé, sont indispensables à la bonne organisation de la société (op. cit. II, p. 5 et 6), ou qui sont considérées comme touchant aux intérêts essentiels du pays (op. cit. I, p. 228, n° 107).

Il importe peu, au reste, qu'il s'agisse d'intérêts religieux, moraux, politiques ou économiques; la liberté religieuse, la prohibition du divorce, etc., sont des exemples d'ordre public. Il faudrait se garder de confondre toutefois l'intérêt public avec l'intérêt du public (55). En d'autres termes, l'ordre public commande que l'on applique toujours et exclusivement les lois locales touchant à l'organisation même de l'Etat et non pas celles qui présentent un avantage pour les nationaux. Pour savoir si une disposition est d'ordre public, il faut rechercher si elle reflète profondément les idées générales, sur lesquelles se fonde l'organisation de la société.

L'expression d'« ordre public » est loin d'avoir toute la précision désirable, car aucun critérium ne peut désigner *a priori* les règles légales qui ne peuvent être mises en échec par une loi étrangère: « L'absolu n'est peut-être pas de ce monde, pas plus dans l'ordre moral que dans l'ordre physique et il n'existe certainement pas dans la conception que les hommes des différents temps et des différents pays peuvent avoir des conditions essentielles de la bonne organisation de l'Etat (op. cit. II, p. 15). » Cette constatation étayée par une analyse de l'influence qu'a sur tout législateur la loi du milieu, n'est pas sans nous surprendre puisque Despagnet parle ensuite d'ordre public relatif et d'ordre public absolu (56). Si l'absolu n'existe pas comment Despagnet peut-il concevoir un ordre public absolu et un ordre public relatif? En réalité Despagnet s'exprime de façon défec- tueuse. Ces termes servent à différencier les degrés de « territorialité » des lois d'ordre public international. Comme les lois d'ordre public sont toutes territoriales et qu'il serait même impossible de

55) Roguin (op. cit. II, t. III, n° 823 et 824, p. 524 et 525) met aussi en garde contre cette confusion.

56) Cette terminologie est approuvée par Fedozzi (op. cit. I, p. 78) et par Aubry (op. cit. I, p. 742).

concevoir des lois territoriales qui ne seraient pas d'ordre public, les divergences dans les effets « territoriaux » de ces lois doivent nécessairement trouver leur fondement dans une différenciation de l'ordre public. Dès lors, au lieu de parler de territorialité absolue et de territorialité relative, l'auteur adopte les termes d'ordre public absolu et d'ordre public relatif. Parmi les lois d'ordre public, dit-il (op. cit. II, p. 218 à 220), les unes sont relatives et d'autres absolues. Parmi les absolues, il faut encore distinguer les lois absolues objectives et les lois absolues subjectives. Les premières correspondent à toutes celles des pays civilisés. Le principe aussi bien que les effets des lois qui leur sont contraires doivent être impitoyablement écartés (La traite des noirs ou la mort civile seront totalement méconnues en dehors du pays où ces institutions sont admises). Les secondes, au contraire, peuvent produire des effets dans certains pays, alors qu'elles ne pourraient les produire dans d'autres. Ces règles d'ordre public sont absolues subjectives ou relatives objectives, ce qui revient au même. (En Italie, p. ex., l'indissolubilité du mariage est une règle d'ordre public objectif, relatif ou absolu subjectif, puisqu'elle n'existe pas dans tous les pays civilisés, mais bien dans la seule opinion du législateur qui l'a établie). Il y a encore des dispositions d'ordre public qui ont un caractère relatif objectif et relatif subjectif pouvant produire des effets partout, mais sous certaines conditions seulement (cas des règles sur l'usure, p. ex., où une action judiciaire seule fait intervenir l'ordre public).

C'est en ne rendant pas à César ce qui est à César que Despagnet arrive à ces subtilités. L'ordre public absolu et objectif n'est autre que le droit international public; l'ordre public relatif peut avoir une portée différente selon les cas. Dès l'instant qu'il est baptisé relatif, il n'y a plus lieu de le subdiviser en relatif objectif ou relatif subjectif. Il est relatif, un point c'est tout. Quant à l'ordre public absolu et subjectif, il est ou absolu et alors c'est du droit des gens, ou subjectif et ne peut être absolu, à peine de contradiction dans les termes.

Les distinctions de Despagnet ne résolvent donc pas la question. Il l'admet implicitement, lui-même, en laissant au juge, malheureusement (op. cit. II, p. 20) « trop enclin à sacrifier soit à l'opinion, soit à ses idées personnelles », le soin d'établir s'il y a ordre public ou non. Le juge est, dès lors, seul maître d'apprécier la relativité de l'ordre public et crée une relativité objective ou une relativité subjective. En d'autres termes, il ne peut y avoir qu'une seule relativité qui, par définition même, est subjective. Tout le reste n'est que pathos. Contre ses idées mêmes, le juge recherchera l'intention du législateur; mais il n'y a pas là une attribution ou une qualité nouvelle qui est reconnue au magistrat puisque, chaque fois qu'il se prononce, celui-ci est tenu de rechercher la volonté du législateur.

#### *Doctrines de Valéry*

Valéry n'édifie pas, à vrai dire, une théorie de l'ordre public particulièrement originale, mais ses distinctions valent tout de même la peine d'être brièvement étudiées.

Sont d'ordre public, les dispositions législatives qui ont en vue a) la chose publique (sûreté de l'Etat, les lois constitutionnelles organisatrices, administratives, fiscales et économiques); b) les bonnes mœurs (principes de la morale traditionnelle); c) les libertés nécessaires, parce que leur respect est indispensable à l'existence de l'Etat (droit à la propriété, protection de la vie des citoyens, liberté de penser, liberté des cultes, etc.).

La violation des lois d'ordre public est généralement sanctionnée par une disposition expresse du législateur (pénalités ou nullité civile). Valéry en conclut que seules les lois impératives ou prohibitives peuvent former des lois d'ordre public (op. cit., p. 572 à 572, n° 420). Ces lois n'ont pas toutes la même portée, car parfois l'ordre ou la défense s'adressent à une certaine catégorie de personnes seulement. Valéry distingue quatre catégories de lois d'un seul ordre public, mais de portée différente. Ce sont les lois :

- 1) d'ordre public personnel ou national (elles n'atteignent pas les étrangers et visent l'organisation de la famille, p. ex., ou les droits et les devoirs des citoyens français vis-à-vis de leur patrie);
- 2) d'ordre public territorial (celles qui font régner l'ordre sur le territoire, lois de police, d'organisation foncière, etc.);
- 3) d'ordre personnel et territorial (visant les Français et la France, c'est-à-dire applicables en France à toute personne qui s'y trouve et aux Français à l'étranger (principe de la monogamie);
- 4) d'ordre public absolu (celles qui doivent être respectuées de façon illimitée et inconditionnelle par chacun. Les violer porterait atteinte soit à l'Etat lui-même, soit aux principes de morale et de droit qui forment les bases de sa constitution (esclavage, espionnage, complots anarchistes, etc.).

Nous pourrions refaire ici les mêmes critiques que nous avons adressées au système imaginé par Despagnet pour tenter de classer les différents effets territoriaux de l'ordre public. L'ordre public absolu est pour Valéry le droit des gens lui-même; les ordres publics territorial, personnel, ou territorial et personnel sont tout bonnement relatifs, car l'ordre public en soi ne peut être que relatif. Or cette relativité quant aux personnes ou au territoire ne peut être donnée *a priori*. C'est au juge qu'il appartient d'en fixer la mesure.

## DOCTRINAIRES DE LA METHODE ENUMERATIVE

### *Doctrine de Bustamante y Sirven*

Bustamante y Sirven est un de ceux que Gutzwiller (op. cit., p. 375) appelle « les pères du droit international privé ». Parue il y a plus de 40 ans, à La Havane, sa monographie sur l'ordre public reste aujourd'hui encore inégalée, sinon par les résultats auxquels elle a conduit, du moins par son ampleur et par l'érudition dont elle témoigne. Qu'il nous soit permis de l'analyser brièvement.

La souveraineté d'un Etat est limitée par une communauté juri-

dique qui est garante de son indépendance. La souveraineté de l'Etat dans le domaine de la législation, ne coïncide pas toujours avec la notion du territoire de l'Etat, parce que dans le territoire elle ne trouve ni son fondement, ni sa mesure. Elle s'exerce donc autant au dehors qu'au dedans et demeure la même ici que là, limitée et garantie par la communauté juridique internationale. La communauté juridique, en tant qu'elle limite et garantit la souveraineté, exige impérieusement que la compétence de chaque législation soit respectée et que le droit étranger en certaines matières ne prétende pas supplanter le droit national. Tous les Etats étant égaux, d'autre part, il faut admettre l'égalité civile et, en un certain sens, l'égalité politique des nationaux et des étrangers (op. cit., n° 52 à 56). On découvre ainsi dans l'Etat deux éléments de grande importance : le territoire et les personnes. Il y a entre les deux une indiscutable relation de dépendance.

Pour le régnicole, il existe deux catégories de lois : celles qui s'imposent absolument à sa volonté et celles qui lui permettent d'exercer cette volonté dans certaines limites. L'étranger, lui, est régi par trois groupes de lois dans la législation du pays où il vit : Le groupe des lois qu'il ne peut éluder parce que le faire équivaldrait à léser l'Etat lui-même; celui des lois qu'il peut accepter et au bénéfice desquelles il lui est donné de recourir à volonté, parce que la nature du rapport juridique le permet et que les exigences de la compétence législative des Etats ne l'empêchent pas; celui des lois qui ne l'obligent en aucun cas (op. cit., n° 58).

Cette classification des lois doit, selon Bustamante, déterminer l'ordre public. La première catégorie de lois comprend nombre de lois prohibitives, celles qui organisent les procédures judiciaires, celles qui mettent certaines conditions de publicité aux actes juridiques, etc. Dans la deuxième catégorie entrent les lois supplétives, en matière de contrats, p. ex. La troisième catégorie embrasse les lois déclarant les citoyens aptes à l'exercice de certaines fonctions publiques, celles qui concèdent et organisent le droit électoral, etc. (op. cit., n° 59). En se plaçant, d'autre part, au point de vue de l'Etat édictant des lois, les lois se classent en lois d'ordre privé ou volontaires, lois d'ordre public interne ou personnelles et lois d'ordre public international ou territoriales.

Les lois d'ordre public interne sont applicables aux nationaux seulement et s'imposent à leur volonté individuelle. Les lois d'ordre public international s'imposent aux étrangers comme aux nationaux. Il n'existe entre ces deux classes qu'une différence de degré (op. cit., n° 60 à 63).

Pour étudier les lois dites d'ordre public international, il faut en rechercher ou la cause, ou le contenu (op. cit., n° 64). Sont lois d'ordre public international, toutes celles qui ont pour objet l'Etat et forment son droit, car les enfreindre ou cesser de les appliquer équivaldrait à léser la souveraineté et à détruire les fondements essentielles de l'Etat (op. cit., n° 68). Les lois d'ordre public international sont donc impératives, territoriales, mais non pas exceptionnelles.

Elles sont impératives, en ce sens que personne ne peut les éluder, étrangers ou nationaux établis sur le territoire, à moins que l'étranger ne soit au bénéfice de la fiction d'extraterritorialité. Elles sont territoriales, en ce sens qu'elles atteignent toutes les personnes, toutes les choses et tous les actes juridiques qui se trouvent ou qui se passent sur le territoire. Mais la territorialité des lois d'ordre public international, nous l'avons déjà vu, peut être différente dans ses effets. Au lieu de parler d'ordre public absolu et d'ordre public relatif, Bustamante (op. cit., n<sup>os</sup> 90 et 91) essaie d'attribuer à l'ordre public international un effet restreint («efecto restringente») et un effet étendu («efecto expansivo»). Mais la portée si variable de l'ordre public ne se laisse pas enserrer par ces termes plus que par d'autres.

En outre, les lois d'ordre public ne sont pas exceptionnelles, parce que le droit de l'Etat et le droit des individus, nationaux ou étrangers, restent toujours les mêmes, normalement délimités dans leurs sphères respectives. Les juges doivent s'en tenir, pour interpréter ces lois, aux règles d'interprétation qui, d'ailleurs, sont elles-mêmes d'ordre public international. L'ordre public n'a pas non plus un caractère actuel, comme le voudrait Pillet. Il est en effet impossible d'apprécier, à un certain moment, le sentiment général de tout un peuple, sentiment changeant, en ce qui concerne la nécessité d'exiger de tous l'observation de certaines lois. Le juge ne peut obéir aux injonctions de sa propre raison ou aux inspirations de sa propre conscience. Le caractère de l'ordre public est d'être légal et non pas actuel, soit d'être soumis aux règles générales d'interprétation valables pour l'ensemble de la législation (57).

Le DIP présente indubitablement un caractère d'unité, qui n'exclut pas une certaine classification intérieure (op. cit., n<sup>os</sup> 82 à 84). On peut distinguer les lois d'ordre privé, les lois d'ordre public interne et les lois d'ordre public international. Les troisièmes correspondent aux premières, en ce qu'elles s'appliquent aux étrangers comme aux nationaux, et ressemblent aux secondes, en ce qu'elles s'imposent aux individus avec ou contre leur volonté. Ainsi, dit Bustamante, ce sont trois espèces du même genre. Mais comment admettre que l'ordre public dit international ait, par certains côtés, la même nature que l'ordre privé dont il empêche ou brise les effets, précisément, parce qu'il a, par d'autres côtés, la même nature que l'ordre public interne? La ressemblance est purement extérieure;

---

57) Bustamante résume ainsi ses observations sur l'ordre public dit international (op. cit., n<sup>o</sup> 84): «Las leyes de orden público internacional son imperativas en cuanto a su observancia, locales en cuanto a su origen, legales en cuanto a sus fronteras testificativas, y unas, no varias, en cuanto a su naturaleza específica. Es un error suponerlas exclusivamente territoriales en cuanto a sus efectos; otro error llamarlas nacionales en cuanto a su eficacia obligatoria; error también decir que son actuales en cuanto se refiere a su apreciación práctica; error asimismo crearlas leyes de excepción en cuanto a la manera de aplicarlas, y error, pero error grave, denominarlas todas relativas o todas absolutas, en cuanto a la mayor o menor generalidad de sus preceptos.»

elle n'explique rien. Pour Bustamante, les lois dites d'ordre public international sont :

- 1) les lois sur les règles de conflits de lois (le renvoi est impossible) ;
- 2) le droit politique, le droit administratif, le droit pénal et les procédures civile et pénale;
- 3) les lois civiles et commerciales de caractère essentiellement moral (forme du mariage, interdiction du divorce, du jeu et du pari, responsabilité pour dol, etc.);
- 4) les lois civiles et commerciales de caractère essentiellement économique (dispositions légales sur le droit réel immobilier, les régimes matrimoniaux, les prescriptions du droit commercial édictées dans l'intérêt des tiers). Rollin appelle cette catégorie, les lois d'ordre public économique, par opposition à celles d'ordre public moral et à celles d'ordre public social;
- 5) les lois civiles de caractère essentiellement politique et juridique (limitation d'un contrat de travail conclu à vie, interdiction de la substitution fidél-commissaire). (58).

Nous ne voyons pas nettement ce qui distingue ces cinq classes l'une de l'autre et, en particulier, les différences qui peuvent exister entre la troisième, la quatrième et la cinquième de ces catégories de lois.

La doctrine de Bustamante a trouvé, dans le monde, de profonds échos. Elle s'impose de plus en plus dans l'Amérique latine, où la Conférence panaméricaine de 1928 a adopté les règles proposées par cet éminent jurisconsulte. Le «Codigo Bustamante», reproduit en son art. 3 la leçon de Bustamante sur l'ordre public, telle que nous venons de l'exposer (59). Mais cette théorie participe malgré tout des défauts généraux de l'école franco-italienne; la place normale faite à l'ordre public dit international est trop grande, elle fait perdre de la valeur à tout système de conflit de lois.

---

58) Aspiroz («La libertad civil como base del derecho internacional privado», Madrid, 1896) a poussé cette méthode énumérative à ses limites extrêmes. Il distingue quatre grandes classes de lois, subdivisées en nombreuses sous-classes (dix-huit pour la première classe!).

59) Cet art. 3 est ainsi conçu: «Pour l'exercice des droits civils et des mêmes garanties politiques, les lois et règles en vigueur dans chaque Etat contractant sont considérées comme rentrant dans les trois catégories suivantes:

- 1) celles qui s'appliquent aux personnes en raison de leur domicile ou de leur nationalité (certains Etats de l'Amérique du Sud refusent d'accepter le principe franco-italien de la nationalité mais se tiennent à celui du domicile) et les suivant même quand elles passent à l'étranger, appelées personnelles ou d'ordre public interne;

- 2) celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, appelées territoriales, locales ou d'ordre public international;

- 3) celles qui s'appliquent seulement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de volonté des parties ou de l'une d'elles, appelées volontaires, supplétoires ou d'ordre privé.

### Doctrine de *Laghi*

*Laghi* se prononce avec véhémence contre les tentatives faites jusqu'à lui d'élucider la question de l'ordre public par le moyen d'un seul principe, trop général, ou, ce qui est pire, par le moyen d'une seule phrase, d'une seule formule, d'une seule définition (« con un solo principio generalissimo o peggio con una frase, con una formula, con una definizione »). Reprenant la distinction établie par Brocher entre l'ordre public interne et l'ordre public international, l'auteur, procédant à une analyse minutieuse de tous les éléments contenus dans le principe général (« analisi minuta di tutti gli elementi richiusi nel principio generale »), établit cinq classes de lois dites d'ordre public international (op. cit., p. 212). Ce sont les lois de droit public au sens technique du mot, les lois pénales, de police et de procédure pénale, les lois de droit privé, ayant en vue l'intérêt général de l'Etat, les lois protectrices des bonnes mœurs et les lois prohibitives. Il faut rechercher le critère de classement dans le rapport de conditionnalité où se trouve la loi avec l'existence et le développement de l'Etat. Comme beaucoup de lois appartiennent à la fois au droit public et au droit privé, la prévalence de l'élément de droit public ou de l'élément de droit privé dans la loi décidera si elle est d'ordre public ou non. Quand y aura-t-il prévalence de l'un ou de l'autre de ces deux éléments? Il y aura prévalence de l'élément de droit public lorsque la loi sera si utile ou lorsque l'intérêt public qu'elle représente sera si essentiel à la vie de l'Etat que l'exclusion du droit étranger doit nécessairement s'ensuivre (op. cit., p. 142, 160, 172 et 185). C'est, à proprement parler, une pétition de principe, puisque pour juger de l'ordre public, il faut en dernière analyse rechercher le degré d'ordre public de la loi (« tale grado di ordine pubblico anche richieda l'assoluta imperiosità delle leggi territoriali »). Le système de *Laghi*, somme toute assez superficiel, ne se dégage pas de la confusion générale de l'école franco-italienne. La méthode énumérative qu'il a suivie ne contribue pas à l'éclaircissement de la notion de l'ordre public. Elle ne constitue qu'une classification arbitraire des lois qui, souvent d'ailleurs, sont applicables dans le pays du for à de tout autres titres.

---

## CHAPITRE TROISIEME

### ECOLE ANGLO-AMERICAINE

La doctrine et la jurisprudence anglo-américaines ont toujours témoigné d'une grande indifférence aux systèmes de conflit de lois tels qu'ils sont compris dans les autres pays du monde. Jusqu'à ces dernières années, les Etats anglo-saxons appliquaient le principe de la territorialité du droit. Ce principe ne connaissait d'exception qu'en faveur de la « comity » ou courtoisie internationale qui permet

l'application de lois étrangères. « La reconnaissance des lois étrangères, dit Story, cité par Gutzwiller (op. cit., p. 343), est l'objet de la courtoisie entre nations et non pas d'une obligation souveraine absolue. »

Cette tendance s'atténue quelque peu aujourd'hui. Mais en principe les pays anglo-saxons continuent de s'en tenir à la territorialité du droit tempérée par la « comity ». La « comity » est limitée, à son tour, par l'ordre public qui, dit Gutzwiller (op. cit., p. 349), est aux Etats-Unis et en Angleterre, un noyau, un centre autour duquel se cristallise tout un ensemble de considérations morales, économiques et politiques. En Angleterre, des conceptions morales spécifiques ont différencié l'application du principe de ses applications continentales; ainsi les « good morals » ont trouvé dans la jurisprudence une réalisation particulièrement sévère. En Amérique, par contre, la jurisprudence en matière d'ordre public paraît plus facile à embrasser par des notions générales.

Au fond, l'ordre public signifie simplement un retour à la territorialité normale du droit. Sur des points déterminés, le législateur ou le juge ont pu s'en écarter et le problème consiste moins à rechercher les limites à l'application des lois étrangères qu'à ne pas étendre trop cette application elle-même, exceptionnellement consentie grâce à la « comity » (60).

La doctrine anglaise n'attribue, en général, aucune importance à des investigations théoriques. Quelques règles fondamentales établies à l'occasion de cas pratiques constituent seules le bréviaire des internationalistes anglo-américains. C'est dans le domaine du mariage, du divorce, des contrats et de la reconnaissance des jugements étrangers que l'ordre public intervient principalement. Les juges et les doctrinaires anglais désignent l'ordre public par les termes généraux d'« immorality », « breach », « fraud », « evasion of the law », « public policy » ou « public order », « against settled principles of our institutions » ou « against God's law » (cf. Vali, op. cit., p. 143). On remarquera que beaucoup de ces termes visent plutôt la fraude à la loi que l'ordre public. Ces deux notions se confondent, d'ailleurs, dans les droits anglo-saxons (cf. Healy, op. cit., p. 486).

Pour Wharton (op. cit. II, ad « Public Policy »), l'ordre public — public policy — ne souffre aucune définition précise et n'est pas susceptible d'explication simple et claire. Wharton réunit sous le même vocable les lois impératives en matière de contrats (ordre public interne de l'école franco-italienne) et les véritables lois d'ordre public (ordre public international de la même école).

---

60) Ainsi le reconnaît Beale (op. cit. II, § 59, p. 79): « The doctrine of the supremacy of personal law, limited by the doctrine of public order, becomes identical with the doctrine of the supremacy of territorial law limited by the doctrine of comity: the territorial sovereign permits the application of the personal law whenever it is not of the first consequence to him to have his territorial law obeyed. The doctrine of public order is in reality the negation of the theory of the statistists ».

Pour Dicey-Kelth (op. cit., p. 27: General Principle II), les cours anglaises ne reconnaîtront pas les droits acquis à l'étranger ou n'exécuteront pas (« not enforced ») les jugements étrangers :

- a) lorsque la reconnaissance de ces droits est incompatible avec l'un ou l'autre des statuts du Parlement impérial, auxquels est attribuée une application extraterritoriale;
- b) lorsque la reconnaissance de ces droits est incompatible avec l'ordre public de la loi anglaise ou avec les principes moraux défendus par la loi anglaise ou avec le maintien des institutions politiques et judiciaires anglaises;
- c) lorsque la reconnaissance de ces droits implique un conflit avec les autorités d'un Etat étranger à l'intérieur du territoire de ce dernier (61).

La première de ces trois classes concerne l'ordre public extraterritorial qui devrait s'appliquer, du point de vue anglais, dans tous les Etats du monde. Cet ordre public correspond à peu près à l'« unbegrenzte Vorbehalt » de Frankenstein. La troisième relève exclusivement du droit des gens et n'a rien à voir avec l'ordre public. La seconde constitue l'ordre public à proprement parler. Dicey en cite de nombreux cas d'application qu'il classe ainsi :

1. Lorsque le droit dûment acquis à l'étranger entrerait en conflit avec la morale telle qu'elle est défendue par les cours anglaises.
2. Lorsque ledit droit entrerait en conflit avec le statut des personnes en Angleterre.
3. Lorsque les droits relatifs à la terre anglaise sont en jeu.
4. Dans le cas des règles de procédure anglaise.
5. Lorsque la loi anglaise relative aux actes illicites (torts) est en jeu (62).

Cette division en cinq classes présente de très graves défauts. Elle fait entrer dans l'ordre public toute une série d'exceptions qui n'ont pas droit à y figurer. Ni les règles de procédure, ni les lois sur la propriété foncière, ne sont nécessairement d'ordre public. Ainsi la première et la seconde de ces cinq classes auraient parfaitement suffi à définir les cas d'ordre public.

Minor (op. cit., p. 9 ss.) établit, à son tour, quatre catégories de cas d'ordre public :

- 61) a) where the enforcement of such right is inconsistent with any statute of the Imperial Parliament intended to have extraterritorial operation;
- b) where the enforcement of such right is inconsistent with the policy of English law or with the moral rules upheld by English law or with the maintenance of English political and judicial institutions;
- c) where the enforcement of such right involves interference with the authority of a foreign State within the limits of its territory.
- 62) 1. When the right otherwise duly acquired would conflict with the morality supported by English Courts;
2. When it would conflict with the statutes of persons in England;
3. When rights with regard to English land are concerned;
4. In the case of English rules of procedure;
5. When English law as to what constitutes a tort is concerned.

1. Lorsque la reconnaissance ou l'application d'une loi étrangère heurterait une règle d'ordre public de l'Etat du for.
2. Lorsque la reconnaissance ou l'application d'une loi étrangère créerait une injustice ou un dommage pour le peuple de l'Etat du for.
3. Lorsque la reconnaissance ou l'application d'une loi étrangère heurterait les principes de morale établis par une société civilisée.
4. Lorsque la loi étrangère est de nature pénale (63).

La catégorie 2 peut avoir des effets manifestement exagérés; elle peut contribuer à développer les excès du nationalisme dans les décisions judiciaires, en refusant à l'étranger certains droits simplement inconnus du pays du for. La catégorie 3 pose en droit que le critère des bonnes mœurs doit être recherché dans le fond de moralité commun aux nations civilisées (cf. notre chapitre sur la nature de l'ordre public). Enfin, la 4<sup>e</sup> catégorie relève bien plutôt du droit pénal international que du DIP, et partant de l'ordre public.

Le « public order » de Westlake (op. cit., § 16, p. 51) existe en faveur de toute règle coercitive (« in favour of any stringent domestic policy »). Constatant la généralité de l'ordre public, l'auteur laisse sagement au législateur ou au juge le soin d'en établir les cas d'application.

Burge, comme Foote, ne donnent aucune définition non plus de l'ordre public, mais se bornent à commenter des cas particuliers.

Seuls Healy et Kuhn ont essayé dernièrement de dégager de la jurisprudence anglo-américaine sur l'ordre public des enseignements généraux. Ils y sont parvenus dans une certaine mesure, mais leur façon n'aura guère d'influence dans les Etats anglo-américains, car Dicey le constate (*Law Quarterly Review*, t. XXVIII/1913, p. 344): « L'opinion de la doctrine n'a pas d'influence quelconque auprès des cours anglaises (et ajoutons, américaines) ».

## CHAPITRE QUATRIEME

### ECOLE DES POINTS DE CONTACT OU DE RATTACHEMENT

Maints doctrinaires du DIP ont cherché à résoudre le problème de l'ordre public en édifiant une théorie que l'on pourrait appeler d'une expression commode « la théorie des points de contact ou de

- 
- 63) 1. Where the enforcement of the foreign law would controverse some established and important policy of the State of the forum.
  2. Where the enforcement of such foreign law would involve injustice and injury to the people of the forum.
  3. Where such enforcement would controverse the canons of morality established by civilized society.
  4. Where the foreign law is penal in its nature.

rattachement». Pour ces auteurs, la loi du for peut, le cas échéant, se substituer à la loi étrangère pour régir un rapport de droit, non pas parce que la valeur absolument obligatoire ou d'ordre public de la loi du for le veut ainsi, mais parce que, dans le conflit de loi mettant aux prises la loi étrangère et la loi du for, cette dernière paraît avoir, avec le territoire, des liens plus solides ou plus intenses que la loi étrangère. Cette théorie cherche à expliquer comment une même loi, suivant les cas, peut être ou n'être pas d'ordre public. Les rattachements en soi ne fournissent aucune norme propre à déterminer la loi applicable. Cette dernière ne peut être fixée que par comparaison, entre eux, des divers rattachements, auxquels peut donner lieu un rapport de droit donné. L'intensité des liens de rattachements est toute relative et seule l'intensité de rattachement la plus forte attribuera la compétence nécessaire à l'une des lois en conflit.

Il n'existe plus ainsi, à proprement parler, de loi d'ordre public, mais une notion de DIP constituant une règle de conflit de lois, au même titre que celles que cette règle est appelée à remplacer ou à supplanter. Il reste à rechercher, il est vrai, ce qui détermine l'intensité des divers rattachements. Quelle que soit la valeur de la théorie des points de contact ou de rattachement, elle ne suffit pas à expliquer ce qui fait d'un des rattachements, celui de la loi du for, un rattachement dit d'ordre public. Ce problème n'a pas échappé aux auteurs que nous allons étudier. Zitelmann parle du contenu des lois auquel il faut nécessairement reconnaître une certaine importance pour fixer l'intensité des divers rattachements. Kahn invoque ce qu'il a appelé ironiquement, par ailleurs, le « quantum d'huile sociale », indispensable au fonctionnement du mécanisme des rattachements, c'est-à-dire les principes d'ordre public qui se trouvent dans les lois internes.

La théorie des points de contact ou de rattachement, qui se trouve en germe déjà dans la doctrine de Brocher, s'apparente ainsi à la leçon de l'école franco-italienne (voir Fink, op. cit., p. 143 à 150). La fameuse distinction de l'ordre public en ordre public interne et ordre public international révèle, en effet, que son auteur se doutait de l'existence de deux rattachements différents. La distinction de Brocher ne suffit cependant pas à expliquer les diverses manifestations de l'ordre public en DIP. La notion de territorialité est susceptible d'interprétations fort diverses. Nous avons vu en étudiant les auteurs franco-italiens comment l'ordre public était appelé à représenter un rattachement au territoire, tantôt *ratione loci*, tantôt *ratione fori*. Prisonniers d'un *a priori* trop étroit ces auteurs n'ont pu se dégager d'une identité illusoire entre l'ordre public et la territorialité de certaines lois. Force leur fut, dès lors, de distinguer divers rattachements que, par un abus de mots inévitable, ils qualifièrent tous d'ordre public. C'est ainsi que Rolin (Rev. DI et lég. comp., t. XXVI/1894, p. 441 ss.) a distingué trois espèces d'ordres publics: l'ordre public national qui s'impose aux nationaux partout; l'ordre public économique ou territorial qui s'impose aux étrangers

comme aux nationaux, mais seulement pour les biens situés sur leur territoire, et l'ordre public de nature morale ou politique (ensemble de principes de morale et de politique qui doit être respecté par tous ceux qui se trouvent sur le territoire). Valéry procédant du même esprit a distingué les lois d'ordre public personnel ou national, pour les nationaux sur le territoire national et à l'étranger; les lois d'ordre public territorial dont l'application s'étend sur tout le territoire à toute personne, chose ou rapport juridique; les lois d'ordre public personnel et territorial qui s'appliquent sur le territoire national aux nationaux et aux étrangers; les lois d'ordre public absolu dont la portée est illimitée.

Mais il appartenait à de nouveaux auteurs, rejetant la trop simple construction a prioristique de l'école franco-italienne, de dégager le rattachement de l'ordre public des rattachements territoriaux d'une autre nature. Ces auteurs exercent, de nos jours encore, une grande influence sur la doctrine et la jurisprudence.

#### *Doctrine de Zitelmann*

Zitelmann désigne l'ordre public sous le nom de clause de réserve («Vorbehaltsklausel»). Il en donne la définition suivante: Les termes «clause de réserve» signifient que certaines dispositions du droit étranger en soi applicables au rapport de droit, ne doivent pas être appliquées et que certaines règles de droit du for en soi inapplicables au rapport de droit, seront appliquées exceptionnellement. Certaines règles de droit interne demandent toujours à être appliquées; certaines règles de droit étranger ne peuvent être que rejetées. Tout le problème se concentre, en définitive, sur ces points: Peut-on trouver un caractère spécifique («generelles Merkmal»), selon lequel il est possible de déterminer et de reconnaître les règles de droit étranger dont la portée est contraire à l'ordre public et fera jouer la clause de réserve? Ce caractère spécifique — s'il existe — légitime-t-il l'existence de la clause de réserve dans le système des conflits de lois?

Le problème est le même pour toutes les législations; pris abstraitement, il appelle partout la même réponse. Or la doctrine seule a qualité pour traiter de ce problème et ne doit pas, par paresse, en abandonner la solution aux autorités chargées d'administrer la justice.

Zitelmann pose tout d'abord en fait qu'il n'existe pas de hiatus entre la non-application d'une loi et l'application de l'autre loi, lorsqu'il y a conflit. Quand, de deux lois en conflit, l'une est positive et l'autre négative, il est indifférent de parler de non-application du droit étranger ou d'application du droit du for. Si la loi étrangère est négative (un acte juridique est déclaré nul; la folie incurable n'est pas un motif de divorce, p. ex.), la non-application de cette loi entraîne l'application de la loi positive du for (l'acte juridique est déclaré valable; la folie incurable est un motif de divorce). Si la loi étrangère est positive, la non-application de cette

loi entraîne l'application de la loi négative du for (le rejet de la loi étrangère consacrant le mariage polygamique en Allemagne a lieu par l'application du § 1309 BGB).

Dans la grande majorité des cas, il est parfaitement indifférent de parler de l'application du droit du for ou de la non-application du droit étranger (op. cit., t. I, p. 326). Il n'existe entre ces deux expressions qu'une différence d'accent. Si la disposition de la loi étrangère paraît d'emblée immorale et inapplicable, on parle de non-application de la loi étrangère. Si, au contraire, la disposition de la loi du for paraît d'emblée applicable, on parle d'application de la loi du for. La nature de la clause de réserve demeure la même dans les deux cas; elle fait échec au jeu normal des règles de conflit.

Les difficultés d'interprétation surgissent, lorsqu'il s'agit non plus d'un « oui » ou d'un « non », mais d'un « ainsi » ou d'un « autrement », c'est-à-dire lorsque les deux droits en conflit demandent tous deux une solution positive, mais différente, ou lorsque l'un d'eux exige une solution négative et l'autre une solution positive, mais susceptible de plusieurs interprétations.

Quelle est la nature de la « clause de réserve »? C'est — le terme même l'indique — une exception au jeu normal des règles de conflit de lois, constituant, elle aussi, une règle de conflit de lois (« Kollisionsnorm »). Mais il convient de signaler, dès l'abord, une confusion dangereuse (op. cit., t. I, p. 332). Une règle générale de conflit qui déclare le droit étranger applicable, peut être contrecarrée de deux façons, soit par la clause de réserve, et ces mots ont ici leur véritable sens, soit par un changement de statut, et il n'y a plus lieu de parler de clause de réserve. Grâce à ce changement, le droit du for devient, à titre normal (soit comme *lex rei sitae*, soit comme *lex originis*, etc.), déterminant pour régir désormais le rapport de droit. Un musulman égyptien demande la reconnaissance de sa polygamie, l'ordre public allemand s'y oppose; si ce musulman devient allemand, c'est son nouveau statut national qui s'y oppose. La « clause de réserve » au sens propre du mot, n'a pas de portée extraterritoriale. Sauf cas de fraude à la loi, le statut nouveau, en revanche, sera reconnu partout, même dans le pays de l'ancien statut.

Cette distinction faite, voyons ce qui justifie la clause de réserve. C'est tout d'abord le contenu des lois (64). Il est décisif à deux points de vue: d'une part, du point de vue des bonnes mœurs (« Sittlichkeit ») et de l'ordre public (« öffentliche Ordnung ») — deux notions qui peuvent se fondre en une seule, car le terme d'« ordre public » ne désigne pas uniquement l'ordre juridique de l'Etat (« öffentliche Rechtsordnung »), mais aussi les « bonnes mœurs » — ;

---

64) Zitelmann (op. cit., t. I, p. 329): « Diese Ausnahme liegt nur da wenn die Herrschaft der fremden Rechtsordnung für derartige Fälle im allgemeinen anerkannt ist, und bloss wegen der besonderen Art wie die Herrschaft ausgeübt wird, wegen des besonderen Inhalts der Rechtsätze also, durch welche die Herrschaft ausgeübt wird, im einzelnen Fall die Folgerung aus jener Herrschaftsanerkennung internationalprivatrechtlich nicht gezogen wird. »

d'autre part, du point de vue du but de la loi. La mesure des bonnes mœurs ou de l'ordre public («sittliche Anschauung») sera donnée par la représentation que peut en avoir l'homme moyen du peuple (65). Le champ d'application de la clause de réserve, toujours et partout de même nature, variera, ainsi, selon les lieux et les époques et ses effets seront très divers.

Zitelmann fait, à ce propos, de nombreuses distinctions illustrées d'exemples, qu'il est inutile de reproduire ici.

Pour juger de l'ordre public ou des bonnes mœurs, le juge s'en tiendra aux principes de sa législation propre, sans rechercher si, du point de vue international, il n'y aurait pas lieu d'élargir les conceptions de morale ou d'ordre public (66).

D'autre part, la mesure du «but de la loi» est donnée par la «volonté de la loi au point de vue international». Le juge doit se poser cette simple question : Si j'hypostasiais une personne moyenne en auteur de la loi, qu'aurait disposé ce législateur quant à l'applicabilité juridique internationale de la règle de droit qu'il a créée? (67). Ainsi le juge recherchera si, dans la disposition légale elle-même, il ne se cache pas une règle de conflit d'ordre public qui n'y est pas directement exprimée.

En résumé, l'application d'une disposition de droit étranger est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou au but de la loi du for dans la mesure où, de l'interprétation de cette loi, il ressort clairement que la *lex fori* a la volonté de dominer, d'ordonner, de

---

65) Zitelmann (op. cit., t. I, p. 337) parle de «solche ethische Anschauungen nicht wie sie im Durchschnitt des Volkes auch nicht wie sie in seinen Besten lebendig sind, sondern wie sie der hypostasierte in diesem Sinne «ideale» Gesetzgeber als fertige oder sich wandelnde der von ihm geschaffenen Rechtsordnung zu Grunde legen, in ihr verwirklichen wollte». En d'autres termes : «Die sittliche Anschauung, der der fremde Rechtssatz nicht widerstreiten darf, muss die Grundlagen unseres sozialen Lebens betreffen — eine nähere Bestimmung ist kaum zu geben.» Fröhlich («Die Sittlichkeit in völkerrechtlichen Verträgen», thèse de Zurich, 1924, p. 72) dit aussi : «Die weit verbreitete und herrschende Ansicht ist, dass darunter eine Verweisung auf die herrschenden sittlichen Anschauungen zu verstehen ist. Eine Verweisung also auf die Anschauung aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen, worin die Abdikation des eigenen Urteils liegt.» Voir encore Gounot (op. cit., p. 96, n. 4) : «L'ordre public n'est pas une partie des lois; il est la résultante de l'existence et de l'application de toutes les lois écrites ou non écrites. C'est l'organisation sociale vue à travers la conscience du juge, laquelle représente la conscience juridique moyenne de la collectivité.» et Kraus («De l'effet international en Allemagne des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères», Cl., 1931, p. 66 à 80, en part., p. 68) : «La mesure pour les bonnes mœurs n'est pas une coutume, ni une conception régnant dans certains milieux, c'est une application conforme à la conscience du peuple entier et qui correspond à l'idée que se font de l'honnêteté tous ceux qui appliquent des principes de justice et d'équité.»

66) Voir à ce sujet notre chapitre sur la nature de l'ordre public.

67) Zitelmann (op. cit., t. I, p. 371) : «Was würde, wenn wir als Verfasser des Gesetzes eine einzelne Durchschnittsperson hypostasieren, dieser Gesetzgeber im Bezug auf die internationalrechtliche Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes den er geschaffen, bestimmt haben?»

régler tel rapport de droit ou tel acte juridique qui, en soi, est soumis au droit étranger, en d'autres termes, dans la mesure où la loi du for a « la volonté d'être seule appliquée en contrecarrant les règles générales de conflit » (68).

Cette analyse de la nature de l'ordre public conduit Zitelmann à établir la théorie des « points de contact avec le territoire » (69).

Lorsqu'une loi étrangère applicable en soi sortit ses effets, contraires à l'ordre public, après qu'il y a eu contact avec le territoire, ces effets sont censés n'avoir jamais été valables: ils meurent à ce contact et disparaissent complètement. Lorsque la loi étrangère sortit ses effets, contraires à l'ordre public, avant qu'il y ait eu contact avec le territoire, il faut distinguer selon que ces effets sont uniquement contraires à l'ordre public dans leur naissance ou, au contraire, le sont aussi dans leur durée. Dans le premier cas, comme il n'y a pas contact avec le territoire, contraire à l'ordre public, le juge n'a plus aucun intérêt à méconnaître la loi étrangère et ses effets. Dans le second cas, au contraire, le juge doit méconnaître la loi étrangère et ses effets, pour la période pendant laquelle il y a contact avec le territoire (70).

Telle est, brièvement résumée, la doctrine de Zitelmann. Elle constitue une œuvre descriptive remarquable, conduite avec méthode et circonspection (71). Son auteur a certainement rendu à la science un service signalé, en traitant en détail cette matière si confuse avant lui. Il a subtilement distingué afin de prévenir le danger de nouveaux errements.

Zitelmann donne au juge le fil conducteur des « bonnes mœurs », de l'« ordre public » et du « but de la loi ». Le juge qui n'a que ce critère pourra sans doute hésiter longtemps avant de savoir dans

---

68) Zitelmann (op. cit., t. I, p. 372): « Die Anwendung eines fremden Rechtsatzes verstösst mithin gegen den Zweck des inländischen Rechtsatzes dann, wenn jene Auslegung des inländischen Rechtsatzes ergibt, dass er auch solche Verhältnisse, wie sie an sich dem fremden Recht unterstehen, beherrschen, ordnen, treffen will, dass er also in Durchbrechung der allgemeinen Anwendungsnormen schlechthin angewendet sein will. »

69) Voici ce qu'en dit Zitelmann (op. cit., t. I, p. 356): « Wenn wir dem fremden Rechtssatz die Anwendung versagen, so darf das nur geschehen, weil seine Anwendung — und das bedeutet nach früheren Erörterungen die Anerkennung der ihm gemäss eingetretenen Wirkung — unseren Interessen schädlich sein würde. Das kann nur stattfinden, wenn die fremde unsittliche Rechtswirkung unmittelbar, nicht bloss in ihren an sich sittlichen Folgen, eine « Beziehung » zu unserem Lande hat. Wir verstehen darunter nicht die Beziehung, dass diese unsittliche Rechtswirkung bei uns den Gegenstand einer Entscheidung bildet, sondern eine tatsächliche Beziehung des zu entscheidenden Falles selbst schon vor der Entscheidung. »

70) Zitelmann esquisse ainsi le fameux problème des droits internationalement acquis que nous traiterons dans un chapitre spécial.

71) Catellani (op. cit., t. I, p. 457) s'exprime en termes semblables: « Tutto il ragionamento dello Zitelmann circa la riserva eccezionale all'applicazione del diritto straniero (« Vorbehaltsklausel ») è mirabile per metodo e per logica con catenazione, cui appena in qualche particolare non corrisponderebbe. »

quelle mesure sont intéressés les bonnes mœurs, l'ordre public ou le but de la loi (72). Zitelmann, en effet, n'a pas pu établir comment une « personne moyenne hypostasiée » pourrait dire quand les « bonnes mœurs », l'« ordre public » et le « but de la loi allemande » exigent l'application de la clause de réserve. Le juge devra-t-il juger, non plus selon ses connaissances juridiques, mais *ex aequo et bono*, en se laissant guider par le sentiment qu'il a de ce qui est juste? On peut l'admettre, car si Zitelmann ne le dit pas, nous verrons qu'Arminjon le répète constamment.

Il faut souligner le mérite qu'a eu Zitelmann de parler pour la première fois de la notion de « contact », « rapport » (« Beziehung »), que doit avoir le rapport juridique étranger avec le territoire du for, pour provoquer une intervention possible de l'ordre public. En dépit de sa classification détaillée des divers degrés de « contact », nous ne pouvons nous empêcher de constater que Zitelmann n'apporte aucune solution définitive. La mesure d'application de la clause de réserve dépend du degré de contact qu'a le rapport de droit soumis au droit étranger, avec le territoire du for, c'est vrai; mais il est impossible d'établir *a priori* ces degrés comme l'auteur a cru pouvoir le faire. L'ordre public varie: tel contact peut être contraire à l'ordre public aujourd'hui, ne plus l'être demain, être toléré pendant un certain temps dans telle ou telle mesure, pour être rejeté plus tard dans la même mesure. Toute cette question est empreinte de relativisme. « Il s'agit là, dit Gounot (op. cit., p. 96, n. 4), d'une notion très complexe et très souple dont le contenu est destiné à évoluer constamment avec l'organisation sociale et la conscience juridique collective. »

#### *Doctrine de Kahn*

Les conceptions de Kahn sur le problème de l'ordre public ont varié. Il commence par adopter la leçon de von Bar (op. cit., t. I, p. 114 ss.) et la distinction établie par ce dernier entre la loi, considérée en elle-même, et son application. Quelques années plus tard, Kahn change de point de vue (73) et se rallie à la théorie des « rattachements » (« Anknüpfungen »), développée par Zitelmann. Kahn reproche au système de Zitelmann de donner trop d'importance au « contenu » des lois, mais lui reconnaît le mérite d'avoir mis l'accent sur le rôle décisif que jouent les « points de contact ou de rattachement » dans la théorie de l'ordre public ou de la clause de réserve.

Kahn procède par étapes successives. Il pose en principe que

---

72) Remarquons en passant que Zitelmann n'a pas réussi à enlever la solution de ce problème aux magistrats chargés de dire le droit. Bien qu'il ne puisse être accusé de paresse doctrinale, il est contraint, en fin de compte, d'avouer que la doctrine seule ne peut avoir qualité pour régler définitivement la question. Dans le même sens, voir les critiques de Catellani (op. cit., t. I, p. 461).

73) Kahn (op. cit., t. I, p. 180, n. 44) : « Meine damaligen Ausführungen halte ich jetzt für unrichtig in allen wesentlichen Punkten. »

le juge doit appliquer toutes les lois dans la mesure où elles demandent à l'être, conformément aux règles de conflit de lois. Le facteur déterminant dans l'application des lois, en matière de DIP, n'est pas le contenu des lois, ainsi qu'on l'a cru longtemps (74).

Comme la règle de droit interne ne peut jamais être prise en considération indépendamment de la règle de conflit de lois qui en appelle l'application, il est impossible de parler raisonnablement de lois prohibitives demandant une application absolue, exclusive, en toutes circonstances. D'autre part, il est erroné de considérer, comme le fait von Bar, l'application de la loi étrangère, tantôt comme une simple question de fait, tantôt comme une question de droit. Il n'y a, dit Kahn, qu'un facteur dont tout dépend : celui du « rattachement déterminant » (« massgebende Anknüpfung ») (75). Qu'est-ce donc en DIP que le « rattachement déterminant » (« massgebende Anknüpfung »)? Von Bar l'avait obscurément entrevu dans son image de l'arbre et de ses branches, symbolisant le « rattachement primaire » et le « rattachement secondaire » (« primäre und sekundäre Anknüpfungen »); Brocher l'avait deviné aussi en procédant à sa division en deux de l'ordre public. Aucune des lois étrangères ou des lois du for, aussi fondamentale qu'elle puisse être, ne peut exiger toujours et partout une application absolue et exclusive. Une loi n'acquiert de valeur absolue que si, dans certaines conditions, elle entre en contact avec le territoire du for, que si elle se rattache, en d'autres termes, à ce territoire. Chaque règle de droit peut avoir plusieurs rattachements; il est donc extrêmement important de rechercher lequel est déterminant pour l'application de la loi compétente. Si nous appliquons le droit du for pour rejeter une action judiciaire portant sur un marché différentiel, si l'Italie, par exemple, (CCIt. art. 189 et 193), n'admet pas, ou dans une mesure très restreinte seulement, la recherche judiciaire de la paternité, c'est simplement parce que, dans le concours des « rattachements », auxquels peut être assujéti le rapport de droit (rattachement au lieu du contrat, à l'Etat national des parties, au territoire du for), le rattachement au territoire du for est de beaucoup le plus marquant. En vertu de ce rattachement beaucoup plus fort, beaucoup plus intime que tous les autres, la *lex fori* l'emporte sur la *lex loci contractus*, sur la *lex patriae patris aut filii*, etc. On doit, dès lors, considérer ce rattachement au pays du for comme un rattachement primaire ou secondaire ayant même nature que tout autre rattachement. Est-il si extraordinaire, en effet, que, tan-

74) Kahn (op. cit., t. I, p. 182) : « Man ist dabei stehen geblieben, zu glauben, es komme in der Hauptsache, nur auf die Prüfung des sachlichen Inhalts bestimmter Gesetze von ganz besonderer Art an, und wenn man bei dieser Prüfung einen ungewöhnlich hohen Gehalt an sozialem Oel konstatiert habe, so sei die Analyse im wesentlichen beendet, und die Diagnose auf « exklusive Anwendung » »

75) Kahn (op. cit., t. I, p. 182) : « Es kommt hier auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer besonders geachteten Anknüpfung zu der für Entstehen oder Bestehen des Rechtsverhältnisses kritischen Zeit an. »

dis que dans beaucoup de cas, l'application de la *lex loci contractus* ou de la *lex loci delicti commissi* a lieu en vertu d'un « rattachement déterminant », dans d'autres cas, l'application de la *lex fori* ait aussi lieu en vertu d'un même « rattachement déterminant » (76)? Est-il besoin d'imaginer pour cela qu'il existe une catégorie spéciale de lois exceptionnelles particulièrement exclusives, à distinguer de toutes autres? Il est faux, d'ailleurs, de prétendre que le contenu des lois internes dites coercitives demande toujours l'application de la loi du for. Les « rattachements » de ces lois sont très divers. Il y aura « rattachement » au for, lorsque la recherche de la paternité est interdite ou que toute action née d'un marché différentiel doit être déclarée mal fondée, rattachement au domicile conjugal en cas de publicité du régime matrimonial, rattachement au lieu de séjour dans le cas de la polygamie ou de l'esclavage, rattachement au lieu de l'acte pour résoudre la question de savoir si le mariage doit être civil ou religieux, rattachement au lieu de la situation du patrimoine pour les fidèles-commis, les défenses d'aliénation, l'interdiction de l'hypothèque mobilière, etc., etc. Tout dépend donc du « rattachement le plus intime et le plus intense » que la personne, la chose ou le rapport de droit peut avoir tel ou tel Etat (op. cit., t. I, p. 188 ss.). En aucun cas, la règle de droit matériel n'est exclusive, seule peut l'être la règle de conflit, qu'elle se rapporte ou non à une loi tout particulièrement coercitive. Kahn se contente de fixer quelques lignes directrices pour ceux qui se livreront à des recherches ultérieures. En règle générale, la législation et la doctrine ne procèdent pas avec la prudence nécessaire à l'établissement de règles de conflit de lois. Les règles de conflit de lois sont soumises, de par leur nature, à une interprétation restrictive. Elles ont en soi quelque chose de subsidiaire et de relatif : subsidiaire, dans le sens que rien ne s'oppose à la création de normes plus spéciales dans le domaine qu'elles sont appelées à régir ; relatif, dans le sens qu'elles ne se rapportent qu'à un cercle plus ou moins étendu de règles de droit matériel. La règle de conflit de l'ordre public participe, elle-aussi, de ces qualités.

On doit reconnaître, d'autre part, qu'une loi peut viser la protection de l'ordre public à divers points de vue. Il y a ainsi des rattachements d'ordre public multiples (rattachements dont les uns sont nécessairement plus forts que les autres et qui peuvent être appelés, de ce fait, principaux et subsidiaires). Dans nombre de cas le rattachement principal seul suffit ; on peut faire abandon du rattachement subsidiaire. Une action est intentée contre le débiteur d'une dette née d'un pari conclu à l'occasion d'un événement ou d'une performance immorale. Cette action est doublement contraire à l'ordre public. L'action née du pari, en soi, est contraire à l'ordre public

---

76) Kahn (op. cit., t. I, p. 189) : « Wenn wir von unserem Richter verlangen, dass er jede noch so unbedeutende und geringfügige Vorschrift des Zivilprozessrechts auf das bei ihm schwebende Verfahren anwendet, könnten wir nicht unsere Gründe haben, auch für gewisse Vorschriften des materiellen Rechts, die von der Grenze des Prozessrechts nicht so sehr weit entfernt liegen, etwas Ähnliches zu fordern? »

(rattachement principal d'ordre public) et l'objet du pari l'est aussi (rattachement subsidiaire d'ordre public). Le rattachement principal d'ordre public suffit pleinement au rejet de l'action, sans qu'il soit besoin de faire intervenir encore le rattachement subsidiaire d'ordre public.

Pour apprécier la valeur matérielle de ces rattachements, le droit comparé sera d'une très grande importance (op. cit., t. I, p. 498 à 501). Le droit comparé étudie les divers droits matériels et les groupe selon la parenté qu'ils ont entre eux. L'ordre public interviendra moins souvent dans les conflits de lois de législations proches parentes que dans ceux de législations parentes éloignées. Ainsi, supposons que le délai de viduité de l'art. 228 CCfr. soit d'ordre public en France. La veuve anglaise qui veut se marier en France y sera soumise, parce que sa loi ignore le délai de viduité. Mais doit-on appliquer cet art. 228 CCfr. d'ordre public français à la femme suisse, allemande, italienne ou espagnole dont la loi abrège le délai en cas d'accouchement? Appliquera-t-on à la femme grecque un droit moins strict que le sien interdisant le mariage pendant un an? Non; il importe qu'un délai suffisant soit prévu pour éviter la *turbatio sanguinis* que veut prévenir l'ordre public français.

En groupant les divers droits internes par familles, selon leur degré de parenté, d'« homogénéité » dit Kahn, on rend possible l'établissement d'une règle de conflit de lois pour chaque groupe et puis, progressivement, entre les groupes plus hétérogènes ainsi constitués (77).

L'enseignement de Kahn est surtout intéressant dans sa recherche du « rattachement déterminant ». Grâce à cette recherche des « règles de rattachement » en général, il a réussi à séparer des cas d'ordre public beaucoup de cas d'application de la loi du for, qui n'avaient aucun titre à se réclamer de l'ordre public. (La question de la propriété foncière et de son organisation, p. ex., a un « rattachement spécial », qui a sa propre raison d'être). De ce point de vue, Kahn a justement critiqué l'ordre public trop vaste de l'école franco-italienne. Mais, contrairement à l'opinion de notre auteur, nous croyons qu'il est impossible de ramener tout le problème de l'ordre public à une question de « rattachement déterminant ». S'il est facile, en effet, de construire une théorie de « rattachements déterminants » pour les règles de conflit qu'on fixe abstraitement, sans avoir à examiner dans chaque cas la portée du droit interne qui sera compétent, il est très difficile, sinon impossible, au contraire, de parler de « rattachement déterminant » pour une règle de conflit conditionnée concrètement par le contenu du droit interne dont il faut

---

77) Fedozzi (op. cit. II, p. 275) critique cette opinion de Kahn sur le groupement des lois en lois homogènes et en lois hétérogènes. Il est difficile, dit-il, non pas de rechercher des différences entre les lois éloignées, mais de les établir entre des lois proches parentes. Fedozzi croit cependant que l'étude du droit comparé aura comme conséquence de réduire de plus en plus la notion d'ordre public. Martin se prononce dans le même sens (op. cit. I, p. 265/66).

examiner la portée dans chaque cas particulier. Selon quelle norme, le juge estimera-t-il qu'il y a « rattachement déterminant » du rapport juridique avec le for et, dès lors, application de la *lex fori*? C'est sans aucun doute en vertu de la fameuse « huile sociale » qui doit être recherchée en définitive dans la lettre ou dans l'esprit de la loi (78).

Kahn n'échappe pas au cercle vicieux. Voulant s'évader des théories qui ont mis tout l'accent de la question sur le contenu des lois internes, il s'ingénie à échafauder une doctrine fondée sur les rattachement des règles de DIP. Or la forme ne peut exister dans le domaine de l'ordre public, sans la substance, on pourrait même dire que la question que nous étudions pose le problème des formes substantielles. Ainsi Kahn s'apparente, bon gré mal gré, avec les auteurs qu'il a si vertement critiqués (79).

### Doctrine de Fink

La théorie des points de contact s'explique par le raisonnement suivant: Le créateur du droit, c'est le but. Chaque règle de droit est

---

78) Klein (op. cit., p. 382 ss.) a très bien vu la faiblesse du système de Kahn: « Aber warum diese Anknüpfung hier und da nicht? Erforschen die causa der Massgeblichkeit dieser Anknüpfungen? Will man den Inhalt dieser causa der Massgeblichkeit der Anknüpfungen bestimmen, so gelangt man wieder zu dem Ergebnis, dass es der Inhalt dieser oder jener Rechtsordnung des Auslandes sein muss, der den zwingenden Charakter der eigenen Rechtsätze auslöst. » Critiquant la « plus grande et la moindre intensité », Klein déclare: « Aber was heisst grössere, geringere Intensität? Was grössere oder geringere spezielle Bedeutung für den vorliegenden Rechtsfall? Sind vielleicht die verschiedenen möglichen Anknüpfungen, Beziehungen des Rechtsfalles zum eigenen Recht nicht gleichwertig bezüglich ihrer Intensität? Ist die Anknüpfung des Wohnsitzes intensiver als die des Gerichtsortes, die der « gewerblichen Niederlassung » weniger intensiv als die des « *locus actus* ». Wächst die Intensität der Anknüpfungen bei Kumulierung der verschiedenen Anknüpfungen? » Klein conseille donc au juge d'examiner aussi bien le « rattachement » possible que le contenu de la loi matérielle. « Der Richter soll für den Einzelfall nach sorgfältiger Nachprüfung der Anknüpfung feststellen, ob der Inhalt dieser oder jener ausländischen Rechtsnormen so beschaffen ist, dass ausnahmsweise die Anwendung des ausländischen Rechtes abgelehnt werden muss. » Kulig (op. cit., p. 64) dénonce aussi le cercle vicieux dans lequel se débat Kahn: « Jedenfalls aber, müssen wir erst dann, wenn wir die massgebende Anknüpfung gefunden haben, uns fragen, warum gerade diese Anknüpfung, auf die wir oft keine Rücksicht nehmen, im vorliegenden Fall berücksichtigt werden muss. Wollen wir aber diese Frage beantworten, so kommen wir wieder auf das erste Problem zurück. — Die Anknüpfung ist massgebend, weil die Anwendung des ausländischen Gesetzes ausgeschlossen wird einerseits durch den Inhalt dieses oder jenes ausländischen Gesetzes und andererseits zugleich durch jene ethischen Anschauungen und jene Rechtsätze, auf denen die Grundpfeiler unserer sozialen Ordnung ruhen, mit denen die Erfüllung unserer Staatszwecke, unser Staat selbst steht und vergeht. »

79) Dans ce sens, Catellani (op. cit., t. I, p. 386): « Non è dunque del tutto mesatto il dire che tutti si trovano d'accordo circa il concetto generico dell'ordine pubblico, se i dissenzienti non sono molti, e se anche quelli ritornano poi coi risultati della propria divergenza in ragioni molto vicine a quella donde hanno pur voluto allontanarsi. »

née d'un besoin de la politique poursuivie, dans l'ordre juridique, par chaque Etat et doit servir cette politique (80). Mais le but d'une règle de droit n'exige pas qu'elle soit appliquée sans distinction par l'Etat qui la crée, à tous les rapports de droit soumis aux tribunaux. Il suffit au but d'une règle de droit interne de voir l'application de cette règle limitée aux rapports de droit pour la solution desquels l'Etat a un intérêt majeur à voir triompher son droit. Cet intérêt majeur naît d'un certain rattachement («*Beziehung*» ou «*Anknüpfung*») du rapport de droit avec le territoire. Ce rattachement peut être donné par la situation de la chose, le domicile ou la nationalité d'une personne, le lieu d'exécution d'un contrat (81).

Du but d'une règle de droit, il ne faut pas seulement déduire sa signification de droit interne, mais aussi sa portée en droit international. Le but de la règle indiquera d'une façon concluante quelle place occupera un rapport de droit au point de vue international, quel sera son «*rattachement*» au territoire («*mit dem Inland verknüpft*») et dans quelle mesure il sera régi par le droit de ce territoire.

Chaque règle de droit interne, qu'elle soit exprimée ou non sous la forme d'une disposition légale, porte, en soi, la mesure dans laquelle elle entend être appliquée. La recherche de cette mesure permettrait d'établir pour chaque législation, à côté de son domaine souverain au point de vue territorial, son domaine souverain au point de vue idéal. Ce domaine souverain au point de vue idéal est celui que demanderait chaque Etat pour sa législation, s'il pouvait poursuivre librement ses intérêts de politique juridique. Mais, comme les autres Etats prétendent aussi régir, de ce même point de vue, les mêmes rapports de droit que l'Etat considéré, il en résulte des conflits que résoudra le «*rattachement au territoire*» le plus forcé.

Quand un rapport de droit peut être soumis aux droits de divers Etats qui se le disputent, il faudrait pouvoir se placer au point de vue d'«*un spectateur désintéressé du conflit*», pour savoir quel est le droit applicable. Ce spectateur pourrait alors établir objectivement le rattachement déterminant. Mais cette façon d'envisager le problème postule l'existence d'un système supraétatique de DIP qui n'existe pas. Actuellement et pour longtemps encore, le conflit des droits représente un combat d'intérêts entre Etats, qui revêt les mêmes aspects qu'un combat entre individus. La rencontre d'intérêts divers conduit nécessairement à l'établissement d'une ligne frontière, sorte de moyen terme entre deux ou plusieurs grandes ambi-

---

80) Fink (op. cit., p. 139): «*Schöpfer des Rechts ist der Zweck: jeder Rechtsatz ist geboren aus einem Bedürfnis der Rechtspolitik und ist bestimmt diesem Bedürfnis zu dienen.*» L'auteur reprend ici brièvement l'idée de Ihering: «*Der Zweck im Rechte*» que nous ne pouvons mentionner qu'en passant.

81) Fink (op. cit., p. 139) «*... ein Interesse, welches wachgerufen wird durch eine bestimmte Beziehung dieses Rechtsverhältnisses zum Inlande, seine «*Anknüpfung*», etwa Lage der Sache im Inlande, Aufenthalt einer der beteiligten Personen im Inland, Erfüllbarkeit des Vertrages, inländische Staatsangehörigkeit, u. s. w.*»

tions : ce moyen terme constitue la règle de droit (« Rechtsnorm »). Celle-ci ne peut être déterminée que par voie empirique, soit *a posteriori*.

La règle, en vertu de laquelle les immeubles sont soumis à la loi du lieu de leur situation, s'applique non pas par l'obédience à un DIP supraétatique, mais par le fait que la compétence, donnée à cette loi, ne se voit combattue d'aucun côté. Comme seul l'Etat de la situation de la chose a un intérêt à appliquer sa loi à la chose, cette loi s'impose à cause du désintéressement des autres Etats (op. cit., p. 155 et 156).

Un Etat n'a pas le droit d'étendre le domaine souverain de sa législation au delà de ce qui est commandé par son intérêt. Pour se conformer à ce principe, l'Etat doit user de courtoisie et renoncer à vouloir imposer à l'étranger la sauvegarde d'intérêts sans importance (82). Un rapport de droit entré en contact avec le for ne doit donc être régi, d'ordre public, par la loi du for que si la non-application de cette loi au rapport de droit contrevient gravement au but qu'a poursuivi le législateur (op. cit., p. 184).

Il n'existe aucune loi, ni aucune catégorie de lois qui peuvent être considérées comme d'ordre public *a priori*. Le juge se demandera dans chaque cas particulier si sa loi est intéressée à régir le rapport de droit, sinon il appliquera la loi étrangère, ainsi que le veut la méthode *a posteriori*, justifiée plus haut. Si la loi du for doit être appliquée dans un cas d'espèce, on ne saurait prétendre qu'elle était théoriquement taxée d'inapplicable, mais que le cas d'espèce en question l'a rendue cependant applicable, en lieu et place d'une loi étrangère, théoriquement applicable. Le caractère exceptionnel de la clause de réserve disparaît. Comme nous l'avons vu, il n'a d'ailleurs conduit l'école franco-italienne, prisonnière de son trop rigide système de la nationalité considérée comme fondement du DIP, qu'à opérer une distinction malheureuse entre une territorialité normale, c'est-à-dire un ordre public normal, et une territorialité exceptionnelle, c'est-à-dire un ordre public exceptionnel (83).

---

82) Dans ce sens, Aubry (op. cit. II, p. 669) : « Un Etat doit faire abandon d'une part de sa souveraineté au profit des autres Etats lorsque le sacrifice, relativement léger pour lui, doit se résoudre en un grand avantage pour eux. La question est de savoir si l'on aura toujours une commune mesure permettant d'évaluer ainsi les sacrifices et les avantages des uns et des autres. »

83) Voir Rapisardi-Mirabelli (op. cit., p. 50 ss.) : « Il compito delle così dette leggi d'ordine pubblico nella loro indole eccezionalissima, nel loro significato essenziale di elemento puramente negativo è un principio di soluzione mercè il quale una legge s'opponne alle leggi straniere, che, se non contenessero un elemento di offesa alla legge corrispondente locale, dovrebbero normalmente applicarsi. » Or, à ces cas d'ordre public, Rapisardi-Mirabelli en oppose d'autres : « ... le leggi d'ordine pubblico che hanno una ragione normale di competenza legislativa. Dunque la nozione di territorialità si presta a questo doppio giuoco di rappresentare a volta a volta una territorialità costante, normale... e una territorialità di esclusiva eccezionalità.... A qu'est' ultima specie di territorialità corrispondono veramente e propriamente le leggi di ordine pubblico. »

En réalité, toutes les lois ont une compétence directe et normale en DIP (84).

Le contenu du droit étranger n'a, en principe, aucune influence sur l'étendue du domaine souverain de la loi du for. Le juge applique toujours son droit de façon normale. Il s'ensuit qu'il l'appliquera sans distinction et sans rechercher si les droits étrangers peuvent cependant s'appliquer, selon les cas, du fait que les uns divergent moins de la loi du juge que les autres. Il faudrait admettre à tort (85) sans cela que seul le degré de divergence entre les droits étrangers heurte l'ordre public du juge. Il existerait alors dans la loi du juge deux règles de droit différentes, encore que très parentes, dont l'une serait conforme aux règles de certains droits étrangers, dès lors applicables, et l'autre serait contraire aux règles d'autres droits étrangers, dès lors inapplicables. Le juge ne peut renoncer, selon les espèces, à appliquer sa loi quand elle demande absolument à l'être. Ainsi l'art. 228 CCfr., que nous avons signalé en étudiant la doctrine de Kahn, devrait être, dans tous les cas, d'une application absolue. Faire dépendre l'application ou l'inapplication de la loi du for du degré de divergence entre les lois étrangères, revient à rechercher le fameux contenu d'«huile sociale» de Kahn (86).

Le système de Fink ne résout pas les difficultés; il ne fait que les reporter plus loin. Si le juge doit rechercher parmi les règles de droit s'il y a lieu d'appliquer le droit du for, cette recherche ne peut être conduite qu'en se fondant sur une norme de comparaison formée par les principes de l'ordre public. Force est donc au juge d'examiner le contenu d'huile sociale des lois étrangères abstraitement compétentes pour déterminer si la loi du for est applicable. Comme l'ordre public doit intervenir aussi rarement que possible, il est nécessaire d'émettre des jugements de valeur, c'est-à-dire d'apprécier, en dernière analyse, le degré de divergence des droits étrangers.

#### *Doctrine d'Arminjon*

Arminjon adopte, lui aussi, la théorie des points de contact ou de rattachement. Il y consacre dans le précis que nous citons en bibliographie, un important chapitre (op. cit. I, t. I, p. 190 à 225).

---

84) Dans ce sens, Pillet (op. cit. I, p. 373) : « Pourquoi ne pas dire qu'en ces matières, la loi directement et exclusivement compétente est la loi territoriale ? Pourquoi maintenir théoriquement la compétence d'une loi différente, fatalement destinée, par les nécessités de l'ordre public, à perdre tout effet ? On ne voit guère à quoi peut servir cette nouvelle complication ? »

85) Dans ce sens, Kahn (op. cit., t. I, p. 498 à 501) étudié plus haut.

86) Ainsi Fink (op. cit., p. 179) conclut : « Unsere Anknüpfungslehre verwirft die falsche Fragestellung nach der «Wichtigkeit» der Gesetze, nach der Stärke der subjektiven Bedürfnisse der einzelnen Staaten, und bemüht sich richtiger, den Umfang zu ermitteln in dem die Staaten Anspruch auf das zur Bedürfnisbefriedigung geeignete Gut, auf die Unterwerfung von Rechtsverhältnissen unter die Anwendbarkeit ihres Rechts Anspruch machen. »

Il qualifie de « règles de rattachement purement national » toutes les exceptions que comportent les règles de rattachement dans chaque système juridique. L'objet de ces règles de rattachement purement national, dit Arminjon, est, en somme, d'obtenir une solution juste et utile en apportant un tempérament nécessaire au jeu des autres règles de rattachement. Les « règles de rattachement purement national » ne dépendent pas de la décision arbitraire du juge ou de l'autorité saisie de la question, elles doivent être cherchées dans la législation ou la coutume du système juridique où la question se pose; elles ont pour fondement l'autorité de cette loi ou de cette coutume. Ces règles ne sont pas réductibles fatalement. Si elles changent ou cessent d'être applicables, c'est uniquement en vertu d'un changement dans la loi ou dans la coutume qui les a établies (op. cit. I, t. I, p. 225). Arminjon appelle, en outre, « règles positives ou de compétence absolue », les dispositions de la législation de chaque système juridique dans le ressort duquel la question se pose, qui, par l'effet des règles de rattachement purement national, s'appliquent en toutes circonstances à l'exclusion des dispositions que les règles de rattachement proprement dites auraient déclarées applicables en pareille hypothèse à la question en cause (cf. Niboyet, Rép., t. X, « Ordre public », p. 96, n° 8). Il est erroné de parler d'ordre public car personne ne peut établir le caractère particulier qui permet de reconnaître les règles positives dont la portée est absolue. Car la portée des règles positives ne leur appartient pas en vertu de leur nature intrinsèque, mais bien parce que les représentants du système juridique, dont elles forment une partie de la législation, la leur ont attribuée, justement ou non, dans l'espèce en cause (op. cit., p. 201, n° 82) (87).

Les règles positives ou de compétence absolue ne doivent pas être confondues avec les règles du système saisi, qui, hors du domaine du DIP, ne comportent aucun choix entre elles et les règles d'un autre système juridique. Les règles constitutives, les règles de qualification, les règles de procédure, toute règle dont l'application est strictement obligatoire, les dispositions de droit pénal ne sauraient en faire partie (op. cit., p. 225).

L'effet réflexe des lois d'ordre public, que nous rencontrerons dans la doctrine de Pillet, n'existe pas, il n'est que l'effet direct des règles de rattachement. Si donc les tribunaux français reconnaissent comme valable le mariage célébré civilement en Belgique, entre deux Polonais, ils font plus ou moins exactement application de la règle *locus regit actum* (op. cit., p. 212). Les règles de rattachement purement nationales ne doivent pas être confondues non plus avec les règles positives ou de compétence de la *lex fori*, applicables en vertu

---

87) Niboyet (op. cit., n° 443, p. 550, n. 2) critique la terminologie d'Arminjon (règle positive ou de compétence absolue) qui paraît trop vague et n'a aucune chance de pénétrer dans la pratique. « Il va de soi, ajoute Niboyet, que toute loi impérative est une règle positive; d'autre part, la compétence de toute loi territoriale, qu'elle soit ou non d'ordre public, est absolue dans le pays qui l'édicté. »

des règles de rattachement ordinaire comme les règles de procédure par exemple (op. cit., p. 225).

Ni les règles de rattachement purement national, ni les règles positives et de compétence absolue ne sont essentiellement territoriales, quel que soit le sens que l'on donne à cette expression. Elles peuvent se trouver dans la législation de tout système juridique territorial ou personnel (op. cit., p. 225).

Si ingénieuse que puisse paraître la théorie d'Arminjon, elle ne résiste pas plus à l'examen que celles de Zitelmann ou de Kahn. Nul doute qu'elle ait été influencée par ces deux auteurs.

L'intervention de l'ordre public est due, sans doute, à la prise de contact ou de rattachement avec le territoire du for. Mais le contenu de la notion d'ordre public doit être recherché dans la nature des diverses lois en conflit. Les termes de « rattachement purement national » prêtent en outre à confusion. Il ne s'agit pas d'appliquer la loi nationale à l'exclusion de toute autre, comme on serait peut-être tenté de le croire, mais d'appliquer la loi du for. Parler de « rattachement purement national » est tout aussi erroné que de proclamer « d'application territoriale », comme le font certains auteurs, les dispositions légales qui, le cas échéant, peuvent être d'ordre public.

L'auteur portugais Villela adopte la théorie d'Arminjon avec quelques modifications sans importance pratique ou théorique.

#### *Doctrine de Lorenzen*

Lorenzen est un des rares doctrinaires anglo-américains qui rompt avec l'enseignement traditionnel. Quelle que soit, dit-il, la méthode qu'on emploie pour établir les règles de conflit de lois, on arrive au même résultat. Il ne faut pas partir d'un *a priori* théorique pour déduire les règles de DIP, ni user d'une méthode positive pour tenter de ramener ces règles à un ordre systématique. S'agissant de l'ordre public plus spécialement, toute explication qu'on en donne ne peut que dépendre du point de vue auquel on se place pour établir l'ensemble des règles de DIP. Pour être dans le vrai, il faudrait faire abstraction de toute fiction et traiter cette question comme Fink l'a fait, selon la méthode *a posteriori* (op. cit., p. 748). Les conditions modernes de la vie internationale demandent souvent qu'un Etat prenne en considération les règles de droit d'autres Etats. Chaque Etat souverain a la faculté de fixer ses règles de conflit selon l'idée qu'il a de la justice et de l'équité (« what is just and proper »).

Or la méthode *a posteriori* est la meilleure, puisqu'il n'existe pas (op. cit., p. 751) d'autorité supra-étatique ayant le pouvoir d'édicter des règles de conflit de lois. Elle consiste à déterminer les cas d'ordre public, en prenant pour point de départ le résultat auquel doit arriver le DIP en vue d'assurer, dans chaque cas, une solution juste et équitable. Dans le cas où la loi étrangère est opposée à la loi du for au point de choquer la conscience des juges, ces derniers, interpré-

tant ainsi les sentiments de la communauté, demanderont la solution du conflit à la loi du for (88).

Dans nombre de cas, cependant, aucune considération d'ordre social ou économique n'est vraiment décisive pour guider le choix du juge. Il faut alors procéder par analogie et tenir compte de l'expérience et de la jurisprudence d'autres Etats et nations. D'ailleurs, l'existence d'une règle importe moins qu'une jurisprudence certaine et uniforme.

Cet exposé rappelle celui d'Arminjon. Comme lui et comme Zitelmann, Lorenzen admet la théorie des points de contact (op. cit., p. 750 *in initio*): « Car un juge ne peut fermer ses yeux, dans tous les cas, à l'institution de la polygamie et c'est seulement lorsque celle-ci a un certain point de contact avec la loi du for, qu'elle peut être considérée comme heurtant vraiment l'ordre public ».

#### Doctrine de Pilenko

Pilenko, professeur de DIP à l'Université de Pétrograde, a donné, lui aussi, une théorie ressemblant aux précédentes, mais plus complète et plus ordonnée (89).

Pilenko professe l'opinion qu'au-dessus des Etats et de leurs différentes législations se trouve un DIP supra-national relevant du droit des gens (« überstaatlichvölkerrechtliches IPR »). Ce DIP contient en soi les règles de conflit (« Kollisionsnormen ») qui sont reconnues expressément ou tacitement par les différents Etats. Si un Etat les reconnaît expressément dans sa législation, cette reconnaissance ne représente rien d'autre qu'une reconnaissance déclarative de droit (« deklaratorische Anerkennung »). Chaque législation possède, d'autre part, certaines règles de droit (« Rechtsnormen ») qui forment, dans leur ensemble, « les règles d'extension, d'application » du droit interne, du droit du pays (« Umfangsnormen ou Ausdehnungs-Anwendungsnormen des sogenannten Landrechts »). Ces règles, interprétées par analogie, du point de vue du droit international, valent comme règles de conflit en faveur du droit du for.

C'est ainsi que l'art. 7 EGBGB contient deux règles différentes: Tout d'abord une « Umfangsnorm » du droit allemand (la capacité juridique d'un Allemand est régie par la loi allemande), puis la reconnaissance tacite d'une « Kollisionsnorm » par le droit allemand (la capacité juridique de l'étranger est régie par sa loi nationale).

88) Tout le problème de l'ordre public consiste donc à rechercher (op. cit., p. 749) « what are the demands of justice in the particular situation; what is the controlling policy ».

89) L'ouvrage de Pilenko est écrit en langue russe. Etant donné notre ignorance de cette langue, nous devons à l'obligeance de M. A.-N. Makarov professeur de DIP, à l'Université de Léningrad, la traduction en langue allemande des principaux passages de cette œuvre intéressante. Que M. Makarov veuille bien trouver ici l'expression de notre très sincère et très vive reconnaissance. Grâce à lui, nous avons pu étudier, dans le présent travail, un auteur dont les idées sont originales et bien coordonnées.

Or, si l'« Umfangsnorm » du droit interne est plus large que la « Kollisionsnorm » du DIP supra-national (ou, ce qui revient au même, si la « Kollisionsnorm » supra-nationale est plus étroite que l'« Umfangsnorm » du droit interne), nous sommes en présence d'un cas d'ordre public. L'art. 30 EGzBGB est ainsi destiné à raccourcir et à limiter la portée de la reconnaissance du DIP supra-national. On peut donc dire que partout où la « Kollisionsnorm » du DIP supra-national est trop étroite pour recouvrir l'ensemble du domaine juridique (« Rechtsgebiet ») de l'« Umfangsnorm » correspondante du droit interne, l'ordre public intervient nécessairement.

Pilenko établit parallèlement d'autres notions du DIP. Pour comprendre la « *comitas* », il faut admettre, au contraire de l'ordre public, que la « Kollisionsnorm » du DIP supra-national est plus large que l'« Umfangsnorm » du droit interne (ou, ce qui revient au même, que l'« Umfangsnorm » du droit interne est plus étroite que la « Kollisionsnorm » correspondante du DIP supra-national).

Dans le cas du renvoi (« Rückverweisung »), la « Kollisionsnorm » du DIP supra-national est plus large que l'« Umfangsnorm » qui lui correspond dans le droit interne du pays étranger, auquel est déléguée la compétence de régler le rapport de droit. Dans le cas de la « justification plus proche » (« Näheberechtigung »), au contraire du renvoi, l'« Umfangsnorm » du droit interne du pays étranger est plus large que la « Kollisionsnorm » qui lui correspond dans le DIP supra-national.

Le système parallélique deux à deux de Pilenko ne manque pas d'un certain attrait. Mais il a ses défauts. On pourrait se demander tout d'abord pourquoi il existe des dispositions dites d'ordre public dans les traités et conventions plurilatérales de DIP. Puisque les Etats reconnaissent par une déclaration expresse les règles du DIP supra-national, l'ordre public, ne faisant pas partie de ces règles, ne devrait plus apparaître. Pour prévenir l'objection, Pilenko déclare que si la clause d'ordre public (« Vorbehaltsklausel ») apparaît cependant dans certaines des conventions de La Haye, c'est qu'il ne s'agit pas ici d'une reconnaissance déclarative du DIP supra-national, mais encore, et malgré tout, d'une apparition de l'« Umfangsnorm » de droit interne. Si les Etats avaient reconnu dans leur ensemble les règles du DIP supra-national, l'ordre public aurait disparu. Or, lors des discussions de La Haye, il fut bien spécifié qu'il ne s'agissait pas là d'une règle de DIP, mais d'une réserve de droit interne.

Pilenko n'analyse pas le contenu de l'ordre public. Le système de cet auteur n'indique pas quand la « Kollisionsnorm » du DIP supra-national est plus étroite que l'« Umfangsnorm » qui est censée lui correspondre en droit interne. La description extérieure et la situation du phénomène de l'ordre public dans le système des règles de DIP ne donne aucun éclaircissement sur le contenu de la notion d'ordre public elle-même.

## CHAPITRE CINQUIEME

### DOCTRINES PARTICULIERES

#### *Doctrine de Pillet*

Pillet fait sienne la théorie d'une communauté entre nations. L'ordre public intervient toutes les fois qu'il y a défaut de communauté juridique des législations, dans leurs dispositions purement internes.

Pour Pillet, la loi a, en droit interne, deux traits spécifiques; elle est à la fois permanente et générale. La permanence signifie que la loi s'applique d'une manière constante aux individus et sans arrêt. La généralité indique qu'elle s'applique à tous les individus pour tous les rapports juridiques sur le territoire. «En DIP, dit Niboyet (op. cit., n° 354, p. 417), il faut de toute nécessité que la loi perde l'un de ces deux caractères, parce que les lui conserver l'un et l'autre serait la négation même de toute application extraterritoriale des lois.» La loi sera donc, dans les rapports internationaux, ou bien permanente ou bien générale, extraterritoriale ou territoriale. Ce n'est qu'accidentellement qu'elle pourra être l'un et l'autre. Le but social que poursuivent les lois révélera leur caractère et la question qu'il faut se poser pour rechercher le but des lois «concerne la qualification (Niboyet op. cit., n° 357, p. 419) pour laquelle on doit nécessairement trouver une solution qui permette de classer les lois dans l'un ou l'autre des deux compartiments: la permanence ou la généralité». Or, pour Pillet, les lois d'ordre public sont précisément les lois qui doivent être générales pour ne pas manquer à leur but social. Dès lors, remarque Niboyet (op. cit., n° 430, p. 526) il s'établit comme une identité; il y a entre l'idée d'ordre public et celles de généralité et de territorialité un véritable rapport indivisible. Le but des lois d'ordre public est de «sauvegarder l'existence et la conservation de l'Etat; leur absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de l'Etat social, soit dans l'ordre matériel, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre économique» (op. cit. II, p. 429). Comme l'idée de l'ordre public a, en DIP, pour effet immédiat de suspendre l'application des principes ordinaires et de lui substituer dans tous les cas la territorialité du droit, elle représente une exception (op. cit. II, p. 426). En cette qualité, elle doit être interprétée strictement.

Pillet (op. cit. II, p. 426) a tout d'abord assigné à l'ordre public un caractère exceptionnel. La définition qu'il donne de ces lois constitue une belle pétition de principe:

«L'on ne devra admettre comme lois d'ordre public que celles auxquelles il sera nécessaire d'attribuer ce caractère. En d'autres termes; il ne suffira pas qu'une loi soit conforme à l'ordre public, ou même propre à assurer son maintien, pour qu'elle soit réellement d'ordre public, il faudra qu'elle soit indispensable à cet ordre public, que l'absence de ses dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre

public» (op. cit. II, p. 429): « Ces lois sont faites en vue de l'existence et de la conservation de la société, de l'Etat, lois dont l'absence paraîtrait de nature à entraîner la dissolution de notre Etat social, soit dans l'ordre matériel, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre économique ». Tout revient donc à déterminer (op. cit. IV, p. 739) « leur but social, car c'est là le résultat auquel elles tendent et ce résultat n'intéresse le législateur que par l'influence qu'il exerce sur la condition de la société ».

Mais ceci ne résout pas, à proprement parler, la question de savoir s'il est possible d'énumérer *a priori* les lois d'ordre public. Il n'y faut pas songer. Pour cela il conviendrait (op. cit. II, p. 433) d'examiner successivement toutes les branches du droit et, dans chaque branche, passer en revue l'une après l'autre les diverses lois qu'elle comprend. Ce serait refaire le DIP tout entier, « car les premiers principes une fois posés, notre science n'est rien autre que la recherche des dispositions qui, par leur caractère de lois d'ordre public, échappent à l'application des règles générales. »

Si les lois générales ou d'ordre public représentaient tout d'abord pour Pillet une exception dans la législation, il n'a pas tardé à proclamer que leur compétence était, somme toute, normale. D'après leur nature, les lois d'ordre public sont les seules lois dont la compétence s'impose dans certains cas, car quelles autres lois appliquerait-on lorsqu'on se trouve en présence de lois générales donc territoriales? Cette conception de l'ordre public amène Pillet à établir des catégories de lois générales et à retomber dans les errements des doctrinaires franco-italiens. Les lois pénales, celles de procédure civile et pénale, celles de droit public sont d'ordre public, sans exception. Parmi les lois de droit civil le choix est plus difficile à faire. C'est ici que la recherche du but social de la loi jouera un grand rôle. Le juge ne perdra jamais de vue que l'ordre public est (op. cit. II, p. 449) « un certain arrangement des diverses forces sociales, arrangement régulier, normal, durable et combiné, de telle façon que chacun vole ses droits essentiels respectés et puisse développer en toute sécurité et en toute liberté ses facultés tant physiques qu'intellectuelles . . . . Cela étant, on aperçoit de suite que l'ordre public peut exister ou ne pas exister, mais qu'il n'y a point d'intermédiaire entre ces deux extrêmes » (cf. op. cit. IV, p. 751).

Toutes les distinctions qu'on a voulu faire entre l'ordre public interne et international, relatif et absolu, etc., sont non seulement inutiles, mais dangereuses. Il n'y a qu'un ordre public d'une unité absolue: « l'idée de deux ordres publics ferait un peu penser à une place publique sur laquelle la police organiserait deux services d'ordre: l'un très strict à l'usage des nationaux, et l'autre plus réduit à l'usage des étrangers. C'est impossible. Là où l'ordre doit régner, tout le monde doit s'y plier (cf. Niboyet, op. cit., n° 443, III, p. 550).

Dès l'instant donc qu'il y a unité de l'ordre public, celui-ci ne peut être que national. Chaque pays a sa propre conception de l'ordre public, de sorte qu'une loi étrangère peut être contraire à l'ordre public d'un pays, mais non à celui d'un autre. « La mission du légis-

lateur (op. cit. II, p. 470) serait de faire connaître quelles sont les lois d'ordre public, afin que l'on sache par avance dans quels cas l'application des lois nationales sera de rigueur... (Eod. loc., p. 474) : Mais le plus souvent, la loi positive n'apportera au juge ni obligation, ni secours, elle sera restée muette et il aura à déterminer d'après sa seule raison ce qui doit être considéré comme essentiel à la conservation de l'Etat. Pour cela, il ne devra jamais perdre de vue le caractère national de l'ordre public et, par suite, ne considérer ses exigences que relativement à l'Etat auquel il appartient. » Pillet (op. cit. II, p. 475 à 479) cite, à ce propos, de nombreux arrêts de jurisprudence.

De la territorialité de l'ordre public, l'auteur (op. cit. II, p. 485) déduit que « chaque Etat doit considérer comme régulières et fondées les décisions rendues à l'étranger par application du principe de la territorialité des lois d'ordre public. Par ce fait seul (eod. loc., p. 501) qu'un Etat reconnaît l'existence d'Etats autres que lui, il reconnaît que ceux-ci doivent jouir des mêmes droits essentiels, dont il prétend jouir lui-même. Pillet appelle cet effet de l'ordre public dans les relations internationales, l'effet réflexe. Ainsi, dit-il, lorsque des Italiens obtiennent pour des raisons d'ordre public, le divorce en pays étranger, en dépit de la prohibition de leur loi nationale, l'Italie ne devrait pas moins respecter ce divorce. Car pour apprécier l'ordre public étranger qu'il doit reconnaître, le juge se conformera aux idées admises dans le pays étranger en question. Pillet, qui n'a pas persévéré dans cette opinion insoutenable, a cependant eu soin d'y apporter un tempérament considérable. L'obligation de respecter les décisions prises au nom de l'ordre public par les autres Etats n'existe qu'en tant que l'effet réflexe n'est pas lui-même contraire à l'ordre public du for. Et c'est ici qu'apparaît de nouveau l'idée de la communauté des peuples. S'il existe une communauté juridique des nations faisant un devoir aux Etats qui en font partie, d'appliquer — sauf réserve d'ordre public — les lois des autres Etats de la communauté, ne pourrait-on pas concevoir tout aussi bien que dans les groupements plus restreints (monde chrétien, monde musulman), entre nations issues de la même civilisation, et pénétrées d'idées religieuses voisines sinon identiques, il y a une véritable communauté d'ordre public pour tout ce qui touche à la morale p. ex. (op. cit. II, p. 452). Dans cette communauté-là, la reconnaissance des ordres publics étrangers serait dès lors exigée.

Aux caractères d'unité et de nationalité de l'ordre public, il faut ajouter encore ceux de mobilité et d'actualité. La notion de l'ordre public varie dans le temps et dans l'espace. Ce qui était d'ordre public hier peut ne plus l'être aujourd'hui et ce qui est d'ordre public en France ne l'est pas en Suisse.

Telle est brièvement exposée la doctrine de Pillet. On peut y adresser certaines critiques. Tout d'abord les lois d'ordre public ne se confondent pas avec les lois générales. Certaines catégories de lois, comme la plupart des dispositions de procédure civile ou de droit

pénal peuvent être générales, elles ne sont pas d'ordre public. Car l'ordre public (cf. Niboyet, op. cit., n° 430, p. 526) ne doit pas être quelque chose de superfétatoire, mais une notion indispensable pour obtenir un certain résultat qui ne serait pas atteint autrement.

La généralité de la loi d'ordre public faisant de cette loi une loi territoriale, il importe d'éviter une confusion très facile que nous avons déjà signalée en étudiant l'école franco-italienne. Le caractère de territorialité attribué à certaines lois ne suffit pas à lui seul pour faire de celles-ci des lois d'ordre public. Les actes illicites, l'organisation de la propriété foncière, les actes de la procédure relèvent de lois (*lex loci delicti commissi, lex rei sitae, lex fori*) qui sont territoriales, mais non d'ordre public. Les effets que ces lois peuvent sortir rendent cette différence fort sensible. En dehors de l'Etat où le délit civil s'est produit, où la chose est située, où le jugement a été rendu, l'application de la loi territoriale qui les régit normalement, est reconnue. Il y a donc territorialité seulement dans les effets en matière d'ordre public tandis qu'il y a universalité dans les effets en matière de délit, de situation de choses et de procédure (dans ce sens, Bartin, op. cit. II, § 95, p. 256). En faisant équivaloir, d'autre part, lois territoriales à lois d'ordre public, Pillet en arrive à demander au juge de trancher souvent un conflit entre deux lois d'ordre public — la loi étrangère d'application territoriale et la loi du for. Comme le relève André Audinet (op. cit., p. 61 à 64) « les lois d'ordre public seraient territoriales, mais elles ne pourraient prétendre régir un rapport juridique du seul fait que ce rapport aurait quelque lien avec le territoire du législateur qui les a édictées. Il faudrait déterminer dans quelle mesure et à quel point de vue ce rapport juridique doit intéresser leur compétence territoriale, pour qu'elles soient applicables. Ainsi (cf. Pillet, op. cit. I, p. 415), les lois limitant le taux de l'intérêt sont des lois d'ordre public, mais la loi d'ordre public compétente à ce point de vue, ce n'est pas celle du juge auquel on demande de condamner le débiteur récalcitrant, ni celle du pays où le paiement des intérêts doit avoir lieu, c'est celle de l'endroit où le contrat de prêt, d'où découle l'obligation de payer ces intérêts, a été réalisé, parce que c'est le crédit public de ce pays qui est intéressé . . . Toutefois le juge saisi ne pourra appliquer la loi du pays étranger, au détriment de la sienne propre, il devra se conformer aux ordres de son propre législateur, avant de donner effet à ceux du législateur étranger. Mais, ajoute Audinet, si l'on estime qu'il n'y a jamais qu'une seule espèce d'ordre public et qu'une loi est particulièrement compétente à ce point de vue, comment peut-on expliquer cette opposition entre deux lois d'ordre public? . . . Ces deux lois, dans le système que nous critiquons, sont toutes deux territoriales, puisque toutes deux d'ordre public. Or, l'une est territoriale et compétente, l'autre n'est que territoriale et c'est cependant elle qui s'applique. » Il y a là un spectacle choquant provenant des sens divers qu'on attribue aux mots de « compétence territoriale » (voir Aubry, op. cit. II, p. 253 à 273). Cette constatation nous permet d'affirmer que l'ordre public est une notion exceptionnelle qui ne

doit apparaître en DIP que rarement, lorsque le juge ne peut faire autrement. A ce titre d'exception au jeu normal des règles de conflit de lois, on comprend que cette notion soit nationale et sans effet réflexe, car le juge qui n'applique que l'ordre public de son pays n'est pas tenu de reconnaître l'ordre public étranger, exceptionnel et perturbateur; on comprend aussi qu'elle soit actuelle, car son instabilité l'empêche d'être normale et générale. Comme le dit excellemment Bartin (op. cit. II, § 96, p. 258): « La territorialité des effets, l'actualité de la détermination des dispositions d'ordre public, sont les deux traits qui accusent le caractère exceptionnel de leur intervention dans la solution de tout conflit de lois qui les subit. » Ce que nous pouvons retenir de la doctrine de Pillet, manifestement inspirée de la doctrine savignienne sur plus d'un point, mais prisonnière de certaines confusions de l'école franco-italienne sur d'autres points, c'est sa démonstration de l'unité de l'ordre public. Nous y reviendrons dans l'exposé de notre propre doctrine. Il est inutile d'examiner ici les effets que Pillet attribue à l'intervention de l'ordre public. Tous les auteurs admettent qu'ils peuvent être, à des degrés divers, permissifs ou prohibitifs, et Pillet n'ajoute rien aux subtiles et complètes distinctions que nous avons déjà rencontrées (cf. les ouvrages de Zitelmann et de Frankenstein).

#### *Doctrine de Bartin*

Nous avons vu que Bartin a adopté la communauté juridique des nations civilisées de Savigny. Après avoir éliminé d'emblée des législations entières, au nom d'un principe dont nous n'avons pu comprendre ni la raison d'être, ni la valeur, Bartin discerne encore, dans la communauté juridique, des lacunes assez nombreuses.

Ces lacunes, ces imperfections justifient l'intervention de l'ordre public, inévitable dans l'état actuel du DIP. L'ordre public entre en jeu toutes les fois que l'Etat du for « ne se reconnaît plus en communauté internationale avec un autre Etat, sur le cas particulier dont le juge doit connaître » (op. cit. I, p. 234/35). Ainsi, Bartin assimile, dans sa cause, le rejet d'une loi étrangère, contraire à l'ordre public, au rejet global des droits barbares. « L'exception de l'ordre public international, dit-il (« Adoption et transmission héréditaire », Cl., 1932, p. 5 à 25, en part., p. 18), dans le système européen du conflit des lois, correspond à la thèse de l'exclusion radicale de toute application du système européen des règles de conflit, dans les relations des pays civilisés avec les coutumes des pays qui ne le sont pas. La limitation géographique de l'application du système européen de conflit et la limitation juridique de son application dans les pays pour lesquels il est fait, sont des conceptions de même nature et de même origine. » L'élément essentiel qui caractérise l'ordre public consiste dans la substitution de la loi du for à une loi étrangère normalement compétente. Or, dit Olive (op. cit., p. 185), — auteur partisan de la doctrine franco-italienne —, « le tort de M. Bartin est d'identifier l'idée de la substitution qu'il décrit avec celle

de l'ordre public. Ce n'est là, sans doute, qu'une question de mots, mais elle a son importance. Ne peut-on pas dire que la substitution que nous venons de constater n'est qu'un des effets, le plus important si l'on veut et le plus caractéristique, par lequel se manifeste l'ordre public et que celui-ci réside dans une force impérative particulièrement énergique qui appartient à certaines dispositions de la loi?»

Il est impossible d'énumérer avec précision les dispositions d'ordre public d'une législation donnée (op. cit. II, § 100, p. 264). Mais il faudrait se garder de croire que seules les lois impératives peuvent être d'ordre public, tandis que les dispositions permissives ne peuvent jamais l'être. Car l'absence de communauté internationale peut apparaître aussi bien à l'occasion d'une disposition simplement permissive qu'à l'occasion d'une disposition prohibitive ou impérative de la loi du juge saisi (op. cit. I, p. 238). Il n'y a dans la nature permissive d'une disposition légale, aucun obstacle *a priori* à la considérer comme d'ordre public (op. cit. I, p. 239). La jurisprudence de tous pays est là pour le prouver. Dans certains pays (Suisse, France), on ne considère pas les dispositions légales sur le divorce comme des dispositions permissives d'ordre public. Mais on a considéré, en Allemagne, ces dispositions permissives comme d'ordre public (nombreux arrêts cités op. cit. I, p. 240). On a, de même, attribué, dans certains pays, un caractère d'ordre public aux dispositions permissives sur la capacité de contracter mariage entre gens de couleurs ou de religions différentes (90).

L'ordre public est une notion réductible toujours davantage. Cette notion perd, en effet, peu à peu de son étendue en jurisprudence. Dans nombre de cas où le juge, il y a cinquante ans, n'hésitait pas à exclure la loi étrangère du bénéfice des règles de conflit pour y substituer exceptionnellement les dispositions de la sienne, considérées comme dispositions d'ordre public, il ne le fait plus aujourd'hui (op. cit. I, p. 252). Mais la notion de l'ordre public n'est pas encore près de disparaître. Elle subsiste, parce qu'elle correspond à l'idée que certaines dispositions de la loi civile d'un Etat sont invariablement bonnes sur le territoire de cet Etat, parce que les dispositions correspondantes de la loi étrangère sont invariablement mauvaises (op. cit. I, p. 266). On se rendra compte de la nécessité de l'ordre public, en constatant que « les dispositions d'ordre public d'une législation ne visent ni la sécurité des personnes, ni celle des intérêts sur le territoire que cette législation régit; ce n'est pas leur objet qui les caractérise : ce qui les caractérise, abstraction faite de leur objet, c'est la différence trop grande qu'on relève entre elles et les dispositions correspondantes de la loi étrangère normalement appelée à régir le rapport de droit litigieux » (op. cit. I, p. 264/65).

Le juge du for n'appliquera que les dispositions d'ordre public

---

90) Pour Valéry (op. cit., p. 578, n. 2.), Bartin est dupe des illusions, lorsqu'il prétend que des dispositions permissives peuvent être d'ordre public, car ces règles renferment, en réalité, un commandement ou une prohibition.

de sa propre législation et le caractère exceptionnel des solutions de conflit, fondées sur la notion d'ordre public, se traduit par la localisation des effets de ces solutions (op. cit. II, § 95, p. 255). Les Etats étrangers, d'autre part, ne sont pas tenus de reconnaître un état de fait créé à l'étranger, par des moyens de droit contraires à leur ordre public (op. cit. I, p. 279/80 et II, § 98, p. 259 à 262). L'ordre public est donc national et territorial. Il est, en outre, actuel (op. cit. II, § 96, p. 256 à 258 et § 102, p. 268 et 269). Le juge confrontera toujours les dispositions de sa propre législation avec celles de la loi étrangère normalement compétente, considérée non pas au moment où le rapport de droit a pris naissance, mais au moment où s'est élevé le litige que ce rapport de droit a soulevé.

#### *Doctrines de Niboyet et de Caleb*

La conception de l'ordre public de Niboyet est fondée sur l'idée qu'il existe un minimum d'équivalence entre les institutions juridiques des Etats ayant la même civilisation. «L'ordre public, dit-il (op. cit., n° 433, p. 532), dont on s'occupe dans la pratique quotidienne, joue dans les rapports de pays aussi avancés dans le domaine de la civilisation les uns que les autres, mais qui, parfois, ont réglementé certaines institutions différemment. En d'autres termes, l'ordre public n'intervient que sur les points particuliers où n'existe pas entre les nations une certaine «interpénétration juridique». La mesure du défaut de communauté juridique entre deux pays doit s'envisager, ajoute Niboyet (eod. loc., p. 533), simplement pour chaque question concrète posée; elle découle du mal qui résulterait de l'application de la loi étrangère.» La façon de faire cette mesure est particulièrement grave et délicate.

Les auteurs qui ont voulu dresser une énumération *a priori* des véritables lois d'ordre public, se sont heurtés à une impossibilité, car les lois d'ordre public ne peuvent exister qu'en fonction du lieu et de l'époque. En outre, il n'existe pas de lois d'ordre public, car, si c'était le cas, on devrait pouvoir en donner une énumération exhaustive ou, du moins, rationnelle. Ce qu'il faut dire, c'est qu'il y a une notion d'ordre public (Caleb, op. cit., p. 68). L'ordre public est unique; il n'y a pas deux ordres publics dans chaque pays. Une disposition de droit interne, lorsqu'elle est d'ordre public, possède ce caractère à tous les points de vue. C'est par un véritable abus de mots que les lois impératives ont été nommées lois d'ordre public et que ce baptême a entraîné les auteurs à distinguer, à tort, l'ordre public interne de l'ordre public international. Caleb défend aussi l'unité de l'ordre public qui est local et national. Chaque Etat a sa notion propre de l'ordre public. Lorsque divers Etats partagent la même conception, nous ne sommes jamais en présence que d'une juxtaposition d'un certain nombre d'ordres publics locaux identiques ou semblables sur ces points. L'addition des ordres publics locaux ne donne pas un ordre public universel. La notion d'ordre public est spontanée et universelle. Elle est spontanée, puisqu'elle n'a pas

un caractère artificiel, mais répond à une sorte d'égoïsme national naturel bien ou mal entendu; comme elle est spontanée chez tous les peuples, elle est universelle (Caleb, op. cit., p. 68).

L'ordre public étant exceptionnel en DIP, il est regrettable, pour Niboyet, que le mot de « Vorbehaltsklausel » n'ait pas d'équivalent en français. Il explique, à lui seul, le rôle de l'ordre public qu'à défaut d'expression meilleure, Niboyet appelle l'« exception d'ordre public » (op. cit., n° 443, p. 550).

### Doctrine de Vareilles-Sommières

La synthèse que fait Vareilles-Sommières du DIP est toute *a priori*, c'est-à-dire, au fond, théorique. Il s'attache à démontrer quelques théorèmes fondamentaux, dont le premier est qu'« en principe les lois de l'Etat régissent tous les actes accomplis sur son territoire, même par les étrangers ». L'auteur proclame donc, à l'instar de la vieille tradition juridique anglo-saxonne, la territorialité du droit. Pour obliger les étrangers dans le pays, dit-il (op. cit. II, t. I, n° 40), une loi n'a pas besoin d'être une loi de police et de sûreté, il suffit qu'elle soit une loi et qu'elle ne figure pas parmi les lois exceptionnelles dont ils sont exempts. La confusion des termes a engendré, en DIP, la confusion des idées: « Les lois de police et de sûreté sont, en bon français, des lois qui protègent les personnes, les biens et les institutions contre la malice et l'impudence des hommes. Les auteurs contemporains donnent à l'expression si française et si nette de « loi de police et de sûreté » un sens arbitraire et démesuré. Elle est devenue, pour eux, synonyme de « loi d'ordre public », cette louche formule qui convient philosophiquement à toutes les lois sans exception et qui, même dans les nouveaux systèmes, les embrasse en fin de compte presque toutes ». Rien de plus normal donc que la territorialité des lois en DIP. Mais, comme le dit excellemment Aubry (op. cit. III, p. 209), « les lois que Vareilles-Sommières appelle territoriales sont des lois qu'il croit applicables *ratione loci*, et il prétend éliminer radicalement du DIP la notion d'ordre public, dans laquelle la territorialité *ratione fori* trouve sa raison d'être ».

Il s'ensuit, et c'est le deuxième théorème de Vareilles-Sommières, qu'« en principe les lois d'un Etat ne régissent pas les actes accomplis hors de son territoire, même par ses nationaux ». Jusqu'ici tout semble bien aller; mais il existe à ces deux principes de nombreuses exceptions pratiques. Nul Etat ne peut se refuser à tenir compte, dans une certaine mesure, des droits étrangers. Même la doctrine anglo-saxonne a admis l'application et la reconnaissance, dans certains cas, de la loi étrangère, grâce à la fameuse théorie de la comity.

C'est ainsi que, pressé par les faits, Vareilles-Sommières pose un troisième théorème. « Par exception et sauf exception, les lois de l'Etat sur l'état et la capacité régissent les actes accomplis, hors de son territoire, par ses nationaux, mais ne régissent pas les actes accomplis, sur son territoire, par les étrangers. » La rédaction de ce théorème indique assez que l'auteur entend apporter à l'exception

générale qui fait le fond de la proposition, une série d'exceptions spéciales qui relèveront, en somme, des principes établis par les premiers et deuxième théorèmes précités. La recherche de ces exceptions faites, en faveur de la loi du for, à l'exception générale, établie en faveur des lois étrangères, constitue, pour les questions d'état et de capacité, le problème de l'ordre public. Mais Vareilles-Sommières, nous l'avons vu, abomine ce terme et ne concède qu'à regret, une place aussi limitée que possible à la territorialité *ratione fori* de certaines dispositions légales. Il échafaude une théorie où, pour justifier l'intervention anormale de la loi du for, il recourt, pour divers motifs, à ce qu'il appelle, dans son dernier théorème, « la loi naturelle ». Il y a un grand nombre de nos lois, dit-il (op. cit. II, f. II, n° 829), qui, tacitement, mais évidemment, apportent des exceptions directes et spéciales à l'application des statuts personnels étrangers. Un critérium commun permet de relier ces lois les unes aux autres. Ce sont, en effet, des lois, dont, tout à la fois, le texte et les motifs sont rigoureusement absolus, c'est-à-dire des lois qui, d'une manière générale, commandent ou défendent, chez nous, certains actes, pour des motifs qui, logiquement, ne souffrent aucune distinction entre les étrangers et les Français. Tel étant le caractère de ces lois, on doit admettre que, sur les points dont elles traitent, le législateur déroge à l'admission des lois étrangères.

« Le motif sur lequel repose la loi est absolu, d'abord, et surtout, quand c'est un motif de morale et de justice. » Il y a, d'ailleurs, d'autres motifs absolus et qui communiquent leur caractère aux lois qu'ils inspirent : motifs de sécurité publique, motifs économiques, motifs concernant l'hygiène. Il faut, enfin, considérer comme exclusifs des lois étrangères, les statuts réels « fondés sur des motifs économiques ou politiques qui sont absolus et les rendent absolus ». Cette recherche des « motifs » a un grand côté d'exactitude. Nous le verrons dans notre chapitre sur la nature de l'ordre public. Les nombreuses et diverses interventions de la loi du for, à l'encontre de la loi étrangère, abstraitement compétente aux termes des règles de conflit, ne sont pas toutes dues au même principe. Les raisons qui justifient ces interventions sont différentes, et c'est par confusion d'idées ou par apparente simplification technique qu'elles ont toutes été groupées sous le terme d'ordre public. Les distinctions de Vareilles-Sommières ne sont pas fausses, elles demeurent seulement imprécises. C'est pourquoi, il se hâte de résumer autrement sa pensée : « On peut se borner à dire que le statut personnel étranger est, à l'occasion écarté : 1) par toute loi française qui n'est pas elle-même un statut personnel, et seulement cela; 2) par ceux de nos statuts personnels qui sont fondés sur la morale ou la justice. D'abord, par toute loi qui n'est pas elle-même un statut personnel, donc, par nos lois de police, par nos statuts réels, par nos lois de procédure, fiscales, administratives; car le législateur peut bien, sans trop d'inconvénients, tolérer la variété dans l'état et la capacité des individus, mais ne peut, à aucun prix, la tolérer dans l'administration, dans la propriété, dans la procédure.... Ensuite, par ceux de nos

statuts personnels qui sont fondés sur la morale ou la justice, car, au détriment de la morale ou de la justice, aucune concession n'est possible. »

Comme Aubry (op. cit. III, p. 226) le souligne à juste titre, Vareilles-Sommières ne veut reconnaître un caractère exceptionnel aux solutions qu'il fonde sur la justice et la morale que lorsqu'elles ont pour effet d'écartier l'application de lois étrangères à des faits accomplis sur le territoire où elles sont en vigueur. S'il s'agit, au contraire, de faits accomplis sur le territoire où le conflit s'élève, les mêmes solutions n'auraient plus jamais rien d'anormal, car elles ne feraient que consacrer le principe général de la territorialité des lois. En réalité, ajoute Aubry (eod. loc.), les solutions sur lesquelles nous raisonnons peuvent être admises à l'encontre du statut personnel étranger, dans le second cas, comme à l'encontre du statut réel étranger, dans le premier. Elles font donc toujours échec, malgré qu'en ait Vareilles-Sommières, soit au principe général de la territorialité, soit au principe secondaire de la personnalité des lois d'état et de capacité.

On remarquera que Vareilles-Sommières se sert du terme de « statuts ». C'est qu'en effet l'auteur est un statutaire, à la manière des anciens statutaires intransigeants : tous les statuts sont réels ! (91). Comme la science du droit a progressé depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, Vareilles-Sommières doit apporter à son principe absolu un tempérament assez étendu qui, à son tour, doit souffrir des exceptions. De la brillante synthèse de l'auteur, il ne demeure pas grand chose. Le seul avantage qu'elle apporte est, peut-être, d'avoir indiqué, mieux que d'autres doctrines, la multiplicité des motifs de l'ordre public. Mais les critères fournis demeurent encore vagues. Que sont ces motifs économiques, de sécurité publique, d'hygiène ou, même, de morale et de justice ? Faute de données plus complètes, ne devons-nous pas faire nôtre l'observation de Lainé (op. cit. II, p. 373) : « Je ne vois pas en quel il vaudrait mieux substituer aux lois d'ordre public les lois « fondées sur la morale et la justice ». Est-ce que l'on ne pourrait pas encourir ainsi le reproche de supposer que, parmi nos lois, il en est qui ne sont pas conformes à la morale et d'autres qui ne reposent pas sur la justice ? »

#### *Doctrine de Frankenstein*

Frankenstein essaie de ramener l'ensemble du DIP à quelques règles fort simples, dont l'adoption, dit-il, apporterait dans cette discipline une simplification et une clarté bienfaisantes.

Frankenstein admet, lui aussi, que les règles du DIP sont conditionnées par des « rattachements » (« Anknüpfungen »). Mais, à la différence de Zitelmann et de Kahn, Frankenstein indique *a priori* deux rattachements qui, à son avis, doivent être fondamentaux dans

91) Cf. Simons (op. cit., p. 514) : « En se transformant en une règle de conflit générale (disposition de statut réel et de droit territorial), la disposition perd son caractère de prescription d'ordre public. »

chaque système de conflit. Le « rattachement premier » ou « rattachement primaire », a lieu en faveur du droit d'origine (op. cit., I, t. I, p. 85 à 120). Si, et ce n'est qu'une question de formation positive de chaque ordre juridique, le droit d'origine soumet ses ressortissants à un autre droit, il les rattache par là à cet autre droit, et comme ce second rattachement est décidé par le droit national, le droit primaire, Frankenstein le nomme le rattachement secondaire (op. cit. III, p. 58). Le « rattachement second » ou « rattachement secondaire » a généralement lieu en faveur du droit du domicile, mais peut avoir lieu en faveur du droit donné par l'appartenance à une organisation religieuse ou à une race, par le siège d'autorités, par la survenance d'événements dans un lieu donné. Moins fort que le « rattachement primaire », il ne peut être pris en considération que subsidiairement à celui-là (op. cit. I, t. I, p. 120 à 126). Ajoutons que les choses sont, d'autre part, soumises à l'empire exclusif de la *lex rei sitae* (op. cit. III, p. 66).

A côté de ces deux « rattachements », primaire et secondaire, destinés à régir l'immense majorité des rapports de droit, il existe, de *lege lata*, une autre sorte de « rattachement » que Frankenstein appelle le « pseudo-rattachement ». Les cas de « rattachement » de cette sorte sont irréguliers, en ce qu'ils autorisent une extension d'un ensemble de règles de droit au delà de ce qu'elles devraient normalement régir. Ces règles de droit, formulées positivement, commettent des empiètements unilatéraux que la science juridique doit repousser impitoyablement. Ce « pseudo-rattachement » est consacré, p. ex., dans les articles 7, 3<sup>e</sup> al.; 11, 1<sup>er</sup> al., *in fine*; 13, 3<sup>e</sup> al.; 14, 2<sup>e</sup> al.; 17, 3<sup>e</sup> al.; 19; 20, EGzBGB (92).

La « clause de réserve » est une proche parente du « pseudo-rattachement ». Dans les deux cas, la souveraineté territoriale l'emporte, en vertu de son pouvoir, en face de la souveraineté personnelle du droit d'origine et la différence entre les deux catégories est simplement celle-ci que, selon la formule de Kahn (op. cit., t. I, p. 251), l'ordre public « est la partie ni reconnue, ni achevée du DIP » ou, pour parler de façon plus concise encore, l'application non encore formulée légalement du principe territorial, alors que le pseudo-rattachement représente l'application, légalement formulée, de la souveraineté territoriale, aux dépens de la souveraineté personnelle (op. cit. III, p. 64 et op. cit. I, t. I, p. 181). Les raisons qui font intervenir la « clause de réserve » peuvent être très diverses. Les termes « clause de réserve » ne peuvent désigner que le mécanisme de l'intervention de la loi du for; ceux d'« ordre public » expriment le contenu de la notion envisagée.

Le DIP repose sur une adaptation approximative, des uns aux autres, des différents systèmes juridiques existants dans le monde; mais il faut compter avec des défauts d'adaptation plus ou moins

---

92) Pour Neumeyer (« Internationales Privatrecht », Berlin, 1926, p. 7), ces dispositions ne sont inspirées que par une « zynikische und kurzsichtige Bevorteilung inländischer Interessen ».

marqués. L'esprit populaire, prompt à taxer d'étranges les institutions qui sont nouvelles ou inconnues, accueille, cependant, de bonne grâce, ce qui vient de l'étranger. Il est, pourtant, une limite où s'arrête le bienveillant accueil et la compréhension populaires. C'est la recherche de cette limite qui constitue le problème de l'ordre public.

La « conviction juridique » (« Rechtsüberzeugung ») d'un peuple, dont les lois ne sont qu'un reflet de cette conviction, dépend de mille circonstances et il est clair qu'elle se développe différemment dans chaque groupement humain. Cette « conviction juridique » formule des jugements de valeur (93). Celui qui justifie l'ordre public est le suivant: Certains principes du droit du for sont nécessaires à la vie de la nation et ne supportent aucune dérogation; ils sont d'ordre public par opposition à ceux qui, de moindre importance, peuvent, dans des cas donnés, céder la place aux principes du droit étranger.

Une méconnaissance complète de l'essence du droit pouvait seule conduire à rechercher les prétendus principes généraux donnant *a priori* la « valeur » des institutions d'un peuple. Il ne saurait exister une clause de réserve générale aussi longtemps que l'on trouvera, dans la diversité des conditions d'existence des peuples, des « convictions juridiques » et des « jugements de valeur » différents. Car la clause de réserve tient tout entière dans les jugements de valeur au moyen desquels le juge, inspiré par la « conviction juridique de son peuple », pèse la portée des lois étrangères (94). Si les conditions d'existence de tous les hommes devaient, un jour, se rapprocher au point de donner naissance à une conviction juridique unique et à une même « idée des valeurs », la « clause de réserve » disparaîtrait aussitôt.

Dans l'état actuel du droit, c'est à la science qu'il appartient de trouver le droit chemin. La « clause de réserve » apparaît de deux façons: Ou bien, c'est le « droit du territoire » (« Gebietsrecht »), lui-même, qui demande à être appliqué absolument; ou bien, c'est le droit étranger qui, par son éloignement du droit du territoire, appelle, *a contrario*, l'application de ce dernier. Le mariage civil, les dispositions légales sur le registre foncier ou sur le registre du commerce, sont des exemples de « réserves absolues » (« absolute Vorbehalte ») exigées, dans tous les cas, par le « droit du territoire ». Les « réserves relatives » (« relative Vorbehalte ») sont faites, au contraire, à l'application du droit étranger, non plus en vertu d'une règle impéra-

93) Cette idée de « valeur » pose, ainsi que nous la verrons dans notre chapitre sur « la nature de l'ordre public », le problème d'une nouvelle espèce de qualification des règles de droit, la qualification que nous appellerons morale et sociale.

94) Frankenstein (op. cit. I, t. 1, p. 195): « Der Ausgangspunkt der Vorbehaltsklausel ist nicht irgendeine Notwendigkeit des eigenen, sondern eine Wertung des fremden Rechts. Gerade darin liegt die ausserordentliche Schwierigkeit ihrer richtigen Behandlung. Bei der Wertung des fremden Rechts gilt es fremde Einrichtungen und ihre Ausgestaltung mit den eigenen zu vergleichen und Abweichungen nach ihrer Rückwirkung auf die im Flusse befindliche Rechtsüberzeugung abzuschätzen, Dinge zu wagen, die im Grunde nicht wägbare sind. »

tive du droit territorial, mais ensuite de l'examen, dans chaque cas d'espèce, des dispositions légales étrangères.

Par cette division en lois d'ordre public absolu et lois d'ordre public relatif, Frankenstein prétend concilier les deux conceptions fondamentales de l'ordre public, l'une attribuant aux lois d'ordre public une compétence exceptionnelle, l'autre donnant à ces mêmes lois une compétence normale. Alors que les lois d'ordre public absolu seraient normales, les lois d'ordre public relatif seraient exceptionnelles. Ainsi, les divergences de la doctrine ne seraient qu'apparentes. Loin de s'exclure réciproquement, les opinions opposées se compléteraient, au contraire, heureusement. En réalité, le point de vue de Frankenstein est mal fondé (cf. notre chapitre sur la nature de l'ordre public).

Sacrifiant à la méthode analytique, Frankenstein distingue :

A. — Dans la catégorie des « réserves absolues » :

1) Celles qui sont « illimitées » (« unbegrenzte Vorbehalte ») : Le « droit du territoire » (« Gebietsrecht ») s'applique partout, même aux étrangers à l'étranger. Ces cas sont très rares (dispositions visant le registre foncier, lois sur la contrebande).

2) Celles qui sont « limitées » (« begrenzte Vorbehalte ») :

a) soit « territorialement » (« territorial begrenzte Vorbehalte »). Ces réserves s'appliquent à toutes les personnes, choses et actes juridiques « rattachés » au territoire du for (lois pénales, de sûreté et de police, dispositions légales sur les obligations nées d'un délit et les obligations *ex lege*);

b) soit « personnellement » (« personal begrenzte Vorbehalte »). Ces réserves s'appliquent aux nationaux. C'est l'« ordre public interne » de certains doctrinaires franco-italiens;

c) soit d'une manière « mixte » (« gemischte begrenzte Vorbehalte »). Ces réserves ne s'adressent qu'aux nationaux à l'étranger et à toutes les personnes, choses ou actes juridiques « rattachés » au territoire du for (interdiction de s'obliger à vie, interdiction du divorce ou de la séparation par simple consentement).

B. — Dans la catégorie des « réserves relatives ».

1) Celles qui s'opposent directement à la disposition légale étrangère, en soi (« gegenüber dem fremden Rechtssatz an sich »). Il y a lieu de faire application de ces réserves, lorsque l'ordre juridique du for est immédiatement touché par la disposition étrangère qui lui est contraire.

Pour faire jouer (op. cit. II, p. 328/27) la clause de réserve relative, il suffit donc que l'une des trois opérations judiciaires (« Aufnahme, Einordnung et Rechtsfolge »), accomplies devant ou par le magistrat, soit contraire à l'ordre public :

a) l'appel au juge lui-même ou la conception des faits par le juge (jeu, pari, courtoisie matrimoniale);

b) la subordination des faits à une notion juridique contraire à l'ordre public (répudiation, polygamie, recherche de la paternité);

c) le rattachement de notion ou de conséquence juridique l'une à l'autre ou aux faits (dissolution du mariage pour cause de changement de religion).

2) Celles faites en faveur d'« intérêts nationaux dignes de protection » (« wegen schutzwürdiger einheimischer Interessen »).

C. — La troisième catégorie embrasse les réserves faites en faveur des règles du droit international public.

L'ordre public est variable. Aucune autorité n'appliquera l'ordre public d'un Etat étranger ou l'ancien ordre public du for, si la « conviction populaire » a changé à cet égard.

Il n'est pas scientifique de parler, d'autre part, d'application prohibitive ou d'application permissive de la « clause de réserve ». La « clause de réserve » interdit toujours. Seules les conséquences nées du refus d'appliquer le droit étranger sont tantôt positives (permissives), tantôt négatives (prohibitives).

La méthode descriptive de Frankenstein tient, tout entière, dans des distinctions très judicieuses. Nous ne pouvons nous railler, cependant, à la doctrine nouvelle. Le point de départ est des plus contestables et pour justifier les exceptions nombreuses à l'application de la loi d'origine ou à la loi du domicile, l'auteur est obligé de recourir trop souvent à la « clause de réserve ». Il renouvelle ainsi, à cause d'un *a priori* trop exclusif (seules sont normalement compétentes, la *lex originis* ou, sur délégation de celle-ci, la *lex domicilii*), les errements de l'école franco-italienne. L'ordre public a, dès lors, tendance à devenir facilement un passe-partout commode.

## CHAPITRE SIXIEME

### PRINCIPALES LEGISLATIONS CONTENANT DES DISPOSITIONS GENERALES SUR L'ORDRE PUBLIC

Nombreuses sont les législations qui consacrent, *expressis verbis*, l'exception générale d'ordre public. Les formules employées varient, mais quels que soient les termes dont use le législateur, la jurisprudence demeure, malheureusement, libre de leur donner une interprétation arbitraire que seules peuvent corriger la doctrine et la critique. Il est impossible d'exprimer par des termes généraux, la diversité des jugements de valeur que doit porter le juge pour rendre une décision d'ordre public.

#### FRANCE

La jurisprudence française ne peut recourir, en droit positif, qu'à deux articles du CCfr :

art. 3, 1<sup>er</sup> al. : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

art. 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Ces deux dispositions sont fort imprécises. Elles sont coupables de la fausse distinction que l'école franco-italienne a voulu faire entre l'ordre public interne (art. 6) et l'ordre public international

(art. 3). Elles consacrent, d'autre part, la dualité à la fois inutile et insuffisante de l'« ordre public » et des « bonnes mœurs ». Cette dualité est inutile, en ce sens que les « bonnes mœurs » peuvent être considérées comme partie intégrante de l'« ordre public » qui les comprend nécessairement, et insuffisante, en ce sens que les termes d'« ordre public » sont, comme nous le verrons, censés exprimer une multitude de principes, dont les bonnes mœurs ne sont que l'un d'entre eux. La jurisprudence française ne se fonde, d'ailleurs, plus sur ces textes insuffisants et ambigus, pour rendre aujourd'hui des arrêts d'ordre public. Le lecteur consultera, cependant, avec fruit les commentaires des doctrinaires français du DIP et du droit civil, que nous avons, en partie, cités dans notre bibliographie.

### ITALIE

La jurisprudence italienne peut se prévaloir, en droit positif, des dispositions de l'art. 12 disp. prél. CCit. :

« Nonobstant les dispositions des articles précédents, les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, ainsi que les dispositions et conventions particulières, ne pourront, en aucun cas, déroger aux lois prohibitives du Royaume qui concernent les personnes, les biens ou les actes, ni aux lois qui ont en vue, d'une façon quelconque, l'ordre public et les bonnes mœurs » (95).

La rédaction de cette disposition est malheureuse. Comme le dit très pertinemment Esperson (op. cit. II, Cl., 1884, p. 254, n° 125) : « Si l'on prenait l'art. 12 à la lettre, il détruirait tous les principes du DIP. Si on admet, en effet, que, dans aucun cas, une loi étrangère ne pourra déroger à une loi prohibitive italienne concernant les actes, il en résulte que l'on devra entièrement rejeter un moyen de preuve proposé par les parties, s'il est prohibé par quelque disposition du CCit. » En réalité, le texte de l'art. 12 postule la fameuse distinction en ordre public interne et ordre public international. Esperson a fort bien remarqué que, dans cet art., il est aussi question des dispositions prohibitives, lesquelles ne concernent pas, toutes, l'ordre public et les bonnes mœurs. Il estime donc que nous sommes en présence de deux règles, l'une de DIP, l'autre de droit civil. Car l'art. 12 parle non seulement des lois, des actes et des jugements étrangers, mais aussi des dispositions et conventions privées; « il s'ensuit qu'en faisant application de l'art. 12, il faut distinguer ce qui est règle de droit civil de ce qui est règle de DIP, autrement dit, cette disposition, au lieu de constituer un tempérament correctif de celles des art. précédents, les détruirait presque complètement » (cf. Diéna, op. cit. I, p. 388). Sur les divergences possibles, dans l'interprétation de l'art. 12 disp. prél., voir Udina (Rép., t. VI, « DIP de l'Italie », p. 503, n° 99) et les auteurs cités.

---

95) « Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del Regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume. »

Le nouveau projet de CCit. contient certaines dispositions sur la publication, l'interprétation et l'application des lois en général. L'art. 16 de ces dispositions est ainsi conçu :

« En aucun cas, les lois, les actes et les sentences d'un pays étranger, ainsi que les dispositions et conventions particulières, ne pourront avoir d'effet dans le Royaume lorsqu'elles seront contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (96).

Ago (« Le norme di DIP nel progetto di Codice civile », Riv. dir. Int., 1931, p. 297 à 351, en part., p. 347 à 349) critique ce nouveau texte qui reproduit les erreurs de l'ancien.

A côté de l'art. 12 disp. prélim. CCit., la législation italienne contient l'art. 941, § 3, 2<sup>e</sup> al. Cpc. qui, hors les cas régis par les traités internationaux, permet aux tribunaux de refuser, d'ordre public, l'*exequatur* des jugements étrangers. Cet art. a, aujourd'hui, la teneur suivante :

« Il ne pourra être donné force exécutoire à une sentence étrangère contenant des dispositions contraires à l'ordre public ou au droit public interne du Royaume » (97).

On remarquera que cette disposition fait mention de l'ordre public et du droit public. A ce propos, Diena (op. cit. I, p. 386/87) fait observer ce qui suit : « . . . tandis que le Cpc, relativement à l'exécution des jugements étrangers, distingue soigneusement entre les lois de droit public et celles d'ordre public de Royaume, tout en admettant que les unes et les autres produisent les mêmes effets, l'art. 12 disp. prélim. CCit. fait mention des lois d'ordre public sans parler de celles du droit public. S'agit-il d'une lacune? Nous ne le pensons pas. Même en faisant abstraction de la manière très large dont est rédigé l'art. 12, il y avait deux raisons pour ne pas parler dans cette disposition de lois de droit public. Des lois de cette espèce, en effet, s'occupe l'art. 11, bien qu'il ne fasse mention que des lois pénales et des lois de police et de sûreté, mais il s'agit certainement d'une énumération simplement indicative qui ne s'oppose nullement à ce que cette même règle, adoptée à l'art. 11, soit étendue à d'autres lois de droit public. Aucune dérogation n'est admissible, ni possible et à leur égard la loi territoriale doit prévaloir non pas à titre exceptionnel, mais normalement, en vertu de la nature même des rapports qu'elles régissent. »

Sur ces dispositions légales, voir encore les ouvrages de Diena, Fiore, Fedozzi, Anzilotti, Cavaglieri, Rapisardi-Mirabelli, Pacifizzi-Venzl, Gabba, Fusinato, Ferrara, etc., sur le DIP ou le droit civil italien.

### ESPAGNE

Les autorités espagnoles chargées de dire le droit en appellent, en ce qui concerne l'ordre public du droit positif, à l'art. 11, 3<sup>e</sup> al. CCesp :

96) « In nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel Regno quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume. »

97) « Non può essere data forza esecutiva a una sentenza straniera che contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del Regno. »

« Nonobstant les dispositions du présent et du précédent article, les lois prohibitives concernant les personnes, leurs actes ou leurs biens, ainsi que les lois qui ont pour objet l'ordre public et les bonnes mœurs, ne resteront pas sans effet, du fait des lois ou sentences édictées ou rendues à l'étranger, ou des dispositions et conventions particulières passées dans d'autres pays » (98).

Cet art., qui appelle les mêmes observations de principe que l'art. 12 disp. préj. CCit., a été critiqué par Audinet (« Le DIP dans le nouveau Code civil espagnol », Cl., 1891, p. 1106 à 1128, en part., p. 1119), de la façon suivante :

« Pris à la lettre, cet art. aurait des conséquences inacceptables. Toutes lois relatives à la personne, à ses actes ou à ses biens, dès lors qu'elles auraient une forme prohibitive, devraient s'appliquer aux étrangers. Une pareille exception à la personnalité des lois en serait la négation même et contredirait toutes les dispositions précédentes . . . Nous n'entendons donc pas l'art. 11 CCesp. en ce sens, que toutes les lois prohibitives doivent s'appliquer aux étrangers. Le législateur paraît avoir fait ici une confusion entre deux points de vue voisins, mais différents. Il a confondu les lois qui sont d'ordre public dit interne et les lois qui sont d'ordre public dit international. L'origine de cette confusion se trouve dans le CCit. qui parle des unes et des autres dans un même art., mais le CCesp. l'a encore aggravée, en abrégeant le texte italien qu'il a, par ailleurs, presque littéralement reproduit. »

Sur les divers sens donnés par la doctrine et la jurisprudence espagnoles aux termes de l'art. 11 précité, voir Trias de Bes (Rép., t. VI, « DIP de l'Espagne », p. 240, n° 44 et n° 45) et les références.

En ce qui concerne les dispositions de l'art. 954 Cpc, relatives à l'exécution des jugements étrangers, voir également les auteurs (Trias de Bes, eod. loc., p. 285, n° 157).

## BELGIQUE

La jurisprudence belge doit se fonder, en droit positif, sur l'art. 3 CCbel., en tous points, semblable à l'art. correspondant du CCfr. (voir Janne, Rép., t. VI, « DIP de la Belgique », p. 148, n° 41, et bibliographie y citée). Lors d'un essai de révision du CCbel., tenté il y a quelque cinquante ans, la commission de révision proposa de compléter l'art. 3, insuffisant, par un art. 14, conçu :

« Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du Royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social. »

Laurent, de son côté, avait présenté un avant-projet, dont l'art. 26 avait la teneur suivante :

---

98) « No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes y las que, tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedaran sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en pais extranjero. »

« Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application quels que soient le lieu du contrat, la nationalité des parties intéressées et la nature des biens. Cette règle s'applique, entre autres, aux lois :

- 1) qui dépendent du droit public et du droit pénal;
- 2) qui concernent les bonnes mœurs;
- 3) qui abolissent les privilèges politiques en matière de successions. »

Sur ces avant-projet et projet, voir Laurent (« Développements de l'avant-projet de révision du Code civil », Bruxelles, 1882, et le « Rapport de la 2<sup>e</sup> section de la commission de révision du CCbel., Rev. DI et lég. comp., t. XVIII/1886, p. 442 à 501).

### ALLEMAGNE

Les cours allemandes invoquent l'art. 30 EGBGB :

« L'application d'une loi étrangère est exclue, lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande » (99).

Ce texte définitif ne fut pas adopté sans de très longues discussions au sein des commissions parlementaires et extra-parlementaires. Plusieurs juristes éminents avaient même proposé des rédactions parmi lesquelles les plus intéressantes sont celles de

Mommsen (§ 19 d'un projet de loi d'introduction du BGB) :

« Les lois étrangères sont inapplicables, lorsque leur application est exclue par la lettre ou le but des lois indigènes. L'application du droit étranger est également hors de question, lorsqu'elle aurait pour résultat de privilégier les étrangers par rapport aux nationaux » (100).

La première cause d'exclusion de la loi étrangère était parfaitement admissible; elle visait le cas où l'application de cette loi serait contraire à la lettre ou à l'esprit de la loi allemande. La seconde cause d'exclusion, à notre avis, était absolument inacceptable, puisqu'elle tendait à dénier aux étrangers tout traitement de droit privé plus favorable qu'aux nationaux. Cette étroite conception nationaliste a vécu et c'est à bon droit que la proposition de Mommsen a été écartée. Elle aurait conduit pratiquement à la négation presque complète du DIP.

Gebhardt (§ 35 de deux projets de loi d'introduction du BGB) :

1<sup>er</sup> projet: « Le droit étranger est inapplicable, lorsque son application est exclue par la lettre ou le but du droit indigène. »

---

99) « Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde. »

100) « Ausländische Gesetze sind nicht anzuwenden, wenn deren Anwendung durch inländische Gesetze nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke derselben ausgeschlossen ist. Ingleichen ist die Anwendung ausländischen Rechtes ausgeschlossen, wenn dieselbe dahin führen würde, den Ausländern ein Vorrecht vor den Inländern zu gewähren. »

2<sup>e</sup> projet: « Le droit étranger est inapplicable, lorsque son application est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » (101).

Le premier projet était semblable à la première partie de la proposition de Mommsen. Il était, en soi, acceptable. Le second projet est rédigé de la façon classique; il réserve l'ordre public et les bonnes mœurs.

Niemeyer (§ 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> al. d'un projet de loi d'introduction du BGB):

« Le droit étranger est inapplicable, lorsque, par son application, des institutions étrangères ou des prétentions juridiques (« Rechtsansprüche »), condamnées par les bonnes mœurs, se trouveraient réalisées sur le territoire national et, en outre, lorsque le droit étranger est si primitif que son application n'apparaît pas indiquée sur le territoire national (102).

Ce texte est intéressant à plus d'un égard. Il s'inspire nettement de la doctrine de Savigny sur la communauté juridique des nations civilisées. Pour Niemeyer, il aurait fallu consacrer, en droit positif, l'exclusion des droits dits primitifs. Cette tendance d'une partie de la doctrine et d'une partie de la jurisprudence a fait l'étude de notre titre préliminaire. Selon nous, elle ne se justifie pas et constitue une sorte de pré-ordre public absolu, sujet à de nombreuses critiques. Niemeyer admet encore que les institutions étrangères, non plus inconnues du droit du for (solution de Savigny et de la législation grecque post-citée), mais simplement immorales aux yeux de ce droit, ne doivent pas être retenues. La différence est sensible; elle correspond à la nature de l'ordre public et peut être approuvée.

Les délibérations proprement dites, en première et en deuxième lectures, sur le projet officiel d'EGzBGB ont éliminé deux solutions qui consacraient l'opinion de l'un ou de l'autre des auteurs que nous venons d'examiner:

1<sup>re</sup> lecture: § 24. « L'application d'un droit étranger est exclue, lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. »

2<sup>e</sup> lecture: § 2264. « L'application d'une loi étrangère est exclue lorsque cette application serait contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande ou lorsque la loi étrangère entrave les droits des étrangers de façon inéquitable » (103).

---

101) 1<sup>er</sup> projet: « Ausländisches Recht wird nicht angewandt, wenn dessen Anwendung durch das inländische Recht nach der Vorschrift oder nach dem Zwecke desselben ausgeschlossen ist. »

2<sup>e</sup> projet: « Ein ausländisches Recht wird nicht angewandt, wenn dessen Anwendung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. »

102) « Ausländisches Recht ist nicht anzuwenden, soweit dadurch im Inlande Rechtseinrichtungen oder Rechtsansprüche Verwirklichung finden würden, welche sittlich verwerflich sind, und ferner, soweit das auswärtige Recht auf einer so niedrigen Entwicklungsstufe steht, dass seine Anwendung im Inlande unangemessen erscheint. »

103) 1<sup>re</sup> lecture: § 24. « Die Anwendung eines ausländischen Rechtes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen würde. »

2<sup>e</sup> lecture: § 2264. « Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes

Nous avons cité plus haut le texte définitif. Les commentaires qu'il a suscités sont extrêmement nombreux. Il serait vain de vouloir les rapporter ici. Bornons-nous à renvoyer nos lecteurs à l'article de Lewald (Rép., t. VII, « DIP de l'Allemagne », p. 305/06, n° 39 a 41) et aux ouvrages des doctrinaires y cités. Voir, en outre, les traités de Neumann, Niedner, Habicht et Greiff, Planck, Staudinger, Walker, etc..., sur le DIP ou le droit civil allemand.

Retenons, en ce qui concerne l'expression « but de la loi allemande », l'opinion de Beer (« Neue Entwicklungsstufen des IPR », NZ, t. XIX/1909, p. 9/10) : « L'application en général constitue le but du DIP; donc du DIP allemand aussi qui n'est autre chose qu'une loi allemande. Ce but entre en conflit avec le but particulier de la loi indigène régissant le même rapport de droit. Deux forces s'opposent; la résultante de ces deux forces est la ligne directrice assignée à l'art. 30. Comme un arbitre sur un champ de manœuvres, le juge doit, en tenant compte de toutes les circonstances, décider laquelle des lois sort victorieuse du combat. Il va de soi que le but général et international du DIP doit entrer, tout particulièrement, en considération, de sorte que les présomptions sont toujours en faveur du droit désigné par les règles de conflit. »

Relevons aussi la critique de Rolin (« Etude sur les dispositions de DIP du code civil de l'Empire allemand, comparées avec celles de certains projets récents et de certaines lois », Rev. DI et lég. comp., t. XXX/1898, p. 188 à 219). « Cette disposition, dit-il (p. 216/17), est, manifestement, trop générale et trop vague. Que l'on exclue l'application d'une loi étrangère, quand cette application se heurte contre les bonnes mœurs, soit!; mais, contre le but d'une loi allemande? Cela nous paraît excessif. Nous admettrions bien qu'il en fût ainsi, si l'on spécifiait un peu la nature des lois auxquelles on fait allusion; mais on n'en fait rien. » Gemma (Dar.-Lapr., 1930, p. 266) s'exprime dans le même sens.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, les cours allemandes, en l'absence de traité international, fondent l'exception d'ordre public sur le § 328, chif. 4 ZPO, qui a la teneur suivante :

« La reconnaissance du jugement d'un tribunal étranger est exclue :

.....  
4) Quand la reconnaissance du jugement serait contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande » (104).

Gierke, qui a consacré une étude intéressante à cette disposition

---

ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde oder wenn das ausländische Gesetz die Rechte der Fremden in unbilliger Weise beeinträchtigt. »

104) « Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen.

.....  
4) wenn die Anerkennung des Urteils gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde. »

(« Wann verstösst die Anerkennung eines ausländischen Urteils gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes », Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, t. LXVIII/1926, p. 143 à 155), résume son commentaire ainsi : « La reconnaissance d'un jugement étranger est contraire au but d'une loi allemande, quand, pour des motifs spéciaux, l'exécution elle-même est inadmissible, selon l'ordre juridique allemand; quand, en outre, la construction juridique (« der rechtliche Aufbau ») du jugement est en contradiction avec les principes allemands. »

Voir, en outre, les commentaires sur la ZPO, de Seuffert, Foerster-Kann, Gaupp-Stein-Jonas, Petersen, Remilé-Anger et Neukamp.

Citons, d'autre part, le § 1044, 2° al., chif. 2 de la « nouvelle » du 25 juillet 1930, aux termes duquel la demande d'*exequatur* d'une décision arbitrale étrangère doit être rejetée, « lorsque la reconnaissance de la décision arbitrale est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, en particulier, lorsque le prononcé condamnerait une des parties à une prestation ou à un acte, dont la réalisation est prohibée par les lois allemandes » (105).

## GRECE

La Grèce a tenté de codifier la notion de l'ordre public dans l'art. 8 de la loi civile du 29 octobre 1858 :

« Les tribunaux grecs ne pourront, dans aucun cas, faire application des lois étrangères contraires à des lois nationales d'ordre public ou relatives à des institutions non reconnues par les lois grecques. »

Politis (« Le DIP en Grèce », Cl., 1908, p. 5 à 24 et 408 à 420, en part., p. 20 ss.), a donné de ce texte, qui formule deux hypothèses, une interprétation claire.

« La première hypothèse admise par l'art. 8 est celle où la loi étrangère compétente est contraire à la loi nationale. L'application de cette règle réclame une double précision : Quelles sont les lois nationales d'ordre public? Quel doit être le degré de contrariété entre une de ces lois et la loi étrangère compétente? La solution de ce double point est laissée à la sagesse des tribunaux. »

Sur le premier point, Politis déclare : « On peut considérer comme étant d'ordre public les lois politiques, pénales, de police et même les lois civiles positives. C'est une manière large d'entendre l'ordre public qui peut se défendre et qui a des partisans dans tous les pays. »

Sur le second point, Politis ajoute : « Une loi étrangère n'est vraiment en contradiction avec une loi nationale d'ordre public qu'au cas où son application met directement en échec l'ordre public, au cas où elle risque de causer un scandale ou d'ébranler les assises de la société dans le pays du juge. L'exclusion de l'application de la loi étrangère doit demeurer une mesure exceptionnelle, prise, non par

---

105) « Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches ist abzulehnen, wenn die Anerkennung des Schiedsspruches gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossen würde, insbesondere wenn der Spruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, derer Vornahme nach den deutschen Gesetzen verboten ist. »

caprice, mais dans un intérêt supérieur de défense et de conservation; autrement elle est arbitraire et doit être condamnée.»

Quant à la deuxième hypothèse, visée par l'art. 8, Politis expose que c'est celle où la loi étrangère vise une institution non reconnue par les lois grecques. Apparemment, ce chef d'exclusion comporte un grand nombre d'applications, car il y a bien des institutions établies dans les pays étrangers, qui ne sont prévues en Grèce par aucun texte. Ainsi compris, l'art. 8 serait tout à fait contraire au bon sens. Mais ce texte a simplement en vue les lois étrangères contraires à l'ordre public et non celles qui consacrent des institutions inconnues en Grèce. Or l'ordre public peut être déterminé de deux manières: il peut l'être expressément, par des lois nationales, c'est la première hypothèse du texte; il peut l'être aussi implicitement par l'esprit général de la législation, c'est la seconde hypothèse. Il faut donc pour qu'une loi étrangère tombe sous le coup de l'art. 8 qu'elle consacre une institution contraire à l'esprit général de la législation grecque.»

Cet art. 8 est, on le voit, très fortement inspiré de la doctrine de Savigny. Nous en avons déjà fait la remarque en étudiant cet auteur.

En ce qui concerne l'exécution des jugements étrangers, d'autre part, l'art. 860 Cpc fait règle, en l'absence de conventions internationales: «*L'exequatur* doit être refusé, si le jugement est en contradiction avec des faits établis ou s'il est contraire à des lois nationales d'ordre public.» Ce texte est trop semblable à celui de l'art. 8 précité, pour que nous en donnions une analyse qui répéterait celle de Politis.

Sur les dispositions légales en question, voir encore Streit (op. cit.) et Carabiber (Rép., t. VI, «*DIP de la Grèce*», p. 418, n° 57, p. 422 à 425, n° 70 à 77 et p. 435/36, n° 116 et 117).

#### JAPON

La législation japonaise a consacré, dans l'art. 30 du Ho-Rei (loi sur les conflits, du 15 juin 1898), la réserve de l'ordre public (trad., Cl., 1901, p. 643) :

«*Lorsque les dispositions d'une loi étrangère, déclarée applicable, sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, on ne doit pas les appliquer.*»

#### POLOGNE

La Pologne a établi, le 2 août 1928, une loi sur le droit applicable dans les rapports privés internationaux. Cette loi (cf. Dar.-Lapr., 1928, p. 190 ss.) contient un art. 38, ainsi conçu:

«*Les dispositions des lois étrangères ne sont pas applicables en Pologne, lorsqu'elles se heurtent soit aux principes essentiels de l'ordre public en Pologne, soit aux bonnes mœurs.*»

Rostworowski (106) (op. cit. dans notre titre deuxième, chapitre

---

106) Notons en passant que Rostworowski a donné de l'article 38 une traduction légèrement différente de celle que nous reproduisons ci-dessus: «*Les dispositions de lois étrangères sont privées de force légale en Pologne . . .*»

quatrième, *in fine*, p. 825) estime que « la formule de l'art. 38, quelque large qu'elle paraisse est restrictive, dans ce sens qu'au lieu d'écarter, dans sa totalité, une loi étrangère, contraire au droit public et aux bonnes mœurs, elle se borne à écarter certaines dispositions de lois étrangères, ce qui permettra d'appliquer, sans difficulté, d'autres dispositions de la même loi ».

Udina, qui a étudié le DIP de la Pologne (« Il DIP della repubblica polacca », Riv. dir. int., 1927, p. 187 à 226), prétend que selon une stricte interprétation du texte de l'art. 38, il semble que le législateur polonais n'ait pas voulu faire de distinction entre l'application directe de la loi étrangère, application qui peut être contraire à l'ordre public et la reconnaissance, compatible avec l'ordre public, des conséquences dérivant d'une application de la loi étrangère à l'étranger. Le juge polonais devrait formuler son jugement en ne tenant compte que des dispositions, prises en soi, de la loi étrangère; mais ce point de vue, que, dans l'étude des prétendus droits acquis et de la reconnaissance et exécution des jugements étrangers, nous démontrons être le seul logique, n'a pas été celui de la jurisprudence polonaise. Udina estime, cependant, meilleure la rédaction de l'art. 30 EGzBGB.

Voir encore Babinski (Rép., t. VI, « DIP de la Pologne », p. 663, n° 87).

#### **BRESIL**

Les magistrats brésiliens recourent à l'art. 17 CCbrés.:

« Les lois, actes et sentences de pays étrangers, ainsi que les dispositions et les conventions particulières n'ont pas d'efficacité lorsqu'elles heurtent la souveraineté nationale, l'ordre public et les bonnes mœurs » (107).

Sur l'interprétation de cette disposition réservant la souveraineté nationale, l'ordre public et les bonnes mœurs, trois notions pouvant aisément se fondre en celle de l'ordre public, voir Bevilaqua (Rép., t. VI, « Dip du Brésil », p. 178, n° 95) et la bibliographie citée par cet auteur.

#### **ARGENTINE**

Les juges argentins se basent, en droit positif, sur l'art. 14 CCarg.:

« Les lois étrangères ne seront pas applicables:

1) Quand leur application serait contraire au droit public ou criminel de la République, à la religion de l'Etat, à la tolérance des cultes ou à la morale et aux bonnes mœurs.

2) Quand leur application serait incompatible avec l'esprit des dispositions du présent code.

3) Quand elles institueraient de purs privilèges.

---

107) « As leis, actos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão efficacia quando offenderem a soberania nacional, a ordem publica e os bons costumes. »

4) Quand les dispositions du présent code, en conflit avec des lois étrangères, seraient plus favorables que celles-ci à la validité des actes (108).

Voir sur le sens de ce texte, Roger (Rép., t. VI, « DIP de la République argentine », p. 675, n° 23) et références.

### HONDURAS

Parmi les législations de l'Amérique latine, mentionnons encore celle du Honduras qui contient une disposition intéressante sur l'ordre public (voir Bijon, Rép., t. VI, « DIP du Honduras », p. 449/50, n° 89 à n° 94).

L'art 2372 CChond. dispose que « les lois étrangères ne seront pas applicables quand cette application s'opposera au droit public hondurain, à la morale et aux bonnes mœurs » (trad. Bijon).

La désignation de « droit public », au lieu d'« ordre public », est due à une grave confusion que nous étudierons plus loin. D'autre part, la loi honduraine parle de « morale ». Bijon déclare, à ce propos, qu'« en employant l'expression de morale, en certains cas, la loi honduraine, tenant compte de la psychologie religieuse d'un peuple d'origine espagnole, laisse, par là, aux juges la faculté de dépasser, dans leur appréciation des actes juridiques, la sphère des bonnes mœurs, qui concerne, avant tout, la portée sociale des actes, pour apprécier aussi, tout en restant dans le droit, la valeur individuelle subjective de ces mêmes actes ».

### RUSSIE

La Russie des Soviets se fait de l'ordre public une représentation particulière qui est consacrée dans les art. 1<sup>er</sup>, 4 et 13 de la constitution de la République soviétique russe, du 10 juillet 1918, révisée le 11 mai 1925 et dans l'art. 3 CCsov. Voici la teneur de ces dispositions (trad. Pereterski, rapportée par Stoupnitsky, Rép., t. VII, « DIP soviétique », p. 110/11, n° 136 à n° 138) :

art. 1<sup>er</sup> : « Le problème fondamental de la constitution de la République fédérative socialiste soviétiste russe consiste dans l'établissement de la dictature du prolétariat des villes et des villages et des paysans pauvres, sous forme d'une puissante autorité soviétique panrusse, aux fins d'écraser complètement la bourgeoisie, de détruire l'exploitation de l'homme par l'homme et d'instaurer le socialisme où il n'existerait ni division par classe, ni autorité d'Etat. »

art. 4 : « Aux fins de garantir pour les travailleurs une véritable liberté de conscience, les Eglises sont séparées de l'Etat et l'Ecole

---

108) « Las leyes extranjeran no seran aplicables :

1) Cuando su aplicacion se oponga al derecho publico o criminal de la Republica, a la religion del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres.

2) Cuando su aplicacion fuere incompatible con el espiritu de la legislacion de esteCodigo.

3) Cuando fueren de mero privilegio.

4) Cuando las leyes de esteCodigo, en colision con las leyes extranjeran fueren mas favorables a la validez de los actos. »

de l'Eglise, et la liberté de propagande religieuse et antireligieuse est reconnue pour tous les citoyens. »

art. 13: « La République fédérative socialiste soviétique russe reconnaissant l'égalité des droits pour les citoyens, indépendamment de leur race ou de leur nationalité, déclare contraire aux lois fondamentales de la République, l'établissement ou l'autorisation de privilèges ou de prérogatives, quels qu'ils soient, sur cette base, ainsi que toute oppression des minorités nationales ou toute limitation de leurs droits. »

art. 3: « Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique. »

L'application d'une loi étrangère n'est pas autorisée en Russie dans tous les cas où cette application contrevient à la lettre ou à l'esprit des textes ci-dessus. En d'autres termes, l'application d'une loi étrangère, dans l'état actuel des choses, est pratiquement hors de question. Voir encore Makarov (op. cit.) et l'étude précitée de Stoupnitsky, ainsi que les auteurs y cités.

#### CITE DU VATICAN

La cité du Vatican a adopté, en ce qui concerne les matières pour lesquelles il n'existe pas encore de texte vaticane, les lois italiennes antérieures à la loi vaticane du 7 juin 1929, sur les sources du droit. l'art. 12 disp. prélim. CCit. a donc été naturalisé vaticane; mais il a été complété par l'art. 3 de la loi vaticane précitée, du 7 juin 1929, qui, comme le constate Niboyet, fait la « réserve constante que les lois et règlements ne doivent pas être contraires aux préceptes du droit divin, aux principes généraux du droit canonique, non plus qu'aux normes du traité (du Latran, avec l'Italie) et du Concordat. » D'autre part l'art. 941, § 3, 2<sup>e</sup> al., Cpc italien est resté également en vigueur dans le nouvel Etat.

Voir Niboyet (Rép., t. VII, « DIP de la Cité du Vatican », p. 287, n° 4 et n° 5 et p. 291, n° 42 et n° 43).

Un certain nombre de pays n'ont pas jugé nécessaire d'introduire dans leur législation une disposition générale sur la réserve d'ordre public. Tels est, p. ex., le cas de l'Angleterre, des Etats-Unis d'Amérique, des Pays-Bas, de la Suède et de la Suisse. Cette notion n'en est pas moins reconnue dans ces Etats; elle y fait l'objet d'études doctrinales et se trouve consacrée par une nombreuse jurisprudence.

#### SUISSE

L'avant-projet de CCS élaboré par le Dép. féd. just. et pol. contenait un art. qui a été abandonné par la suite et qui était de la teneur suivante:

Tit. fin., chap. 1<sup>er</sup>, art. V, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> al.: « Le juge est tenu d'appliquer strictement les règles du droit civil suisse qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. »

« Les formes qui sont d'ordre public aux termes de la loi suisse

ne pourront être remplacées par celles de la loi étrangère, même quand la matière de l'acte ne serait point régie par la législation suisse. »

Le 2<sup>e</sup> al. a pour but de détruire dans certains cas le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Lorsque cette règle revêt un caractère impératif absolu, nous verrons que ce n'est pas pour des raisons d'ordre public, mais pour des raisons de droit public. La différence est sensible. Nous y consacrons quelques lignes dans notre chapitre sur l'ordre public dans les diverses disciplines du droit.

Voir encore sur cet avant-projet, Marcusen (op. cit. supra, n. 34) et Barazetti (op. cit. supra, n. 34).

A défaut d'avoir une disposition de droit interne sur l'ordre public, la Suisse est liée avec quelques Etats étrangers par des traités ou conventions qui forment, *expressis verbis*, la réserve de l'ordre public.

1) Convention avec la France, du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile; art. 17 (refus d'exécution), 1<sup>er</sup> al., chif. 3: « . . . Si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée s'opposent à ce que la décision de la juridiction étrangère y reçoive son exécution. »

2) Traité avec l'Espagne, du 19 novembre 1896, sur l'exécution réciproque des jugements ou arrêts en matière civile ou commerciale; art. 6 (refus d'exécution), 1<sup>er</sup> al., chif. 3: « . . . Si les règles du droit public du pays où l'exécution est demandée, s'opposent à ce que la juridiction étrangère y reçoive son exécution. »

Cet art. est fort mal rédigé; en ne parlant que de droit public, il consacre la grave confusion entre le droit public et l'ordre public que nous étudierons dans notre chapitre sur l'ordre public dans les diverses disciplines du droit.

Sur ces deux traités, voir, en particulier, les ouvrages de Petitpierre et de Leresche, cités dans notre bibliographie.

3) Convention avec la Tchécoslovaquie, du 21 décembre 1926, relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires; art. 1<sup>er</sup> (conditions de reconnaissance), 1<sup>er</sup> al., chif. 2: « . . . que la reconnaissance de la décision ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public de l'Etat où la décision est invoquée. »

4) Convention avec l'Autriche, du 15 mars 1927, relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires; art. 1<sup>er</sup> (conditions de reconnaissance), 1<sup>er</sup> al., chif. 2: « . . . que la reconnaissance de la décision ne soit pas contraire à l'ordre public de l'Etat où cette décision est invoquée, en particulier que l'exception de chose jugée ne fasse pas obstacle à la reconnaissance d'après la loi de cet Etat. »

Cette disposition précise sur un point spécial la portée de l'ordre public: l'exception de chose jugée peut être invoquée d'ordre public. C'est de bonne doctrine et de jurisprudence constante; l'Etat d'exé-

cution ne saurait souffrir deux solutions, peut-être contraires, pour le même différend.

Sur ces deux conventions, voir, en particulier, l'ouvrage de Stauffer (op. cit. II).

5) Convention avec l'Allemagne, du 2 novembre 1929, relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitraires; art. 4 (refus de reconnaissance), 1<sup>er</sup> al.: «... lorsque la décision aurait pour résultat la réalisation d'un rapport de droit dont la validité ou la poursuite est défendue, sur le territoire de l'Etat où la décision est invoquée, pour des motifs tirés de l'ordre public ou des bonnes mœurs».

6) Convention (pas encore entrée en vigueur) avec l'Italie, du 3 janvier 1933, relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires; art. 1<sup>er</sup> (conditions de reconnaissance), 1<sup>er</sup> al., chif. 2: «... que la reconnaissance de la décision ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public de l'Etat où la décision est invoquée, en particulier que celle-ci ne soit pas en contradiction avec une décision déjà rendue sur la même contestation par une juridiction dudit Etat».

7) Convention internationale du 26 septembre 1927, pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères; art. 1<sup>er</sup> (conditions de reconnaissance ou d'exécution), 2<sup>e</sup> al., litt. e: «... que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée.»

Au sujet de ce texte, le message du CF à l'Ass. féd., du 28 août 1929, déclare très pertinemment: «Le texte ne fait aucune mention des sentences portant atteinte aux bonnes mœurs ou contredisant un jugement déjà rendu ou une jurisprudence bien établie, car on a estimé que la notion d'ordre public suffit pour justifier le refus d'exécution de pareilles sentences.»

Tels sont les textes qui contiennent, pour la Suisse, une clause générale d'ordre public.

Chaque canton possède, en outre, le droit de régler, à sa guise, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers qui ne sont pas visés par les traités ci-dessus. Les codes de procédure civile des cantons contiennent tous, à ce sujet, une disposition générale d'ordre public. Citons celle du canton de Neuchâtel qui nous touche de plus près:

Cpc, art. 505: «Sous réserve des dispositions de la Constitution fédérale et des traités, le tribunal cantonal statue librement sur la demande d'*exequatur*; il est toujours tenu de l'écarter dans les cas suivants:

a) . . . . .

b) si les règles du droit public ou les intérêts de l'ordre public du canton s'opposent à ce que le jugement y reçoive son exécution».

Pour les autres cantons, voir les ouvrages de Petitpierre et de Leresche, cités dans notre bibliographie.

## TITRE DEUXIEME

### EXPOSE ANALYTIQUE DE L'ORDRE PUBLIC

#### CHAPITRE PREMIER

##### LA NATURE DE L'ORDRE PUBLIC

L'ordre public ne représente pas, dans chaque législation, un principe unique. Il n'est pas possible d'ériger en règle une série de principes différents qui sont le fondement même du droit. Ces principes sont divers dans leur essence et dans le mode de leurs manifestations. Peut-être peuvent-ils avoir fortuitement certaines ressemblances dans quelques-uns de leurs effets, dans la façon dont ils se présentent, mais ces caractères communs ne nous autorisent pas à les réunir en un seul et même principe (109). Prenons deux exemples: l'ordre public interdit en Suisse le mariage de l'oncle avec sa nièce. Ce principe d'ordre public n'est pas le même que celui qui condamne le mariage du frère avec sa sœur. Dans les deux cas, il est question d'ordre public, mais les principes qui motivent une intervention de l'ordre public sont différents. En interdisant le mariage de l'oncle avec sa nièce, le législateur veut empêcher une union entre trop proches parents pour des raisons d'hygiène, de santé et de simple bienséance; la morale ne joue ici qu'un rôle secondaire. En empêchant le mariage du frère avec sa sœur, le législateur entend condamner l'inceste, crime abominable dans une société civilisée. Le principe moral prime tous les autres et l'hygiène, la santé et la simple bienséance passent au second plan.

La doctrine et la jurisprudence relatives à l'art. 54, 3<sup>e</sup> al. Const. féd., complété par l'art. 7 f., 1<sup>er</sup> al. LCES confirment cette différence de principe. Elles reconnaissent en effet comme valable le mariage de la première espèce célébré à l'étranger, à condition qu'il soit admis par la loi du lieu de célébration, mais ne reconnaissent en aucun cas le mariage de la seconde espèce célébré dans les mêmes con-

109) Dans le même sens, Simons (op. cit., p. 513): « On a dit avec raison que les obscurités de la matière sont en premier lieu dues à ce qu'on entend sous le terme d'ordre public, plusieurs idées qui n'ont pas entre elles de connexion logique ou juridique. »; et Bartin (« La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit des lois », Rec. Cours Acad. DI, t. XXXI, 1930/I, p. 561 à 621, en part., p. 612/13): « ... ces exceptions arbitrairement choisies et multipliées, qui ne trouvent leur explication et leur justification dans aucun principe commun à tous les Etats, dans aucun principe commun dans un même Etat aux différentes institutions que ces exceptions mettent en jeu. »

ditions (110). Le droit pénal intervient même pour réprimer cette union incestueuse (proj. CPS, art. 180).

Le courtage matrimonial ne peut donner lieu, en Suisse, à une action en paiement (art. 416 CO). Il s'agit de sauvegarder un principe moral. Le législateur réproouve le commerce rétribué des mariages et le monnayage de l'institution sociale la plus noble, sinon toujours la plus désintéressée. Mais, en soi, l'entremise de tierces personnes favorisant la célébration de mariages n'est pas condamnée par la loi, car il est parfaitement moral de chercher à unir deux personnes par mariage. Le jeu et le pari ne peuvent, d'autre part, donner lieu non plus en Suisse à une action en paiement (art. 35 Const. féd. et 512 ss. CO). Il s'agit aussi de sauvegarder un principe moral. Le législateur condamne ici l'institution même du jeu et du pari qui engendre plus de mal que de bien. La loi ne cherche pas à empêcher le mariage; mais elle cherche à empêcher le jeu. Deux condamnations morales différentes se présentent à nous sous le même vocable d'ordre public.

En parlant communément d'une notion d'ordre public, on recouvre d'un même terme diverses manifestations juridiques qui, toutes, découlant de principes différents, devraient porter des noms différents. Le terme d'ordre public est, certes, très commode, mais, plus qu'il ne définit les principes qu'il est censé exprimer, il fait naître dans l'esprit l'idée confuse d'une notion unique et nécessairement indéfinissable.

Il s'agit donc de bien qualifier les divers principes d'ordre public. Or la question des qualifications est une de celles qui suscitent en DIP les plus graves difficultés. « On ne saurait trop insister, dit Niboyet (Rép., t. X, « Qualifications », p. 370, n° 5), sur l'importance des questions de qualifications. En effet, on peut presque dire qu'il ne se pose pas une seule question en DIP, sans qu'une qualification se présente. »

---

110) Dans ce sens, Burckhardt (op. cit., ad. art. 54, p. 502, n. 1) et décision du dép. féd. de just. et pol. (FF, 1899, I, p. 401, n° 11). En sens contraire, Piller (op. cit., p. 37), Roguin (op. cit. I, p. 65/66) et Lehr (« D'un projet de réglementation internationale en matière de mariage », Cl., 1884, p. 49 à 56, en part., p. 52). Le fait que la Suisse reconnaît certains mariages intervenus à l'étranger qui, pour des raisons d'ordre public, ne pourraient être célébrés en Suisse, n'implique pas qu'elle reconnaisse tous les mariages contraires à l'ordre public suisse. En reconnaissant le mariage, en soi contraire à l'ordre public suisse, d'un oncle avec sa nièce, d'une tante avec son neveu, ressortissants suisses (Salis, op. cit. I, t. IV, n° 1566, p. 226) notre pays n'a pas entendu étendre l'abdicacion de l'ordre public aux mariages polygamiques ou incestueux. Nous nous trouvons en présence d'une simple variation du champ d'application de l'ordre public, selon que cette notion intervient à l'étranger ou en Suisse. Cette variation, explicable par les raisons exposées dans le texte, est de celles qui sont fréquentes en matière de droits acquis. Dans le même sens, voir Borum et Karster-Meyer (Rép., t. VI, « DIP du Danemark », p. 218, n° 37: « Le mariage des Danois à l'étranger, valable d'après les lois du lieu de la célébration est reconnu au Danemark, sauf cas de prohibition absolue, d'après les lois danoises (bigamie ou inceste). »

Pour Arminjon (op. cit. I, t. I, p. 205/06), « les règles de qualifications ne sont point des règles de rattachement, mais bien des règles constructives dont l'application exclusive est nécessaire à l'autonomie du système juridique dont elles émanent . . . Essentiellement distinctes des règles de rattachement, elles ne leur font point exception, elles les conditionnent, elles déterminent la nature juridique des êtres, des choses, des faits auxquels les règles de rattachement appliqueront la législation ou la juridiction qui leur convient le mieux ».

Or le problème de l'ordre public est étroitement lié à celui des qualifications (cf. Bartin, op. cit. I, p. 67) dont il partage, à ce titre, les incertitudes et l'obscurité.

Prenons un exemple. Aux termes du CCserbe, le mariage des Serbes orthodoxes n'est valable que s'il est célébré à l'église devant un pope orthodoxe. Aux termes du CCS, au contraire, le mariage ne peut être célébré, en Suisse, que devant un officier de l'état civil. Deux Serbes orthodoxes se marient en Suisse devant l'officier de l'état civil. Seront-ils mariés? Oui, aux termes de la loi suisse, non aux termes de la loi serbe (111). Nous considérons la célébration civile comme une condition de forme qui s'impose d'ordre public. La Serbie, au contraire, considère la célébration religieuse comme une condition de fond qui est d'ordre public. Il y a conflit de qualifications.

Selon donc qu'il y a union civile ou religieuse, l'institution juridique ainsi qualifiée permettra de poser la question de l'ordre public. La divergence des qualifications doit sa naissance aux diverses conceptions qui sont à la base des droits internes et non pas à la base de ces droits de superposition que forment les règles de conflit propres à chaque Etat (cf. Niboyet, Rép., t. X, « Qualifications », p. 371, n° 10).

Pour Melchior (op. cit., § 81, p. 118/19), la condition d'une qualification exacte est la recherche et la fixation (« Untersuchung und Feststellung ») du contenu du droit étranger. Le contenu de ce droit doit se déterminer pour le DIP d'un pays donné, suisse, p. ex., selon le droit interne de ce pays, suisse, p. ex. Mais cela ne peut signifier que le DIP suisse ne puisse avoir en vue que les règles et les institutions du droit étranger ayant le même contenu que celles du droit suisse, désignées sous le même nom ou auxquelles il attribue le même caractère juridique. Une pareille exigence rendrait le DIP suisse sans objet. Il suffit que ces règles et ces institutions aient un contenu semblable et parent à celles du droit suisse. Sans doute de légères différences de contenu sont inévitables, elles demeurent sans influence sur le jeu des qualifications. C'est au juge qu'il incombe d'apprécier ce point délicat. De trop fortes divergences empêcheraient de qualifier rigoureusement les institutions étrangères et, par-

---

111) La cour cass. de Belgrade a admis cependant, dans un arrêt du 24 juin 1930 (cité dans notre titre deuxième, chapitre quatrième, *in fine*), la validité des mariages célébrés à l'étranger, entre Serbes orthodoxes, conformément à la règle *locus regit actum*.

tant, de les soumettre aux règles du DIP suisse régissant la partie spéciale du droit (mariage, divorce, régimes matrimoniaux, successions, etc.) dont ces institutions devraient relever, si elles étaient rationnellement qualifiables. Dès lors, faute de règles de conflit qui pourraient les viser, ces institutions ne seront ni appliquées, ni reconnues (112).

Ainsi font les juges et les doctrinaires anglais dans la question du mariage. Ils n'appellent mariage que les unions fondées sur des principes chrétiens (113). Aussi n'hésitent-ils pas à déclarer irrecevables les actions judiciaires fondées sur la validité prétendue de « mariages contractés à l'étranger sous l'empire d'une loi autorisant la polygamie » (114). De même, la cour suprême de Hongrie a maintenu, dans une jurisprudence constante, que le mariage soviétique ne pouvait être qualifié de mariage, selon la conception hongroise du droit (115). Il serait facile de citer de nombreux exemples encore, que le lecteur trouvera, notamment, dans Melchior (op. cit., § 81, p. 118 et 119). Cet auteur (op. cit., §§ 50 à 53, p. 76 à 80) assimile, en outre, les cas soulevés par l'existence, dans certains pays étrangers, de lois à caractère politique, à ceux étudiés ici (voir, à ce sujet, notre chapitre sur les mesures d'ordre politique).

Dans tous les cas précités, la solution donnée aux problèmes soulevés par le conflit des qualifications ne doit cependant pas, selon la doctrine de Melchior, être confondue avec la solution dite d'ordre public. Il s'agit de deux questions fort différentes.

Le problème des qualifications consiste à rechercher s'il est

---

112) Melchior (op. cit., § 83, p. 123) résume ainsi sa pensée: « Wir müssen versuchen, den fremden Rechtsstoff in den Schubfächern unseres Systems unterzubringen. Diese Schubfächer sind etwas geräumiger, als für die Unterbringung unseres eigenen Rechtsstoffes erforderlich ist. Soweit der fremde Rechtsstoff trotzdem nicht in eines unserer Schubfächer hineinpasst, können wir nicht qualifizieren. Das bedeutet, wir haben dann keine Kollisionsnorm. »

113) Voir, à ce sujet, l'arrêt récent de la Court of Appeal (Times Law Reports, t. XLVI, p. 444, du 15 mai 1930, aff. Nachimson): « A voluntary union of one man and one woman to the exclusion of all others, which is by them indissoluble except by death, is a valid marriage according to the English law ». Dans le même sens, Westlake (op. cit., § 34, p. 68/69); Dicey-Keith (op. cit., p. 289, n° 4 et p. 511); Foote (op. cit., p. 130); Nelson (op. cit., p. 88); Burge (op. cit., t. III, p. 257); au Canada, Lafleur (op. cit., p. 62 à 66); aux Etats-Unis, Minor (op. cit., § 77); Philonenko (Cl., 1928, p. 1275 à 1283); et les nombreux arrêts cités par ces auteurs.

114) Pour Melchior (op. cit., § 104, p. 150), il ne peut y avoir de doute: « Die Gründe der Entscheidung (Melchior cite un arrêt anglais conforme à celui que nous avons indiqué sous n. 113) sprechen m. E. mit vorzüglicher Klarheit aus, was das Wesen der Qualifikationsfrage ist und wie man bei ihrer Lösung zu verfahren hat. » Dicey-Keith (op. cit., p. 290) fait d'ailleurs observer que jamais les cours anglaises n'ont prononcé l'inexistence absolue en Angleterre de ces mariages, valablement contractés selon la loi étrangère.

115) Voir, dans ce sens, Melchior (op. cit., §§ 77 et 104, p. 108 et 150) et, en outre, l'arrêt de la cour suprême de Hongrie, du 23 février 1926 (Cl., 1929, p. 1202; Ostrecht, 1927, p. 620; Zeit. f. ausl. und IPR, 1931, p. 788).

possible de qualifier, par conséquent de soumettre au DIP, un rapport de droit ou une institution juridique, relevant de lois étrangères données et d'appliquer à ce rapport de droit ou à cette institution juridique une règle de conflit déterminée. Même si ce point est tranché négativement, il ne s'ensuit pas que certaines questions particulières, que peut, le cas échéant, poser plus ou moins directement l'existence du rapport de droit ou de l'institution juridique non qualifiables, ne puissent pas être qualifiées, partant être soumises au DIP, et résolues, conformément aux règles de conflit entrant en ligne de compte pour ces questions-là.

L'intervention de l'ordre public, au contraire, a pour conséquence, dans le champ même d'application du DIP, de soustraire à l'empire exclusif de la loi étrangère compétente, pour les soumettre à l'empire exclusif de la loi du for, le rapport de droit ou l'institution juridique ainsi que les questions plus ou moins directement posées par l'existence de ce rapport de droit ou de cette institution juridique (116). Dans le premier cas, l'action judiciaire fondée sur le droit étranger est irrecevable, dans le second cas, elle est mal fondée.

La théorie de Melchior ne manque pas d'attrait. Elle nous permet de mieux comprendre certaines solutions juridiques qui, fondées sur l'ordre public, ne paraissent guère satisfaisantes. Nous le verrons, en particulier, en étudiant les questions posées par l'existence, dans certains Etats, de lois dites de nature politique. Mais la doctrine de notre auteur est souvent trop subtile et nous ne saisissons guère, dans certaines espèces envisagées, comme celle du mariage anglais ou celle de la n. 116, la différence qu'il peut y avoir, — et à supposer qu'il y en ait une, si elle se justifie —, entre la solution à laquelle il aboutit par la voie des qualifications et celle à laquelle il serait amené par le chemin de l'ordre public (117). En réalité, nous le répétons, les deux notions de qualification et d'ordre public sont

---

116) Melchior (*op. cit.*, § 88, p. 127) montre la différence qu'il y a entre l'impossibilité d'une qualification, conforme à la *lex fori*, et l'ordre public, au moyen de l'exemple suivant: « Angenommen, wir könnten die Sowjetehe in Deutschland nicht als Ehe betrachten, dann wäre trotzdem die russische Vorschrift über den Unterhaltsanspruch des « Ehemannes » gegen die « Ehefrau » vermutlich anzuwenden, wenn nicht nur der Ehemann, sondern auch die Ehefrau die russische Staatsangehörigkeit besitzt. Das würde sich dann nicht aus der speziellen deutschen Kollisionsnorm ergeben, die für die persönlichen Rechtsverhältnisse der Ehegatten das Heimatrecht des Mannes für massgebend erklärt, sondern aus dem Grundsatz, dass auf persönliche Verhältnisse überhaupt das Personalstatut der Beteiligten anwendbar ist. Auf das Vorliegen einer Ehe würde es insoweit gar nicht ankommen. Wenn wir aber auf Grund der Vorbehaltsklausel die Anerkennung einer Sowjetehe ablehnen würden, so könnten unsere Gerichte auch nicht Unterhaltsansprüche aus solchen Beziehungen zwischen Mann und Frau zusprechen. »

117) Ainsi, Colombos (« La conception du DIP d'après la doctrine et la pratique britanniques », *Rec. Cours Acad. DI*, t. XXXVI, 1931/II, p. 1 à 76) n'hésite pas à mettre la jurisprudence anglaise concernant le mariage dit polygamique sous la protection de l'ordre public.

à tel point dépendantes l'une de l'autre que nous ne pouvons guère les dissocier. Ainsi, dit Bartin (op. cit. I, Préface, p. III), « lorsque un pays fait prévaloir sur les règles de conflit qu'il considère comme siennes les dispositions de sa propre législation interne, des règles identiques de conflit (les conditions de fond du mariage sont déterminées par la loi nationale, p. ex.) peuvent se trouver déformées et modifiées, de deux façons différentes, dans deux pays différents, par deux conceptions différentes des nécessités de l'ordre public. La théorie de l'ordre public se relie ainsi, grâce aux conclusions générales qu'on en peut tirer, à la théorie des qualifications. Dès lors (Bartin, op. cit. I, p. 67), la qualification donnée à un rapport de droit intervient préalablement pour entraîner, le cas échéant, l'application d'une disposition d'ordre public de la même loi ». Car l'ordre public pose le problème des qualifications non plus seulement sur le terrain juridique, mais, en outre, sur le terrain moral et social. Il s'agit d'apprécier et de qualifier la valeur des lois en conflit.

Ce jugement de valeur, cette qualification dite de l'ordre public, n'intervient pas dès le début, mais plus tard, lorsque sont déjà connues les règles des droits internes en conflit.

Il est facile de citer des cas où les trois opérations, de qualification juridique, de détermination de la loi abstraitement compétente aux termes des règles de DIP, et de qualification sociale ou morale, opérations qui ont lieu dans tous les cas de conflit, se montrent nettement. Le tribunal d'Empire allemand (RGE, t. VII, p. 23, du 4 janvier 1882) avait à juger de la prescription d'une créance. La créance était soumise au droit américain de l'Etat de Tennessee. En vertu de ce droit, la prescription était non de droit matériel, mais de droit de procédure: conflit juridique de qualification. Le juge allemand qualifia la prescription d'institution juridique de droit matériel et comme le droit matériel américain, compétent selon le DIP allemand, ne la connaissait pas, le juge admit l'imprescriptibilité de la créance. Cette décision est erronée, car l'imprescriptibilité découlant du droit étranger devait poser, pour le juge allemand, la question de la qualification morale et sociale de cette institution, en d'autres termes, la loi allemande aurait dû s'appliquer au nom de l'ordre public. Aujourd'hui, les tribunaux allemands donneraient, sans doute, cette solution, en conformité de l'arrêt rendu, le 19 décembre 1922, par le Tribunal d'Empire (RGE, t. CVI, n° 22, p. 82), où l'art. 149 LP suisse instituant l'imprescriptibilité des créances ayant conduit à un acte de défaut de biens, fut déclaré inapplicable en Allemagne.

Prenons un autre exemple. Les suites du divorce sont réglées en Suisse d'après le droit suisse (LCES, art. 7 g, 2° al.; 7 h, 3° al.; ATF, t. XLIV, II, n° 81, p. 453, du 27 novembre 1918, aff. de Uribarren; t. XLI, II, n° 40, p. 323, du 19 mai 1915, aff. Conrad; t. XL, II, n° 54, p. 305, du 28 mai 1914, aff. Colla). Doit-on admettre que l'art. 154 CCS, visant la liquidation des biens matrimoniaux (eheliches Vermögen) en cas de divorce, se rattache au droit du divorce ou, au contraire, au droit des régimes matrimoniaux? Dans le premier cas,

le juge appliquera la *lex fori*, dans le second cas, la loi du premier domicile conjugal. Les avis sont très partagés à ce sujet et, bien que le TF, dans les espèces ci-dessus rapportées, consacre la première opinion, Reichel (op. cit. au début de notre titre deuxième, chapitre septième, ad art. 59 - 7 h, rem. 7 et ad art. 59 - 7g, rem. 1) et la cour d'appel de l'Argovie (arrêt du 7 avril 1916, Rev. suis. jur., t. XII 1915/16, p. 108, n° 87) admettent la seconde manière de voir. Si l'on est d'accord avec le TF, on ne poussera pas plus avant les recherches. C'est la première qualification, faisant de l'art. 154 une des suites du divorce, qui déterminera l'application de la *lex fori* (loi suisse). Si l'on se rallie à l'idée de Reichel et des juges argoviens, on appliquera la loi étrangère dont la compétence est donnée par l'art. 19 ou l'art. 31 LCES. Cette loi pourra être écartée, à son tour, par la loi suisse si la qualification morale ou sociale des lois en conflit exige l'application de cette dernière loi.

Pour empêcher l'arbitraire des qualifications morales et sociales, c'est-à-dire des jugements de valeur, le législateur devrait normalement intervenir et établir dans la loi des normes techniques précises. Car, dit Burckhardt (« L'Etat et le droit », Zeit. f. schw. R., n. s., t. L/1931, p. 137a à 218a, en part., p. 150a), « la loi remplit d'autant mieux son rôle, qui est de décider une fois pour toutes ce qui est juste, qu'elle évite, elle-même, plus rigoureusement les notions de valeur qui font toujours appel à des jugements de valeur de la part de l'autorité chargée d'appliquer la loi ». Or (eod. loc., p. 152a) « la loi réussira à limiter l'arbitraire de l'administration dans la mesure précise où elle répondra, en termes techniques, aux questions de valeur que le problème législatif lui pose. Si le législateur craint que l'autorité administrative n'abuse de sa compétence, il faut qu'il réponde lui-même à toutes les questions et ne laisse à l'administration aucun jugement de valeur à porter ».

Mais force est bien de reconnaître qu'il est impossible de préciser, dans la plupart des cas, la notion d'ordre public en termes techniques. « Le législateur, dit Lainé (op. cit. II, p. 356), n'y parviendrait pas sans commettre des omissions ou des erreurs qui, provenant de lui, seraient pour longtemps définitives. Et, quand même il y parviendrait, ce serait vainement qu'il aurait accompli cette lourde tâche. A peine achevé, l'édifice menacerait ruine. En effet, le caractère, pour certaines lois d'un pays d'être d'ordre public et par conséquent de faire obstacle aux lois étrangères qui les contredisent, tient à l'esprit général qui, dans ce pays, prédomine au point de vue religieux, moral ou économique, c'est-à-dire à une cause essentiellement contingente et variable . . . Ainsi, l'œuvre que l'on demande au législateur serait exposée soit à n'avoir qu'une existence éphémère, soit, si elle durait, à perdre sa raison d'être et, en devenant arbitraire, à devenir nuisible. C'est donc au juge que doit être confiée la mission de discerner parmi les lois celles qui sont de nature à faire écarter l'application des lois étrangères (118).

118) Dans le même sens, Burckhardt (eod. loc., p. 151a): « Le législateur fera souvent mieux de ne pas préciser ce qui ne lui est pas encore nettement reconnaissable pour ne pas poser des critères précis peul-

Selon quelles normes le magistrat procédera-t-il à la qualification morale et sociale des lois en conflit? Chaque disposition de droit interne a, en elle, une valeur sociale ou morale plus ou moins grande qu'en empruntant un terme à la physique moderne, on pourrait appeler un certain quantum moral et social. Ce quantum n'est mesurable que par comparaison. Or le juge ne peut procéder ici autrement qu'en matière de qualification juridique. Pour apprécier la valeur des lois étrangères, il est obligé de s'en tenir aux idées et aux conceptions qui ont cours dans son pays. Ce n'est pas une morale ou un ordre social quelconques qui doivent inspirer ses jugements, mais ceux du pays qui l'a commis à dire le droit, c'est-à-dire ce qui est juste et équitable (119). De même que dans le domaine des qualifications, c'est la *lex fori* (sauf peut-être, dans certains cas, la *lex rei sitae* ou telle autre loi) qui seule fournit la qualification (120),

être, mais faux; il fera mieux, dans ce cas, d'abandonner cette tâche à l'autorité judiciaire ou administrative, chargée d'appliquer la loi. » et Fuld (« L'application du droit étranger d'après le BGB », *Dar.-Lapr.*, 1907, p. 138 à 144, en part., p. 139) : « La discussion juridique abstraite ne peut donner que des indications plus ou moins exactes, mais elle ne pourra jamais établir des règles abstraites et quand même obligatoires une fois pour toutes, tenant compte des formes multiples de la vie. »

119) Presque tous les autres auteurs sont d'accord sur ce point. Cependant, certains doctrinaires n'hésitent pas à vouloir juger la valeur morale et sociale d'une règle de droit étrangère en se fondant sur une morale prétendument universelle. Dans ce sens, Delsol (*Rev. crit.*, 1868, p. 489 et 490) : « Il faut, selon nous, ne tenir compte que des notions en quelque sorte universelles, admises par tous les peuples civilisés en fait de morale et d'ordre public, et ne pas se préoccuper de la réglementation toujours plus ou moins arbitraire que chaque peuple donne chez lui à l'ordre social. »; Hölder (« Die subsidiäre Geltung der *lex fori* ». *NZ*, t. XIX/1909, p. 198 à 213, en part., p. 203) : « ... so sind damit solche Sitten gemeint, deren Inhalt nach den unser Recht beherrschenden sittlichen Anschauungen nicht nur für unser Volk oder Land, sondern für alle Menschen rechtliche Geltung zu haben verdient. »; Meili (« Die Doctrin des IPR », *NZ*, t. 1/1890/91, p. 1 à 23 et p. 135 à 170, en part., p. 169) : « Diejenigen Rechtsgeschäfte sind im internationalen Verkehr nicht zu schützen, welche entweder dem Völkerrechte oder den guten im internationalen Privatrechtsleben geltenden Sitten widersprechen. »; Laurent (*op. cit.*, t. II, p. 362, 377/78 et t. V, p. 274 ss.); Despagnet (*op. cit.* II, p. 18/19). Kulig (*op. cit.*, p. 34) réplique à juste titre : « Würde man das auch tun, würde man noch, nachdem diese Rücksicht auf die anderen zivilisierten Nationen, zwischen denen eine gewisse Uebereinstimmung in der Anschauung über Sittlichkeit und Unsittlichkeit herrscht, geübt worden ist, einen Rest von » sogenannten nationalguten » Sitten übrig haben, die wir nicht für andere Menschen, sondern für unser Volk als » gute » oder » dienliche » anerkennen. », et l'auteur de conclure : « Was als Verstoß gegen die guten Sitten im konkreten Fall für Inländer angesehen wird, das bleibt auch ein Verstoß gegen die guten Sitten in demselben konkreten Fall für die Ausländer — natürlich wenn auch die notwendige Beziehung zum Inlande gegeben ist. »

120) Voir à ce sujet, *Bartin* (*op. cit.* I, p. 13 à 24); *Niboyet* (*Rép.*, t. X, « Qualifications », p. 371 à 373, n<sup>os</sup> 11 à 21); *Arminjon* (*op. cit.* I, t. 1, p. 134/35, n<sup>o</sup> 61); *Donnedien de Vabres* (« De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de lois », *Cl.*, 1905, p. 1231 à 1244); *Sausser-Hall* (*op. cit.*, p. 285 a et bibliographie y citée).

ainsi, en matière de qualification morale et sociale, c'est la législation du for qui peut seule donner cette qualification.

Notre conception de l'ordre public est, nous en convenons, fortement entachée d'opportunisme. Sans doute pourrions-nous tenter de fonder philosophiquement cette notion déconcertante. Mais quelles que soient les idées que nous défendrions, nous n'aurions pas l'illusion de les croire indiscutables. A notre tour, nous construirions un système qui, même nouveau, ne pourrait être accepté que par un acte de foi aux vérités que nous estimerions premières. C'est pourquoi, prenant le parti le plus sage, nous nous sommes attaché à dégager, dans la mesure du possible, le sujet qui nous occupe, des disputes d'écoles ou de chapelles. Notre solution, d'ailleurs, ne peut découler aussi que d'une philosophie, ayant un caractère relatif et utilitaire. Car, en cette matière, l'esprit ne peut pas ignorer la spéculation philosophique. Tout y rappelle les mots d'Aristote: « S'il faut philosopher, philosophons et même s'il ne faut pas philosopher, philosophons; de toute façon, il faut philosopher ».

Le juge recherchera donc l'*ultima ratio* de la législation du for et la comparera à celle de la législation étrangère abstraitement compétente, aux termes des règles de conflit. Jugeant avec équité et bon sens, il ne donnera la préférence à la loi du for que si le principe social et moral, qu'elle incarne, ne pouvait être méconnu ou transgressé sans ébranler l'Etat ou blesser gravement la conscience populaire. En cas de doute, il se prononcera en faveur de la loi étrangère. Donnons-en un exemple qui montre, en même temps, que la notion de l'ordre public varie dans les cas qui paraissent se ressembler pourtant fortement.

L'art. 54, 2<sup>e</sup> al., Const. féd., n'admet aucun empêchement au mariage basé sur des motifs confessionnels. Certaines législations musulmanes prévoient (121), comme empêchement dirimant au mariage la parenté du lait. Ne peuvent contracter mariage, la nourrice avec son nourrisson ou les frères et sœurs de lait entre eux. Le Coran interdit de tels mariages. Nul doute donc qu'il ne s'agisse là d'un principe de nature religieuse; mais, à côté de ce principe, la loi musulmane consacre un principe plus général d'hygiène physique et morale. La parenté du lait unit les individus d'un lien analogue, encore que moins étendu, à celui de la parenté du sang. Pourquoi le sang, et non le lait, aurait-il seul qualité pour créer des empêchements dirimants? Il est indéniable qu'il existe une certaine parenté entre frère et sœur de lait. L'empêchement au mariage n'est donc pas contraire au droit suisse (art. 54, 2<sup>e</sup> al., Const. féd.) et sera respecté (122).

---

121) Tel était encore le cas du COTurc, du 4 avril 1926, en son art. 92, chif. 1. Sur l'avis de Sauser-Hall, alors conseiller-légiste du gouvernement, la disposition fut abrogée par des errata ajoutés à l'art. 544 COTure, le 8 mai 1926.

122) Voir, dans un sens analogue, un article fort intéressant de Travers (« La protection de la race dans les rapports internationaux », Cl., 1913, p. 795 à 812 et 1130 à 1137).

Le droit roumain, en revanche (art. 145 CCroumain, du 26 novembre 1884, modifié par la loi du 15 mars 1906), interdit la célébration du mariage entre personnes parentes en vertu du saint-baptême, c'est-à-dire entre le parrain et sa filleule ou entre la marraine et son filleul. Cette disposition se retrouve dans le droit de la Pologne du Congrès (loi sur le mariage, du 16 mars 1836, art. 32 et 33). Nul doute qu'il ne s'agisse uniquement ici d'un empêchement de droit canonique. Ni l'hygiène, ni le bien-être général ne sont sauvegardés par cette disposition que la Suisse, en conformité du principe inscrit à l'art. 54, 2<sup>e</sup> al., Const. féd., refusera dès lors d'appliquer (123).

Lorsque le juge a constaté que la loi étrangère n'est pas moralement et socialement qualifiée pour régir le rapport de droit qui, abstraction, est soumis à cette loi, il fera application de la loi du for. Un certain « rattachement » du rapport de droit au for est nécessaire, mais il va de soi que le juge appelé à résoudre une question de droit ne peut, au fond, que la considérer comme toujours « rattachée » au for. L'ordre public devient, à ce moment-là, règle de conflit absolue; elle prime toutes les autres, car elle n'est plus abstraction déterminée par le législateur, la doctrine ou la jurisprudence, mais elle représente, émergeant dans le système du DIP, construit *a priori*, l'essence même du droit interne. Il n'est pas possible de concevoir l'application d'une autre loi que celle du for, puisque c'est l'esprit de cette loi qui inspire la qualification morale et sociale, le jugement de valeur du magistrat, dans l'examen qu'il fait de la loi étrangère (124).

---

123) Conformément aux Actes de la Conférence de La Haye, sur la convention internationale relative au mariage, Spivak (« Die Ungültigkeit der Ehe nach dem IPR der Schweiz mit Berücksichtigung der Haager Eheschlusskonvention », thèse de Zurich, 1928, p. 60) soutient que la *cognatio spiritualis*, du droit roumain, ne constitue pas un empêchement à mariage d'ordre religieux. Cette opinion a de quoi surprendre.

124) Se fondant sur l'arrêt du Tribunal d'Empire (cité supra), Nussbaum (op. cit., § 10, p. 69) prétend que l'intervention de l'ordre public ne se manifeste pas obligatoirement par l'application de la *lex fori*. Selon cet auteur, le juge allemand, prononçant que l'imprescriptibilité suisse de l'acte de défaut de biens (art. 149 LP) est contraire à l'ordre public, doit recourir aux règles générales du droit suisse sur la prescription extinctive. Plutôt que de déclarer compétente la disposition entrant en ligne de compte dans le droit allemand, il comblera la prétendue lacune du droit suisse en appliquant la plus longue des prescriptions connues de ce droit (30 ans). Cette opinion est fort contestable. Le magistrat allemand n'a pas vocation de corriger les lois étrangères. Lorsqu'il estime ces lois contraires à l'ordre public, il ne peut les interpréter ou les compléter à sa guise. La faculté laissée au juge suisse par l'art. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> al. CCS (cités supra n. 2) ne peut être reconnue au magistrat étranger que dans les cas d'application du droit suisse où il y a vraiment, au sens de ce droit, une lacune de la loi. Or l'imprescriptibilité de l'acte de défaut de biens ne constitue une lacune de la loi, ni aux yeux du législateur, ni à ceux des doctrinaires et des magistrats helvétiques. Dès lors, le juge allemand ne peut pour s'opposer, d'ordre public, à l'application de la loi suisse (art. 149 LP) que recourir à la loi allemande, *lex fori*, seule compétente.

L'ordre public, nous l'avons déjà vu, est une notion exceptionnelle qui peut avoir des effets tantôt permissifs, tantôt prohibitifs. Certains auteurs (125) ont prétendu que l'ordre public est exceptionnel en ce sens que les lois d'ordre public ne trouvent application que dans de rares cas, mais non pas en ce sens que ces lois sont de compétence uniquement exceptionnelle; car, à les croire, il existe des lois d'ordre public de compétence normale. « Chaque système juridique, dit Makarov (op. cit., p. 510), contient des institutions qui n'admettent point une intervention des lois étrangères; les dispositions réglant ces institutions s'appliquent à cause de leur propre teneur, indépendamment de la teneur d'une loi étrangère quelconque (« absolute Vorbehalte » de Frankenstein). D'autre part, chaque système juridique contient des règles qui n'excluent aucunement l'application des lois étrangères, pour autant que la loi étrangère compétente selon le DIP ne doit pas être, dans chaque cas particulier, rejetée à cause de sa teneur (« relative Vorbehalte » de Frankenstein). Les dispositions d'ordre public absolu sont d'une compétence normale, les dispositions d'ordre public relatif (126) sont d'une compétence exceptionnelle . . . Mais normalement les lois d'ordre public absolu ne trouvent application que dans de rares cas, tandis que les lois d'ordre public relatif ont un champ d'application incomparablement plus vaste. Ce n'est pas un paradoxe que de dire que les lois d'ordre public de compétence normale doivent être appliquées exceptionnellement, tandis que les lois d'ordre public de compétence exceptionnelle doivent être appliquées normalement. » Cette distinction entre lois d'ordre public absolu et lois d'ordre public relatif repose sur une erreur fondamentale. En réalité, les lois d'ordre public absolu, de compétence prétendument normale, ne relèvent pas de l'ordre public. Elles ressortissent tantôt au droit public, tantôt au droit administratif, tantôt au droit pénal, tantôt encore aux droits de procédure civile ou pénale, dont la territorialité est normale (cf. notre chapitre spécial sur l'ordre public dans les diverses disciplines du droit). Les exemples cités par Frankenstein sont typiques à cet

---

L'opinion insoutenable de Nussbaum est aussi défendue par Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 231 ss.).

Inversément, le juge suisse ne saurait, comme le veut Beck (op. cit., p. 83, n° 93), se fonder sur les dispositions de l'art. 1<sup>er</sup> CCS pour corriger, au moyen de la législation étrangère elle-même, les prétendues lacunes du droit étranger qui résulteraient uniquement du fait que ledit juge n'a pas voulu appliquer ce droit pour des raisons d'ordre public. L'art. précité du CCS ne permet pas de déceler des lacunes à combler là où, dans l'esprit du législateur étranger, il n'y en a pas. Cette solution doit être adoptée, même lorsque la loi étrangère connaîtrait, en ce qui concerne les lacunes à la loi, une disposition analogue (cf. CCTurc, art. 1<sup>er</sup>) à celle de la loi suisse.

125) Voir, notamment, Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 192 ss.) et Makarov (op. cit., p. 510 à 511). Pour le surplus, nous renvoyons le lecteur à notre exposé des doctrines de Pillet et de Frankenstein.

126) Ces termes d'ordre public absolu et d'ordre public relatif doivent être compris dans le sens que nous leur avons donné en étudiant, en particulier, la doctrine de Despagnet.

égard. Dès lors, ainsi que nous l'avons vu en étudiant la doctrine de Fillet, l'ordre public proprement dit ne peut être que de compétence exceptionnelle. Dans tout système juridique, il n'existe pas, comme on l'a longtemps admis (cf., notamment, ATF, t. XLI, II, n° 17, p. 141, du 25 février 1915, aff. Hildebrand c. Schoop et t. XL, II n° 42, p. 233, du 21 mars 1914, aff. Hackerbräu de Munich S. A. c. Bauer), de règles de droit s'imposant *a priori*, en vertu de l'ordre public, au sens propre de ce terme, dans tous les cas où ces règles de droit entrent en conflit avec une loi étrangère. La notion de l'ordre public intervient, selon les besoins, pour conférer à telle ou telle règle de droit du for, exprimée ou non dans une disposition légale, la prépondérance sur telle ou telle règle de droit étrangère. En d'autres termes, il n'existe pas de loi d'ordre public proprement dit (cf. Lerebours Pigeonnière, op. cit. II, p. 282, n° 268 et p. 289, n° 271, ainsi que Caleb, op. cit., p. 68), mais une notion d'ordre public qui intervient, selon les espèces, en fonction de la teneur des lois étrangères (cf., dans un sens analogue, ATF, t. XXXVIII, II, n° 112, p. 731, du 12 juillet 1912, aff. Leussen c. Weingärtner). Beck (op. cit., p. 76/77, n° 76 à n° 78) donne à cet égard un exemple suggestif. L'art. 351 CO dispose que tout contrat de travail conclu pour la vie de l'une des parties ou pour plus de dix ans peut être résilié par l'employé, après dix années et sans indemnité. Cette disposition pourrait être considérée comme étant d'ordre public en soi, et s'imposer d'emblée en cas de conflit de lois. Il n'en est rien cependant. Elle s'effacera, p. ex., devant le § 624 BGE fixant à cinq ans la durée maximum d'un contrat de travail qui ne contient aucune clause relative à sa résiliation ou qui, en contenant une, n'admet pas la résiliation après si peu d'années. La loi allemande peut être considérée, à bon droit, comme ayant une valeur sociale et morale plus forte que la loi suisse.

Si donc il n'existe pas de dispositions légales pouvant *a priori* prétendre à se voir toujours appliquées, d'ordre public, nombreuses sont, en revanche, celles qui ne pourront jamais faire échec aux lois étrangères. Leur valeur sociale ou morale est si faible que le juge peut carrément renoncer à leur attribuer, dans les espèces de DIP qui lui sont soumises, une valeur d'ordre public. La plupart des dispositions légales de ce genre peuvent être désignées d'emblée dans chaque législation. Pour les autres, il appartiendra aux autorités judiciaires ou administratives de le faire. C'est ainsi que le TF a déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser que certains articles du CCS ou du CO ne pouvaient avoir une valeur d'ordre public. Cette affirmation présente néanmoins le danger d'être fréquemment trop absolue et d'engager ainsi les magistrats dans une voie périlleuse et critiquable.

D'autre part, l'application de la loi étrangère ou de la loi du for, dépendant toujours d'un jugement de valeur, est susceptible de varier dans le temps et dans l'espace tout aussi bien que selon les espèces envisagées. Devant l'impossibilité de fixer des normes plus précises, il faut de toute nécessité faire confiance à la sagacité, au bon sens et à l'esprit logique du juge. Tous les classements tentés ne con-

tribuent guère à élucider la question. Nous n'en voulons pour preuve que les nombreux classements faits par les auteurs que nous avons étudiés et auxquels nous renvoyons.

En terminant, relevons encore qu'en tout cas l'application ou la non-application de l'ordre public ne peut dépendre que de considérations d'ordre social et moral. Certains auteurs ont prétendu que si l'ordre public servait à améliorer la situation des étrangers, le magistrat devait renoncer à l'appliquer (127). Cette opinion est imprécise et erronée. Elle est imprécise parce qu'elle n'indique pas ce qu'il faut entendre par « améliorer la situation des étrangers ». Est-ce toujours améliorer leur situation que de les autoriser, aux risques de leur créer les plus grands embarras juridiques, à contracter mariage, malgré les *impedimenta disparis cultus, disparis coloris* ou *impotentiae* de leur droit national? Elle est erronée parce qu'elle n'autoriserait jamais les effets permissifs de l'ordre public. Il est juste de limiter les cas d'intervention de l'ordre public ayant des effets permissifs, mais non pas de les exclure tous. Ainsi, un Etat pourra fort bien ne pas autoriser les étrangers à se prévaloir d'ordre public, et contrairement à la loi qui leur est normalement applicable, des dispositions de la *lex fori* sur le divorce ou la recherche en paternité, mais leur donner, en revanche, la faculté d'invoquer l'ordre public du for en matière de capacité civile ou de mariage. D'autres auteurs voudraient encore que les tribunaux recourussent à l'ordre public toutes les fois que la personne, la chose ou l'acte juridique, normalement soumis à un droit étranger, seraient « mieux traités » par ce droit que les personnes, les choses ou les actes juridiques relevant de la *lex fori* (cf. dans ce sens, le projet légal établi par Mommsen, cité dans notre titre premier, chapitre sixième). Cette opinion, que le TF semble d'abord avoir fait sienne, dans une certaine mesure (ATF, t. XLII, III, n° 58, p. 348, du 5 septembre 1916, aff. D<sup>e</sup> Parplies c. Zurich), puis a réfutée (ATF, t. LIII, III, n° 17, p. 89, du 24 mars 1927, aff. Pomarolli c. Furrer) par la raison — peu péremptoire, il est vrai — que « l'inégalité signalée trouve son fondement dans le principe de territorialité dominant en Suisse le DIP », est aussi dangereuse que vague. Elle est dangereuse, parce qu'elle ouvre, toute grande, la porte à un nationalisme juridique exagéré qui peut avoir pour effet d'amoindrir considérablement le DIP; elle est vague parce qu'il n'existe aucun critère permettant d'établir en quoi consiste le prétendu privilège ou le prétendu traitement meilleur découlant de la loi étrangère.

---

127) Dans ce sens, voir, notamment, Keidel (« Das internationale Eherecht nach dem BGB für das deutsche Reich und den Beschlüssen des Institut de droit international und des internationalen Kongresses im Haag », NZ, t. VII/1897, p. 228 à 244, en part., p. 238) et, plus près de notre thèse, Rigaud (« De l'action en déclaration de paternité intentée contre un Français par une mère étrangère pendant la minorité de son enfant né en France », Cl., 1918, p. 1048 à 1059, en part., p. 1053).

## CHAPITRE DEUXIEME

### L'ORDRE PUBLIC DANS LES DIVERSES DISCIPLINES DU DROIT

#### *Bibliographie spéciale*

DONNEDIEU DE VABRES, H. — I. et II. (Voir notre bibliographie générale).

— III. La communauté internationale en droit pénal et les limites que lui impose le particularisme des Etats, (Dar.-Lapr., 1924, p. 481

FEDOZZI, P. — De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXVII, 1929/II, p. 141 à 242).

Nous avons vu le rôle que joue l'exception de l'ordre public dans les conflits de lois civiles. Examinons le rôle de cette notion, en matière de droit constitutionnel, de droit public, de droit pénal, de procédure civile ou pénale et de droit international public. Presque tous les auteurs considèrent les dispositions de ces droits comme des dispositions d'ordre public ayant une portée strictement territoriale. Elles s'appliquent, disent-ils, à tous ceux qui se trouvent sur le territoire du for et elles ne peuvent jamais céder le pas aux lois étrangères. Pareil enseignement est erroné (128).

A côté du DIP, et pour les mêmes raisons que lui, existent un droit public international, un droit pénal international, qui, sur

---

128) Niboyet (« Les doubles impositions au point de vue juridique », Rec. Cours Acad. DI, t. XXXI, 1930/I, p. 1 à 106, en part., p. 49 et 50) observe judicieusement: « On a cru pendant longtemps, peut-être à cause du nom erroné qu'il porte, que le DIP se limitait à des conflits de lois privés. Or, c'est une idée absolument fautive. Le DIP n'est pas destiné seulement à résoudre des conflits de droit privé, mais des conflits en général, de droit privé ou public. Qu'on le veuille ou non, en DIP on est bien obligé de faire une place aux lois de droit public étrangères, de les appliquer et d'en résoudre les conflits. Les exemples ne sont pas difficiles à donner... Il n'est pas exact de dire que le DIP se limite au conflit des lois civiles ou commerciales. C'est la branche du droit qui s'occupe de tous les conflits de lois, d'institutions, d'autorités. » Dans ce sens encore, Beck (op. cit., p. 82, n° 90): « Nicht zu verwechseln mit dem ordre public sind die Rechtssätze des öffentlichen Rechts, die auch vielfach (aber nicht immer) territoriale Geltung haben. Ihre internationale Anwendbarkeit unterliegt den Anwendungsnormen des öffentlichen Rechts. Wo solche fehlen ist aus dem Zweck der betreffenden Bestimmung zu ermitteln welches Geltungsgebiet ihr der Gesetzgeber geben wollte. » Voir, encore, Zitelmann, op. cit., t. I, p. 329 ss. et 97 ss.

nombre de points, suivent les règles normales du DIP, ou qui, sur d'autres points, ont leurs propres règles de conflit de lois, mais dont nous n'étudierons ici ni la nature, ni la portée. Soulignons seulement que ces divers systèmes de règles de conflit s'appliquent à tout rapport de droit public ou de droit pénal, à l'occasion desquels un élément international entre en jeu. La première chose à faire est donc d'établir très nettement et sans équivoque à laquelle des disciplines du droit (droit privé, droit public, droit pénal) se rattache un rapport de droit. La ligne de séparation entre les différents droits est, d'ailleurs, extrêmement difficile à tracer. « Il existe, dit Fedozzi (op. cit., p. 153 et 154), un nombre considérable de rapports juridiques à structure indifférente et, partant, susceptibles d'être qualifiés publics (ou pénaux) ou privés, selon les contingences des pays et des époques. Dans chaque législation existent aussi des zones grises entre le droit privé et le droit public (ou le droit pénal), zones dans lesquelles les deux éléments, privé et public (ou pénal), s'entrelacent d'une façon presque inextricable. »

La place qu'une disposition légale occupe dans la législation ne préjuge pas sa nature. « Certaines lois, dit Fedozzi (op. cit., p. 158), peuvent avoir un caractère de droit public que ne supprime pas le fait qu'elles sont matériellement englobées dans un code de droit privé. » L'inverse est également vrai; certaines lois peuvent être considérées comme de droit civil, bien qu'elles fassent matériellement partie d'un code de droit public. C'est ainsi que l'art. 54 Const. féd. garantissant le droit au mariage n'est pas, à proprement parler, une disposition constitutionnelle dans toutes ses parties (129). Les lois civiles contiennent, d'autre part, quantité de dispositions pénales ou de procédure.

Le problème qui s'impose à nous est donc d'établir, en premier lieu, la qualification (droit privé, droit public, droit pénal, loi de procédure, etc.) des lois en conflit (cf. Fedozzi, op. cit., p. 151 à 156). Or une qualification, c'est-à-dire une évaluation juridique quelconque, n'est possible, dit Fedozzi (ibid. loc., p. 156), qu'en considération d'un ordre juridique déterminé. La qualification ne pourrait se faire, ajoute-t-il, qu'en se fondant sur l'ordre juridique de l'Etat qui a édicté telle loi ou dans le territoire duquel, le rapport juridique a eu lieu ou l'acte a été formé, ou bien en se fondant sur l'ordre juridique de l'Etat dans le territoire duquel, on demande qu'on donne efficacité à cette loi, à ce rapport juridique ou à cet acte. Pour Fedozzi (op. cit., p. 156), elle doit être basée sur l'un et l'autre des deux ordres juridiques. La conséquence de principe général en est que la territorialité suit, aussitôt que la nature publique ou pénale est établie en se fondant sur l'un ou l'autre des deux ordres. Car le droit public est, en général, d'une application territoriale, que Fedozzi (op. cit., p. 151) et Niboyet (op. cit., n° 488, p. 613/14) appellent la territorialité normale. Il en est de même du droit pénal, du droit

---

129) Dans ce sens, Sauser-Hall (op. cit., p. 294a) et Roguin (op. cit. II, t. III, n° 810, p. 512). Cf., aussi, Burckhardt (op. cit., p. 503, ad al. 3 et 504, ad al. 5 de l'art. 54).

fiscal, du droit administratif, de la procédure pénale et de la procédure civile (Fedozzi, op. cit. p. 145 à 149).

### *Droit public*

Quel est le rôle de l'ordre public en droit public? Fedozzi (op. cit., p. 149 à 151), combattant la confusion commise entre l'ordre public et le droit public, déclare que « la conception, suivant laquelle le droit public serait tout simplement un élément de la catégorie, plus vaste, de l'ordre public, est en contradiction inadmissible avec la différence de nature des deux espèces de lois ». La doctrine la plus récente distingue nettement les règles du droit public, qui ne sont pas d'ordre public et auxquelles la volonté des particuliers peut déroger, des règles d'ordre public qui ne tolèrent aucune dérogation possible (130). En établissant ainsi, dit Fedozzi (eod. loc., p. 156), l'existence de l'ordre public au sein du droit public, la doctrine et la jurisprudence ont démontré qu'en tous cas seules certaines lois de droit public pourraient être mises en commun avec les lois d'ordre public et révélé dans le droit public une prédisposition générale à permettre, de la part des lois étrangères, la dérogation à certaines de ses règles (131). Le problème est donc de rechercher, dans la territorialité normale des lois de droit public du for, les exceptions générales qui sont permises et si elles sont compatibles avec l'ordre public ou, inversement, de rechercher, dans la territorialité normale des lois de droit public étrangères, les exceptions générales qui sont permises et si elles sont compatibles avec les lois du for (132). Il faut donc distinguer deux cas :

A. — Il y a conflit entre la loi privée étrangère et la loi publique du for. En principe, cette dernière, répétons-le, est d'application

---

130) Voir Fedozzi (eod. loc., p. 150); Fragola (« La norma di ordine pubblico nel diritto pubblico », Rivista di diritto pubblico, 1910/11, p. 321 à 332); Raggi (« Contributo alla dottrina delle rinuncie nel diritto pubblico », Rome, 1914, p. 73 à 78); Roguin (op. cit. II, t. III, n° 802, p. 540); Olivi (« Le projet néerlandais de programme pour la 3<sup>e</sup> conférence de DIP », Rev. DI et lég. comp., t. XXXII/1900, p. 26 à 48, 135 à 150, en part., p. 149).

131) Dans ce sens, Giesker-Zeller (op. cit., p. 138) : « Ich betone, dass der Satz von der Präponderanz des öffentlichen Inlandsrechts nur im Zweifel gilt. Es wäre ein grosser Irrtum, zu glauben, dass wir nie ausländisches öffentliches Recht anwenden dürfen. »

132) Pour Fedozzi, il est évident que les exceptions à la territorialité normale des lois de droit public, ne sont pas susceptibles d'être mises en échec par l'ordre public, car, si tel devait être le cas, il serait loisible au juge de s'en tenir purement et simplement à la territorialité normale du droit public (cf., dans le même sens, Giesker-Zeller, op. cit., p. 138). Mais nous estimons que les exceptions, faites, en faveur des lois étrangères, à la territorialité normale du droit public, sont générales, qu'elles soient, d'ailleurs, faites en faveur de toutes les lois étrangères (par voie autonome), ou de certaines lois étrangères seulement (par voie contractuelle). Ces exceptions ne tiennent pas compte des cas particuliers. Or, précisément, pour réprimer les abus que ferait naître, dans certains cas d'espèces, l'application de la loi étrangère, en faveur de laquelle on a renoncé à l'application normale du droit public du for, il faut recourir à l'ordre public.

territoriale. L'Etat étranger qui se prétend héritier, par droit civil de succession, ne saurait recueillir la succession vacante d'un de ses sujets et gisante sur le territoire d'un Etat qui peut prendre les biens vacants du défunt, par droit public d'occupation. « Les raisons pour lesquelles des lois requièrent, pour certains actes (mariage, divorce, testament authentique), la forme publique *ad substantiam*, dit Fedozzi (eod. loc., p. 158), se trouvent dans une sécurité spéciale qu'on veut conférer à des rapports juridiques particulièrement importants, dans l'intérêt privé des individus et en même temps dans la protection qu'on veut donner à un intérêt de la société et de l'Etat. Par ce dernier aspect et par l'intervention exigée d'organes administratifs, ces lois ont un caractère de droit public. Pour compléter la pensée de Fedozzi, nous ajouterons que ces lois sont des lois mixtes présentant un caractère de droit civil, par leur objet, et un caractère de droit public, par leur mode d'application (appel au concours des autorités) (133). La territorialité des lois de droit public subit des exceptions, puisque, nous l'avons vu, elle n'est pas une territorialité d'ordre public. Ces exceptions peuvent être de nature conventionnelle ou autonome. Par la fiction de l'exterritorialité, chaque Etat civilisé soustrait, à l'empire de ses lois, les diplomates étrangers et les actes qu'ils accomplissent. Ce principe peut, en matière de droit public ou de droit mixte, être tempéré; les actes accomplis par les diplomates étrangers peuvent être dépourvus de validité dans des cas où l'ordre public l'exige (p. ex., les mariages que les diplomates célèbrent, dans leur ambassade ou leur légation, ne seront pas valables dans le pays où ces agents sont accrédités).

B. — Il y a conflit entre la loi publique étrangère et la loi privée du for. En principe, l'application d'une loi étrangère de cette nature est empêchée par l'impossibilité de permettre qu'une fonction de souveraineté étrangère s'exerce sur le territoire du for. Mais il peut y avoir des exceptions, soit par accord international, soit par volonté unilatérale de l'Etat. Ainsi, le traité de commerce et de navigation, du 7 février 1924, entre l'Italie et l'U.R.S.S., dispose, en son art. 3, que le gouvernement italien accordera à la Représentation commerciale de l'Union et à ses organes la possibilité d'exercer, dans le territoire italien, les fonctions imposées à cette Représentation, savoir d'exercer le commerce extérieur et l'échange de marchandises entre l'U.R.S.S. et l'Italie. Or ce monopole d'Etat est incontestablement de droit public soviétique. Des exceptions, résultant d'une manifestation de volonté unilatérale de l'Etat, peuvent se rencontrer dans la matière des prohibitions de mariage fondées, en droit étranger, sur le statut d'une maison princière ou sur des obligations militaires (Fedozzi, op. cit., p. 159 à 162), prohibitions, dont l'Etat peut tenir compte. Dans tous ces cas, l'ordre public peut intervenir pour réprimer les abus

---

133) Notons, en passant, que nous avons ici l'explication du caractère impératif absolu conféré à la règle *locus regit actum*, généralement facultative. Cette règle est obligatoire dans tous les cas où elle vise des actes considérés, à tort ou à raison, comme de droit public ou de droit mixte.

(voir aussi notre chapitre sur l'ordre public et les mesures d'ordre politique).

Fedozzi (op. cit., p. 166 à 178) cite très judicieusement de nombreux cas où un Etat appliquera le droit public étranger, tout en réservant l'ordre public (administration extraterritoriale des consuls; détermination de l'impôt à l'égard de biens se trouvant à l'étranger ou de revenus produits à l'étranger, en tenant compte de l'imposition que l'Etat étranger a établie sur les mêmes biens ou revenus; création de passeports conditionnée par la connaissance et l'appréciation du droit public étranger; détermination de l'existence, de la constitution et de la disparition des personnes morales étrangères (134); lois sur les accidents du travail, etc.).

Le magistrat reconnaîtra aussi les actes de droit public faits à l'étranger, en tant qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public (les certificats d'origine de marchandises pour la douane; les passeports; les certificats d'indigence; les certificats de coutume; les actes de l'état civil; les doctorats, etc., etc.). Le cas échéant, ces actes ont besoin de l'*exequatur* qu'on pourra accorder, si certaines conditions d'ordre public, entre autres, sont remplies.

Nous n'avons pas à examiner ici la nature et les effets de l'extraterritorialité, au reste différente, des lois et des actes de droit public. Nous renvoyons à l'excellente monographie de Fedozzi, sur ce sujet. Ce que nous voulons marquer, c'est que la territorialité normale des lois de droit public, par les raisons qui la fondent ainsi que par les conséquences qui en découlent, est différente de la territorialité de l'ordre public (Fedozzi, op. cit., p. 182). L'extraterritorialité exceptionnelle des lois de droit public est soumise seule à la réserve de l'ordre public. Ainsi, l'assimilation du droit public et de l'ordre public, faite par la législation, la doctrine et la jurisprudence (135), est fautive. Elle ne se fonde que sur des apparences.

### *Droit pénal*

Quid de l'ordre public en droit pénal? La loi pénale, dit Fedozzi (op. cit., p. 146), est normalement et partout territoriale, en ce sens qu'elle s'applique à quiconque, citoyen ou étranger, commet un délit

---

134) Fedozzi ajoute (op. cit., p. 175): « Personne ne pourrait soutenir l'efficacité, dans le territoire d'un pays quelconque, des décrets soviétiques ordonnant la confiscation du capital social des banques privées, tout en reconnaissant que, l'établissement secondaire ayant une existence subordonnée à celle de l'établissement principal, le premier cesse d'exister, quand le dernier perd la personnalité juridique octroyée par la loi de son pays. »

135) Voir, p. ex., le Code de DIP de la Havane, du 20 février 1928; art. 4: « Les règles constitutionnelles sont d'ordre public international »; art. 5: « Toutes les règles de protection individuelle ou collective, établies par le droit politique et administratif, sont également d'ordre public international, sauf le cas où il y aurait des dispositions expresses, en sens contraire. » Quand les lois mentionnent l'ordre public ou le droit public, il n'y a pas confusion, car les deux territorialités sont traitées distinctement.

sur le territoire de l'Etat, mais elle acquiert souvent même une valeur extraterritoriale. Comme en matière de droit public, l'auteur admet donc des exceptions à la territorialité normale des lois de droit pénal. De son côté Travers (op. cit., t. III, n° 1504, p. 370) proclame que « la loi pénale n'est nullement une loi essentiellement territoriale », de même (op. cit., t. III, n° 1505, p. 371 à 373), « l'idée de territorialité des peines est tout aussi peu fondée que celle de la territorialité de la loi pénale ». Donnedieu de Vabres va beaucoup plus loin. Des dispositions pénales sont personnelles, en ce sens qu'elles s'appliquent à certaines personnes, quels que soient le lieu où le délit a été commis et le lieu où siège le tribunal de jugement. Des dispositions pénales territoriales peuvent, d'autre part, être appliquées par des tribunaux étrangers. Or une loi pénale qui est personnelle ne peut être territoriale et inversement. « Le cumul, dit l'auteur (op. cit. II, p. 187, n. 16), ne peut être admis que par dérogation aux règles normales du conflit des lois pénales, dérogation qu'expliquent seulement des considérations d'ordre public. » Nous n'avons pas l'intention d'établir ici tout un système de règles de conflit, en droit pénal international. On consultera avec fruit l'ouvrage de Donnedieu de Vabres, à ce sujet. Parmi les lois personnelles que le juge applique en considération des personnes, soit inculpées, soit victimes du délit, il y a celles qui établissent des incriminations (détermination de l'état de mariage, dans les causes d'abandon de famille, de bigamie; détermination de l'âge de majorité, dans les cas de délits commis par des mineurs ou sur des mineurs, etc...) (136); celles qui déterminent pour chaque infraction la nature et la durée de la peine (interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille, déchéance de la puissance paternelle, etc.); celles qui soumettent la rigueur de la peine ou les effets de la condamnation à certaines modalités, en tenant compte de la personnalité dangereuse du délinquant attestée par ses antécédents judiciaires (récidive et réhabilitation). Sur tous ces points, consulter Donnedieu de Vabres (op. cit. II, p. 192 à 205) (137). Parfois le juge pénal doit faire application d'une loi territoriale autre que la sienne. C'est le cas, lorsqu'il y a connexité, annexion ou concours de souverainetés (eod. loc., p. 189 à 192). Or l'ordre public est une exception à ces principes du droit pénal international. Il met en échec les règles de droit pénal international pour entraîner l'application de la loi du for à des rapports de droit qui, régulièrement, devraient être soumis, soit

---

136) Dans un sens analogue, Travers (op. cit., t. I, n° 65, p. 69 à 73) enseigne que l'art. 378 (CFr. n'impose le secret professionnel que pour les professions y énumérées, exercées en territoire français. Il ne s'applique pas, p. ex., aux médecins étrangers exerçant leur profession, à l'étranger, et révélant, en territoire français, des faits qu'ils ont connus en raison de leur profession et que la loi du pays où ils pratiquent ne les obligeait pas à taire.

137) Voir, aussi, le rapport de Rolin (« La loi pénale dans ses rapports avec le statut personnel », Annuaire, t. XXXIV/1928, p. 225 à 252). et la discussion qui a suivi, à l'Institut, la présentation de ce rapport.

au statut personnel, soit à la loi territoriale étrangère. Et Donnedieu de Vabres (op. cit. II, p. 397 à 399) ajoute: « Tantôt l'idée d'ordre public entraîne l'application de la loi pénale territoriale à des rapports de droit qui, régulièrement, doivent être soumis au statut personnel (art. 199 C.P.Fr. sanctionnant l'antériorité du mariage civil); tantôt l'exception d'ordre public a pour conséquence d'exclure l'application d'une loi territoriale étrangère, en lui préférant la loi du juge, qui est, en même temps, la loi personnelle du délinquant (condamnation d'un Autrichien pour avoir joué au rouge et noir à Monte-Carlo, Cour cass. d'Autriche, du 13 février 1909); tantôt, enfin, l'idée d'ordre public amène une combinaison assez curieuse, généralement favorable à l'inculpé, de la loi territoriale étrangère et de la loi du for (prescription de l'action publique ou de la peine plus courte de la *lex fori*, en matière d'extradition). »

« Les lois pénales, dit Donnedieu de Vabres (op. cit. III, p. 492), qui s'appliquent comme lois d'ordre public sont donc en nombre très restreint » (138). Ici, comme en droit public ou en droit civil, il ne faut pas confondre la territorialité normale avec la territorialité exceptionnelle d'ordre public.

Le régime de l'extradition comporte, lui aussi, l'exception de l'ordre public. Un pays n'extradera pas ses nationaux, les auteurs de délits politiques, ceux que l'étranger ferait juger par des tribunaux d'exception ou frapperait d'une peine contraire à l'ordre public ou du for. En matière de reconnaissance ou d'exécution de jugements répressifs étrangers, l'ordre public interviendra aussi pour sauvegarder certains principes (non reconnaissance de certaines peines, comme la mort civile, la peine de mort dans les pays qui l'ignorent; de jugements qui condamnent pour des faits non qualifiés délits dans le pays du for, etc...). Nous ne pouvons examiner tous ces points en détail, mais nous voulons nous résumer. Pour la grande majorité de la doctrine et des tribunaux, les lois de droit pénal du for sont d'application exclusive et sont des lois d'ordre public; cette opinion est erronée: sous réserve de l'ordre public du tribunal saisi, les lois pénales sont d'application, soit personnelle, soit territoriale, dans le sens où nous l'avons vu, (Donnedieu de Vabres, op. cit. II, p. 396 à 400).

### *Procédures civile et pénale*

Quel est maintenant le rôle de l'ordre public dans le domaine de la procédure civile et dans celui de la procédure pénale?

Si l'on a pu dire que les règles de procédure étaient d'ordre public, c'est, sans doute, parce que ces règles relèvent de la *lex fori*. Mais il y a une distinction fondamentale à établir entre l'application de la *lex fori* aux règles de procédure et l'application de la *lex fori*,

---

138) Despagnet (op. cit. II, p. 212) avait déjà considéré « comme évident que les lois pénales, envisagées comme telles, ne rentrent pas toutes, nécessairement, dans l'ordre public dit international ».

au nom de l'ordre public. Les règles de procédure ne peuvent dépendre que de la *lex fori*, car, dit Bartin (op. cit. II, § 94, p. 253), « ces règles donnent au juge ses pouvoirs et son titre même; elles ont seules qualité pour définir ses fonctions et fixer les normes suivant lesquelles il les exerce. Nous sommes dans le domaine du pouvoir du juge en droit international, dans le domaine des conflits internationaux de juridictions, tandis que l'intervention de la *lex fori*, dans l'ordre des dispositions d'ordre public, touche au fond même des institutions à l'occasion desquelles le litige se produira ». Et Bartin ajoute (eod. loc., § 164, p. 406): « Soit qu'il s'agisse, comme ce sera le cas le plus ordinaire, d'une instance proprement dite devant une juridiction officielle, soit qu'il s'agisse d'un arbitrage, même si les clauses du compromis qui l'a précédé ont modifié les règles qui régissent l'instruction de l'affaire, il reste vrai de dire que la procédure, expression concrète de l'exercice des fonctions du juge qui tient ses pouvoirs de juridiction de l'autorité de l'Etat, ne peut jamais dépendre que de la loi de cet Etat. »

La loi du for est donc la loi normale des règles de procédure. Elle est la loi qui, dans les cas d'ordre public, est exceptionnellement compétente. Il s'agit donc bien de deux applications distinctes de la même loi, pour la procédure et pour l'ordre public (139). Nous pouvons en donner comme preuve que le juge tiendra compte et, dans certains cas, appliquera (application dite indirecte) la *lex fori* étrangère, en tant qu'il examinera, dans une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger, si les règles de procédure étrangère ont été observées, alors qu'il refusera tout effet à un jugement rendu à l'étranger en vertu de la seule *lex fori* appliquée pour des raisons d'ordre public. Dans le premier cas même, l'ordre public pourra s'opposer à l'application indirecte de la *lex fori* de la procédure étrangère (cf. Donnedieu de Vabres, op. cit. II, p. 209).

Il est, sans doute, des cas où la distinction n'est pas facile à faire. Mais la difficulté même de séparer parfois l'application de la *lex fori*, de procédure, de la *lex fori*, d'ordre public, n'implique pas qu'un partage entre ces deux notions n'existe pas (cf. Bartin, op. cit. II, § 166, p. 411 à 414 et § 176, p. 447).

Examinons le domaine de la preuve. La loi du for partage ce domaine avec la loi régissant le fond du rapport de droit. Il faut distinguer, selon Bartin (op. cit. II, § 177 à 179, p. 448 à 454), entre les règles qui fixent les procédés de preuve (*decisoria litis*), auxquels les parties ont le droit de recourir et les règles qui fixent l'emploi de ces procédés de preuve (*ordinaria litis*) devant le juge. Les secondes relèvent de la *lex fori* normalement compétente. Les premières dépendent de la loi régissant le rapport de droit (admissibilité de l'aveu

---

139) Bartin (op. cit. II, § 165, p. 409) dit encore: « ... il est à peine besoin d'ajouter que, dans tout le domaine du conflit des lois, on n'en connaît pas une troisième. La *lex fori* ne s'applique jamais, comme telle, qu'aux règles de procédure ou aux dispositions de fond qui sont considérées comme d'ordre public. »

ou du serment, présomption légale (140). Seul l'ordre public pourrait faire intervenir exceptionnellement ici la loi du for.

En ce qui concerne la façon dont se produit la saisine du juge (Bartın, op. cit., § 176, p. 442 à 447), nous pouvons observer qu'elle est provoquée en règle générale, par ceux qui ont qualité d'agir selon la loi qui gouverne le fond du rapport de droit (l'interdiction est demandée par les collatéraux indiqués par la loi nationale; la mère naturelle interviendra comme partie civile, selon sa loi nationale ou selon la loi du délit commis, dans un procès pénal en faveur de son enfant). Pour des raisons d'ordre public, toutefois, la loi du for peut conférer le droit d'agir à une personne à qui la loi étrangère ne l'accorde pas (le ministère public possède dans certains cas cette action indépendante).

En matière de commissions rogatoires, Japiot (Rép., t. IV, « Commission rogatoire en matière civile », n<sup>os</sup> 92 et 93, p. 77 et 78) fait les remarques suivantes: « Peut-être pourra-t-on dire d'une façon générale, que l'exécution de la commission rogatoire ne peut pas être refusée comme contraire à l'ordre public par le tribunal requis, lorsque cette exécution est sollicitée en vue de l'instruction d'une demande qui est régulière au point de vue de la loi étrangère compétente, cette demande fût-elle considérée dans l'Etat requis comme contraire à l'ordre public... Pour que l'intérêt du *forum* apparût, il faudrait que l'exécution même de la commission rogatoire fût, en soi et par elle-même, dangereuse pour l'ordre public ».

En procédure pénale, la question de savoir si le délit se poursuit d'office ou sur plainte est réglée par la *lex fori*. La question de l'ordre public ne se pose pas, car elle donne déjà cette réglementation.

#### *Organisation judiciaire*

*Quid* dans les conflits dits de juridictions? Les fors établis dans les diverses législations ne sauraient être considérés *a priori* comme d'ordre public. L'art. 59 Const. féd., disposant que le débiteur ne peut être personnellement recherché qu'au lieu de son domicile, n'est pas impératif absolument. Il est loisible à des contractants de prévoir une prorogation de for. Cette prorogation de for peut toutefois être annulée pour des motifs d'ordre public dans des cas où l'intervention de cette notion s'impose comme une nécessité sociale (141). D'autre part; un juge incompétent pour prononcer l'absence ou le divorce d'individus, pour organiser la tutelle d'un incapable étranger, pourra prendre les mesures provisoires, au nom de l'ordre public, pour sauvegarder d'urgence des intérêts menacés (142). En ce qui

140) Cependant, cette opinion n'est pas généralement admise et les auteurs font dépendre (cf. Giesker-Zeller, op. cit., p. 137/38) du droit public la territorialité des dispositions légales sur la preuve.

141) Voir Burkhardt (op. cit., p. 560 à 563, ad art. 59) ainsi que la loi fédérale du 4 octobre 1930, sur les voyageurs de commerce, art. 11.

142) Voir Niboyet (op. cit., n<sup>os</sup> 768 et 788, p. 880 et 897); Bartın (op. cit. II, § 151, p. 373). En ce qui concerne la Suisse, la jurisprudence fixé dans l'ATF, t. LIII, I, n<sup>o</sup> 9, p. 55, du 1er avril 1927, aff. Moré-Gattabin, peut fort bien valoir en DIP comme en droit interne.

concerne, en outre, le genre de juridiction, il serait erroné de prétendre que la juridiction ordinaire est toujours d'ordre public. Il est loisible aux individus, établissant un contrat, de soumettre les différends qui, le cas échéant, peuvent naître au sujet du contrat à une juridiction spéciale d'arbitrage. Dans ces cas, seules quelques dispositions de l'organisation judiciaire ou de la procédure ordinaires peuvent être invoquées comme étant d'ordre public. Dans le droit de la famille, certains Etats ont même renoncé à considérer comme d'ordre public les dispositions légales obligeant les étrangers, qui veulent se marier ou divorcer, à faire célébrer leur mariage ou dissoudre leur union devant les autorités publiques indiquées par la loi. Ainsi, les autorités administratives fédérales ont reconnu la validité en Suisse d'un divorce prononcé par le rabbin, à Zurich, entre deux Israélites lithuanens, et ont autorisé la femme à contracter, en Suisse, un nouveau mariage. Ces mêmes autorités ont d'ailleurs reconnu, à plusieurs reprises, les mariages célébrés en Suisse, conformément à la loi nationale des conjoints, par des ecclésiastiques ou des agents diplomatiques et consulaires (voir lettre (non publiée), en date du 11 décembre 1931, du dép. féd. just. et pol., à la direction de l'Intérieur du canton de Zurich, aff. Haefeli-Levinsonaite). Pour qu'il y eût néanmoins divorce ou mariage valables dans les cas précités, il a fallu que la dissolution ou la création de l'union conjugale fût dûment attestée par les autorités du pays d'origine comme ayant eu lieu conformément à la loi nationale. En sens inverse, toutefois, la cour d'appel de Zurich (Bl. Zü. R., t. XVIII/1919, n° 35, p. 60, du 17 avril 1918, aff. S. K. c. E. K.) n'a pas reconnu la validité d'un divorce rabbinique prononcé en Suisse. Gautschi (Rev. suis. jur., t. XXVI/1929/30, p. 5) critique cette dernière décision et préconise la solution admise par les autorités administratives (143). De même dans une série d'arrêts célèbres, les tribunaux français et allemands n'ont pas jugé d'ordre public de se saisir de la demande en divorce de juifs

---

143) En France, le trib. civ. de la Seine, dans deux arrêts (Cl., 1898, p. 114, du 9 août 1897, aff. D<sup>e</sup> Clara Menassé c. Schalom, et Dar.-Lapr., 1912, p. 367, du 31 mars 1911, aff. Mindel-Kokhan c. Abraham Ber Sloutsky), et la cour d'appel de Nancy dans un arrêt (Cl., 1922, p. 985 et Cl., 1924, p. 668; Dar.-Lapr., 1922/23, p. 484, du 17 juin 1922, aff. Nathan) ont reconnu comme valable le divorce prononcé, en France, par le rabbin, entre deux juifs étrangers. En sens inverse, voir, entre autres, l'arrêt de la cour cass. (Cl., 1927, p. 392, du 5 juillet 1926, aff. Sciaky) confirmant une série d'autres décisions judiciaires conformes à la circ. du Garde des Sceaux parue dans Dar.-Lapr., 1912, p. 375. En Allemagne, dans le même sens, voir l'arrêt, non publié, du Landgericht III de Berlin, du 14 juillet 1925, aff. Ben-Nathan, confirmé par arrêt du Kammergericht, du 23 décembre 1927, et l'arrêt, non publié, de la même autorité, du 15 décembre 1926, aff. Goldstein. En sens inverse, cependant, relevons les arrêts du Tribunal d'Empire (RGE, t. CII, n° 34, p. 118, du 21 avril 1921, aff. Registre d'Etat-civil de N. et Cl., 1925, p. 1055; BIII, t. XIV/1926, p. 297, n° 4500, du 21 février 1925). La répudiation du droit musulman, faite sans procédure judiciaire de divorce, pose un problème analogue. Après de nombreuses décisions judiciaires rendues en diverses instances dans la même espèce, l'« Oberlandesgericht » de Munich a reconnu l'admissibilité d'une répudiation, même faite avec le consentement de l'é-

étrangers (144). Il va bien sans dire que nous nous bornons ici à enregistrer la jurisprudence en question sans vouloir la louer ou la critiquer.

En droit pénal international, l'Etat qui refuse d'extrader et préfère soumettre le délinquant au jugement de ses tribunaux inflige ainsi, d'ordre public, une exception à son propre système de compétence judiciaire criminelle (Donnedieu de Vabres, op. cit. II, p. 395 et III, p. 488).

#### *Droit des gens*

Quid enfin en droit des gens? Le droit des gens n'est pas d'ordre public supra-étatique. Les tribunaux d'un Etat ayant à faire application de règles du droit des gens ne sont pas, dans tous les cas, nécessairement liés par elles. Les sources de ce droit sont encore trop imprécises (la coutume, la doctrine, p. ex.) pour imposer des solutions obligatoires et d'ordre public. Avant de déclarer, en principe (145) que les lois étrangères contraires au droit des gens tombent sous le coup de l'ordre public, il faudrait établir exactement ce qu'est ce droit des gens. Admettons qu'il soit représenté par un *consensus omnium* limité aux grands principes. Ce *consensus* ne saurait être d'ordre public dans tous les Etats. Bien au contraire, il cédera le pas devant l'ordre public de chaque Etat particulier, car sur nombre de points il y a autant de conceptions du droit des gens qu'il y a d'Etats (146).

---

pouse, qui est intervenue en Allemagne (NZ, t. XX/1910, p. 529, du 22 novembre 1909); en sens inverse, cependant, voir un arrêt plus récent de l'« Oberlandesgericht » de Dresde (NZ, t. XXXVIII/1928, p. 390, du 18 janvier 1927).

144) Voir Bartin (op. cit. II, §§ 169/170, p. 415 à 424), Pillet (« Divorce des Israélites », Mélanges, t. II, p. 359 à 380), Niboyet (op. cit., n<sup>o</sup> 752 et 753, p. 867 à 872), Soifer (« Du divorce des Israélites russes dans les rapports internationaux », Cl., 1917, p. 1299 à 1317), Perroud (« Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel », Cl., 1922, p. 5 à 19) et Weill (« Le divorce des Israélites russes en France », Dar.-Lapr., 1908, p. 759 à 771 et 1909, p. 140 à 166).

145) Zitelmann (op. cit., t. I, p. 378); Barazetti (« Erörterung aus dem Gebiete des IPR », NZ, t. VIII/1898, p. 118 à 133, en part., p. 126 et 127); et Klein (« Zur Auslegung des Art. 30 EGzBGB », NZ, t. XIV/1904, p. 146 à 151, en part., p. 146 et 150).

146) Même les règles du droit des gens positif (règles contractuelles fixées par accords internationaux) peuvent être contraires à l'ordre public. « Or, dit Séfiriadès (« L'échange des populations », Rec. Cours Acad. DI, t. XXIV, 1928/IV, p. 307 à 439, en part., p. 329), tout traité évidemment contraire à l'ordre public dit international doit être considéré comme ayant un objet illicite; en conséquence, si par la force même des choses, des traités de cette espèce ont pu être mis à exécution, leur valeur juridique internationale pourrait être réputée nulle; il n'y a aucune bonne raison, en effet, pour que le droit public, même international, soit considéré comme moins moral que le droit privé. » Certes, par ordre public dit international, Séfiriadès entend le droit des gens lui-même. Mais, ainsi que nous l'avons vu, cette discipline du droit n'existe pour chaque Etat que dans la mesure où il l'admet. Dès lors, et par analogie, l'ordre public de notre auteur ne peut être, pour tout pays considéré, que l'ordre public particulier de ce pays-là.

Le problème de la succession des Etats, ensuite de fusion de plusieurs Etats ou d'annexion d'un Etat ou d'une partie d'un Etat par un autre, p. ex., pose des obligations généralement reconnues par le droit des gens. L'Etat successeur doit, en particulier, respecter les droits acquis par les particuliers, sous l'ancienne souveraineté. Or il ne le fera qu'en tant que son ordre public le lui permet (147). Un grand propriétaire foncier ne pourra se prévaloir, p. ex., de droits acquis, dans un Etat successeur, qui, ne connaissant que la petite propriété rurale, morcellerait les propriétés sans offrir d'indemnité, et cela pour des raisons d'ordre public. Et si le droit des gens admis par de nombreux Etats s'accorde sur un principe reconnu fondamental (respect de la petite propriété, au nom du droit des gens), il peut arriver que ce principe soit mis en échec, à son tour, par l'ordre public d'un autre Etat (en U. R. S. S., p. ex.).

Sans doute, cette exclusion du droit des gens par l'ordre public peut-elle paraître des plus critiquables. Il est bien évident qu'à notre avis, le droit des gens doit, sous peine de n'exister plus, primer l'ordre public. Il n'en subsiste pas moins que si, en U. R. S. S., plusieurs règles du droit des gens ne sont plus respectées, c'est uniquement à cause des nécessités de l'ordre public. C'est là tout ce que nous avons voulu établir.

La contrebande peut être considérée comme contraire au droit des gens. Cependant pour des raisons d'ordre public, les tribunaux ne la condamneront pas toujours (cf. Niboyet, Rép., t. X, « Ordre public », n° 401 à 413, p. 160/61 et n° 448, p. 665).

Il convient, pour clore ce chapitre, de dire encore quelques mots de ce que Kahn (op. cit., t. I, p. 228 ss.) et Niboyet (Rép., t. X, « Ordre public », n° 3, p. 94, n° 399 à 419, p. 160 à 162, n° 440 à n° 442, p. 164/65) ont appelé l'ordre public vraiment international. Cet ordre public international n'est pas, disent-ils, une matière du DIP, mais bien plutôt une notion du droit des gens. Il s'agit d'institutions unanimement réprouvées dans tous les pays civilisés, p. ex., la mort civile, la piraterie, la traite des blanches, la prison pour dettes, l'esclavage, etc. Or la question de savoir si certaines institutions juridiques (cf. l'exemple de la contrebande cité plus haut) sont condamnées ou admises par le droit des gens, par conséquent tombent ou ne tombent pas sous le coup de l'ordre public international, n'est pas résolue de façon universelle, en l'absence d'un code de droit des gens adopté par les Etats et faisant partie intégrante de leur législation ou consacré par leur jurisprudence. Le juge qui se trouve en présence d'une loi étrangère ne tiendra compte pour écarter cette loi que de l'ordre public du for; il n'est lié que par les règles du droit des gens reconnues dans son pays. L'exemple le plus frappant que nous ayons rencontré dans la jurisprudence est celui-ci: Un jugement anglais survenu en 1820 et cité par Vali (NZ, t. XXXXIII/1930, p. 143, aff. Madraza c. Willes) a reconnu comme valable un marché d'esclaves, conclu et exécutable au Brésil, à une époque où une loi anglaise avait déjà condamné

147) Voir Guggenheim (« Beiträge zur völkerrechtlichen Lehre vom Staatenwechsel », thèse de Berlin, 1926, p. 114 et 126).

l'esclavage. Vaif ajoute que l'interdiction de la traite des noirs n'était alors pas connue au Brésil et ne formait pas une partie intégrante du droit des gens (148).

## CHAPITRE TROISIEME

### L'ORDRE PUBLIC, LE RESPECT DES DROITS ACQUIS ET LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES JUGEMENTS ETRANGERS

#### *Bibliographie spéciale*

- CHAUVEAU. — La notion de droit internationalement acquis et le rôle des tribunaux d'exequatur, thèse de Rennes, 1926.
- GAUTSCHI. — I. Die Anerkennung von ausländischen Ehescheidungsurteilen, (Rev. suis. jur., t. XXVI/1929/30, p. 1 à 6 et 21 à 27).
- II. Ueber Anerkennung ausländischer Eheschliessungen, (Rev. suis. jur., t. XXVII/1930/31, p. 321 à 328).
- NIBOYET. — I. (Voir notre bibliographie générale).
- II. Droits acquis, (Rép., t. V, p. 708 à 725).
- FILLET. — La théorie générale des droits acquis, (Rec. Cours Acad. DI, t. VIII, 1925/III, p. 485 à 538).
- WIGNY. — La théorie des droits acquis d'après Antoine Pillet, (Rev. DI et lég. comp., t. LVIII/1931, p. 341 à 363).

Le problème des droits acquis a été magistralement exposé par Pillet qui y a consacré de nombreuses pages. C'est en raisonnant sur la doctrine de cet auteur, que nous nous proposons d'examiner, uniquement, le rôle de l'ordre public en matière de droits acquis. Nous n'étudierons donc pas, en soi, la théorie des droits acquis, dont les fondements et la nécessité sont d'ailleurs très controversés. Cette théorie peut se formuler ainsi :

« La vie d'un droit présente au moins deux moments distincts qui intéressent un internationaliste. Il doit d'abord naître. Sa création peut soulever une question de DIP. Si les divers éléments de la situation juridique se rattachent à différents Etats, il faut choisir la loi applicable. C'est un problème de conflit. Ensuite, le droit étant créé, acquis, son titulaire prétend le faire valoir. Son existence

---

148) Dans le même sens, Kuhn (op. cit., p. 216) cite deux arrêts, l'un rendu en 1810, dans le Massachussets, au sujet de l'aff. Greenwood c. Curtis, l'autre prononcé en 1869, dans l'Illinois, relatif à l'aff. Roundtree c. Baker. Ces deux arrêts déclarent bien fondée l'action relative à des effets de commerce donnés en paiement d'une vente d'esclaves.

ou son exercice implique également une difficulté de DIP, quand celui qui l'a obtenu dans un Etat l'invoque dans un autre Etat. Ce second souverain devra-t-il reconnaître ce droit et protéger son exercice? (Wigny, op. cit., p. 341). « C'est le problème des droits acquis, dans lequel on demande non pas d'après quelle loi on créera ou on dissoudra un droit, mais l'effet que ce droit produira dans un pays autre que celui dans lequel il a été créé. » Niboyet (op. cit. I, n° 362, p. 428), à qui nous empruntons cette dernière définition, dénomme ce problème celui de l'importation des droits.

La question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements touche de près à celle des droits acquis. Elle consiste à déterminer les effets que peuvent produire les jugements et les sentences arbitrales dans un pays autre que celui où ils ont été rendus. Quand on cherche à déterminer les effets internationaux d'un jugement, dit Niboyet (op. cit. I, n° 818, p. 920), on envisage à la fois une question de droits acquis et une question de conflit de lois.

Le rôle de l'ordre public, en matière de droits acquis et en matière d'exécution et de reconnaissance des jugements étrangers, est, en principe, le même. Il intervient à la façon d'un veto et ne joue qu'un rôle prohibitif.

D'une façon générale, pour que l'autorité d'un pays tiers, dit pays d'importation, reconnaisse un droit acquis, dit Niboyet (op. cit. II, n° 15 à 33, p. 711), plusieurs conditions doivent être réalisées. Il faut: 1) que le droit ait été acquis d'après la législation compétente; 2) que le droit ait satisfait à toutes les conditions posées par celle-ci et, ajouterons-nous, 3) que le droit ait été acquis ensuite de l'intervention de l'autorité compétente (cf. Niboyet, op. cit. II, n° 24, p. 712, et op. cit. I, n° 371, p. 442). En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, le pays auquel on demande l'*exequatur* peut, aux trois conditions fondamentales énumérées ci-dessus, en ajouter plusieurs autres comme l'observation, de la part du tribunal qui a prononcé le jugement, de certaines règles de procédure, la passation en force de chose jugée, la garantie de la réciprocité d'exécution des jugements, etc.

Nous ne rechercherons pas ici quelles sont la loi et la juridiction compétentes pour créer un droit. Cette question très controversée n'a pas d'influence sur le rôle attribué à l'ordre public dans cette partie du DIP. Nombre d'auteurs et de tribunaux s'accordent à déclarer qu'aux fins d'être reconnu dans le pays d'importation, le droit doit avoir été acquis par l'intervention de l'autorité et selon la loi désignées comme compétentes par les règles de conflit du pays d'importation (Niboyet, op. cit. II, n° 21, p. 711; Bartin, op. cit. II, § 78, p. 195; Lerebours-Pigeonnière, op. cit. I, n° 289, p. 259 à 262). D'autres autorités de la doctrine et de la jurisprudence estiment, au contraire, que ce sont les règles de droit international du pays d'acquisition qui, sauf certains cas de fraude que nous n'avons pas à examiner ici, sont déterminantes pour fixer la juridiction et la loi compétentes dans l'acquisition d'un droit. D'autres autorités encore estiment que, même si la question de la juridiction compétente doit être examinée et résolue selon l'un ou l'autre des deux systèmes que nous

venons de mentionner, il n'y a pas lieu de poser le problème de la loi compétente. C'est le système généralement pratiqué en Suisse (149) (cf. aussi différents arrêts de tribunaux français, cités par Niboyet, op. cit. I, n° 371bis, p. 443).

Quel que soit le système auquel l'on se rattache, l'ordre public est toujours appelé à faire échec aux droits acquis et à la reconnaissance des jugements étrangers, dans une mesure qu'il faut déterminer. Le pays d'importation n'admet pas, dans tous les cas, l'existence, l'exercice d'un droit acquis dont il reconnaît cependant la création régulière; il existe certaines exceptions, dans lesquelles le tribunal, tout en admettant que la loi compétente a valablement accordé un droit, refuse de le respecter. Ces exceptions sont au nombre de deux (cf. Niboyet, op. cit. I, n° 381, p. 455): 1) l'institution juridique, sur laquelle repose le droit acquis, n'existe pas dans d'autres pays; 2) le droit acquis y heurte l'ordre public. Niboyet (op. cit. I, n° 382 à 387, p. 455 à 459) consacre à la première de ces deux exceptions de longs développements. Mais, en réalité, elle se confond avec la seconde. Nous l'avons déjà vu en exposant la doctrine de Savigny qui fait une distinction analogue. Si nous refusons au propriétaire d'un esclave régulièrement acquis à l'étranger ou au titulaire anglais d'un mort-gage, la faculté de faire valoir leur droit dans notre pays, c'est que ces institutions, inconnues chez nous, sont simplement contraires à l'ordre public (dans ce sens, Wiggy, op. cit., p. 356).

Dans notre chapitre sur la nature de l'ordre public, nous avons exposé, à plusieurs reprises, que le juge ne doit tenir compte que de l'ordre public de son pays. Il ne peut qu'en être de même en matière de droits acquis (Bartlin, op. cit. I, p. 277). Mais Pillet-Niboyet (op. cit., n° 333 et 343, p. 421 et 434) introduisent ici une notion

---

149) Le Dép. féd. de just. et pol., consulté sur ce point, nous a répondu que les autorités suisses ne recherchent jamais si le droit acquis ou le jugement rendu à l'étranger sont conformes à la loi désignée comme compétente, soit par les règles de conflit du lieu d'acquisition ou de jugement, soit par les règles de conflit suisses. Aucun des Cpc cantonaux ne contient une disposition à ce sujet. Il n'existe comme exception à cette règle que l'art. 4, 2° al. de la convention germano-suisse, du 2 novembre 1929, relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales. Dans sa session de Vienne, l'Institut (« Autorité et exécution des jugements étrangers », Annuaire, t. XXXI/1924, p. 127 à 160, en part., p. 152 à 154) a discuté de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. L'art. V de la résolution élaborée par la commission avait la teneur suivante:

« Il ne peut y avoir lieu à exécution forcée que dans la mesure où cette exécution ne comporte pas l'accomplissement d'un acte contraire à l'ordre public international du pays où l'exécution est demandée. De cet ordre public font notamment partie les règles du DIP en vigueur dans ce pays. »

Strisower fut d'avis qu'il n'y avait lieu de réserver le DIP du pays d'exécution qu'en matière de statut personnel.

Au vote, l'art. V fut adopté avec la proposition de Diena, d'ajouter, après les mots ordre public international, ceux « ou au droit public » et de supprimer la phrase finale.

nouvelle en DIP, celle de l'effet réflexe (150). Lorsque le droit a été acquis non plus, comme nous l'avons exposé jusqu'ici, par application de la loi normale du pays d'acquisition, mais par application de l'ordre public de ce pays, il faut distinguer: l'ordre public peut être analogue dans le pays d'acquisition et dans le pays d'importation ou peut, au contraire, varier dans ces deux pays. Ces analogies ou ces variations permettent d'établir entre nations des communautés juridiques d'ordre public. A l'égard des pays appartenant à la même communauté, le droit qui a été acquis en vertu de l'ordre public de l'un de ces pays est valablement acquis à l'égard de tous les autres. La France reconnaîtra le mariage que les autorités belges ont célébré civilement d'ordre public, entre deux Polonais de la Pologne du Congrès (Cl., 1922, p. 396, arrêt du trib. civ. de la Seine, du 15 février 1922, aff. R. c. R.). Il y a effet réflexe, en France, de l'ordre public belge. En revanche, à l'égard des pays qui se trouvent en dehors de la communauté juridique d'ordre public envisagée, il n'y a plus droits acquis. Dans l'exemple cité, ni la Grèce, ni l'Autriche, ni la Serbie, qui forment sur ce point une autre communauté, ne reconnaîtront le mariage (cf. Audinet, Annuaire, t. XXX/1923, p. 883).

Cette théorie est manifestement erronée (151). En réalité, tout dépend de la question de savoir quelle est la loi compétente pour l'acquisition d'un droit. Si la loi compétente est désignée selon les règles de conflit du pays d'importation, le droit devra s'acquérir en tenant compte de l'ordre public de ce pays, jouant le rôle de règle de conflit exceptionnelle pour fixer la loi compétente (Niboyet, op. cit. I, n° 369bis, C, p. 440). Si la loi compétente est désignée par les règles de conflit du pays d'acquisition, le droit pourra s'acquérir par application de l'ordre public de ce pays, fixant, au même titre normal que les autres règles de conflit, la loi compétente. Dans ce cas, le juge du pays d'importation méconnaîtra le droit acquis seulement si l'ordre public du for l'exige. Le respect de l'ordre public étranger, par effet réflexe, n'existe pas (152).

---

150) Voir notre exposé de la doctrine de Pillet.

151) Voir Aubry (op. cit. II, p. 689), Donnedieu de Vabres (op. cit. III au début de notre titre deuxième, chapitre deuxième, p. 491) et Perroud (« Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel », Cl., 1922, p. 5 à 19, en part., p. 8).

152) Dans ce sens, voir l'arrêt du trib. civ. d'Anvers (Dar.-Lapr., 1912, p. 435, du 9 mars 1911, aff. Igarategui c. Etat belge); l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (Dar.-Lapr., 1914/15, p. 610, du 15 décembre 1913, aff. Etat belge c. Vve Valle); l'arrêt du trib. civ. de Bruxelles (Cl., 1928, p. 1253, du 16 juin 1928, aff. Digmeloff); l'arrêt du trib. civ. de Bordeaux (Dar.-Lapr., 1912, p. 572, du 29 décembre 1911, aff. époux X); les arrêts du trib. civ. de la Seine et de la cour d'appel de Paris (Cl., 1920, p. 629 et Dar.-Lapr., 1921, p. 68, du 26 février et du 12 décembre 1919, aff. Cyon c. Antoine); l'arrêt du trib. civ. de la Seine (Dar.-Lapr., 1906, p. 181, du 10 août 1905, aff. Zenker contre Falkenflick); l'arrêt de l'Oberlandesgericht de Kiel (NZ, t. XXXVIII/1928, p. 388 et BIII, t. XX/1929, p. 104, n° 5915, du 26 novembre 1926, aff. époux L). Dans tous ces arrêts, les magistrats judiciaires ont refusé de tenir compte de l'effet réflexe et ont donné valeur de droit acquis aux mariages religieux, aux nullités de mariages

La Suisse, qui ne se soucie pas de savoir si la loi compétente selon l'un ou l'autre système a été appliquée, ne se fera pas la gardienne de l'ordre public étranger. Elle s'efforcera d'assurer aux conflits de loi une solution juste et équitable. La doctrine est fort imprécise à ce sujet et la jurisprudence est encore très hésitante. Néanmoins, nous pouvons relever les décisions suivantes:

*Pour le droit du mariage:* Deux ressortissants de la Principauté de Liechtenstein se sont mariés, au mépris de l'ordre public français, dans une église de Lourdes. La Suisse a reconnu ce mariage religieux, valable selon la loi nationale des intéressés (décision communiquée par le Service fédéral de l'état civil). Elle reconnaîtrait, de même, selon Beck (op. cit., p. 221, n° 10), l'union religieuse contractée, par deux Grecs, dans un pays où la conclusion du mariage a lieu devant les autorités laïques de l'état civil. C'est à tort, d'autre part, que les autorités suisses n'ont pas voulu reconnaître le mariage d'une Suissesse avec un Suédois, célébré, à Berlin, par le pasteur luthérien de la communauté suédoise de cette ville (Rev. suis. jur., t. XXVII/1930/31, p. 328) (153). L'ordre public suisse ne joue absolument aucun rôle dans le présent domaine.

Inversément la Suisse ne fera pas de difficulté à reconnaître certains effets résultant de l'inexistence ou de la nullité, aux yeux de la loi nationale, de mariages, entre étrangers, célébrés au nom de l'ordre public dans un pays tiers ou même en Suisse. Ainsi, le TF a admis que le mariage célébré civilement en Suisse (154) entre un Bulgare et une Suissesse n'a pas emporté acquisition du droit, soit par la femme à la nationalité du mari, soit par les enfants à la légitimité (ATF, t. XXXVI, I, n° 41, p. 226, du 8 juin 1910, aff. Manoloff; circ. du dép. féd. de just. et pol., du 29 juin 1929, FF, 1929, II, p. 6, n° 13). Dans une espèce déjà ancienne (ATF, t. IX, n° 71, p. 449, du

---

ou aux divorces, célébrés ou prononcés par l'autorité ecclésiastique, alors que tous ces actes étaient condamnés, et par la loi du lieu de l'acte et par la loi d'importation. Dans ce sens, voir encore Perroud (op. cit. supra, n. 151, p. 7 et 8).

153) Comme le DIP suisse ne contient aucune disposition positive régissant le mariage célébré à l'étranger entre étrangers, il y a évidemment une lacune dans la loi que le juge a le devoir de combler. On peut, dès lors, raisonnablement admettre qu'il est tout aussi normal de tenir compte, en cas de conflit entre deux lois étrangères, de la loi nationale des conjoints ou, du moins, de la loi nationale du mari que de prendre en considération la loi du lieu de la célébration de l'acte, même si celle-ci paraît plus conforme à l'ordre public suisse que celle-là.

154) Voir, à ce sujet, la note d'Audinet (Sirey, 1924, II, p. 67, col. 3): « Les motifs qui, à notre avis, obligent le tribunal français à reconnaître la validité du mariage civil célébré en France ne s'opposent pas avec la même force à l'exécution d'un jugement étranger qui en aurait prononcé la nullité, ou du moins, ils sont contrebalancés par d'autres raisons aussi sérieuses. L'étranger doit avoir en France l'état qui lui a été attribué dans son pays par le jugement d'un tribunal compétent, conformément à sa loi nationale: tel est bien le jugement qui a annulé le mariage. L'état qui résulte pour les époux du jugement de nullité est pour eux un droit acquis, qui doit être respecté en quelque pays qu'il soit invoqué ». Cf. encore les nombreux auteurs et arrêts cités dans cette note.

6 octobre 1883, aff. Bacs), ce principe avait conduit les juges à se déclarer incompétents pour prononcer le divorce d'époux hongrois, mariés civilement en Suisse, sous prétexte que ce mariage, d'ordre public suisse, était inexistant aux yeux de la législation nationale et ne pouvait dès lors être dissous judiciairement. Toutefois, cette solution est outrée et heurte le sentiment de la justice et de l'équité. Elle constitue, disait Sauser-Hall dans son cours de DIP, à l'Université de Neuchâtel (hiver 1923/24), « une pure chinoiserie » (155). Aussi bien peut-on maintenant admettre que le TF (ATF, t. XXXVI, I, n° 41, p. 226, précité), paraît être revenu de son errement et avoir admis sa compétence pour des actions en divorce de ce genre. D'autre part, une autorité suisse, en l'espèce le Conseil exécutif du canton de Berne, a reconnu la validité du mariage, célébré en Espagne entre une Suissesse et un Italien, après que le premier mariage du mari eut été annulé, contrairement à la loi française (*lex loci*) et à la loi italienne (*lex originis*), par le tribunal de l'Officialité de Paris. L'ordre public suisse n'était pas intéressé. En revanche, le second mariage n'a pas donné à la femme un droit acquis à la nationalité du mari, dont le mariage n'était pas reconnu en Italie, et l'épouse est restée Suissesse (Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, t. XVIII/1919, n° 38, p. 179 et Rev. suis. jur., t. XXVII/1930/31, p. 327, du 8 avril 1919, aff. Costantini).

*Pour le droit du divorce*: La Suisse a reconnu le divorce prononcé en France, entre deux époux Italiens, car l'ordre public suisse n'est pas intéressé à la sauvegarde, à l'étranger, des dispositions de la loi nationale italienne (ATF, t. XXXV, I, n° 75, p. 459 et Dar.-Lapr., 1911, p. 80, du 9 juin 1909, aff. D'Alba c. Tognetti). Cet arrêt a trouvé l'approbation de la doctrine qui veut y voir un cas d'application, par analogie, de l'art. 7 g LCES (Petitpierre, op. cit., p. 26 à 29; Leresche, op. cit., p. 79 et Gautschi, op. cit. I, p. 6). Toutefois, la Suisse ne pourrait pas célébrer le mariage d'un Italien divorcé, tant que son conjoint survit (Circ. du dép. féd. just. et poi., du 29 juin 1929, FF, 1929, II, p. 6, n° 15).

*Pour la recherche de la paternité*: La Suisse reconnaît le jugement étranger qui condamne à des prestations pécuniaires un père dont la loi nationale ignore la recherche de la paternité. La Suisse ne se doit pas de sauvegarder l'ordre public étranger, elle qui se fonde, dans les cas de recherche de paternité, sans suite d'état civil, sur la loi du domicile du père au moment de la conception (cf. Petitpierre, Rép., t. VII, « DIP de la Suisse », p. 165, n° 201).

Les décisions et arrêts que nous venons de citer, en matière de mariage, de divorce et de paternité judiciaire, montrent clairement que la jurisprudence et la doctrine suisses gagneraient à pouvoir se fonder sur des dispositions légales sûres et précises. Gautschi a déjà

---

155) Cf., sur cet arrêt, Rittner (« Observations sur les divorces étrangers, à propos d'un cas singulier de mariage suisse-hongrois », Cl., 1885, p. 152 à 162) et Lehr (« D'un cas où des étrangers mariés en Suisse ne peuvent obtenir ni la reconnaissance de leur mariage dans leur pays d'origine, ni la rupture du lien conjugal dans le lieu de la célébration », Cl., 1884, p. 483 à 489).

exprimé ce désir dans les articles que nous avons cités dans notre bibliographie spéciale.

Quoi qu'il en soit, et c'est ce que nous avons voulu démontrer par les exemples qui précèdent, la fameuse théorie de l'effet réflexe n'a rencontré aucun écho dans notre pays et il est de bonne doctrine qu'il en soit ainsi. L'ordre public suisse n'est pas l'ordre public étranger et même dans les cas les plus semblables, si le dernier a été violé, le premier n'en est pas nécessairement touché. Chaque pays ayant ses jugements de valeur propres, ses qualifications sociales et morales particulières, l'ordre public ne peut être qu'une notion personnalissime à chaque nation.

Cette parenthèse sur la théorie de l'effet réflexe fermée, recherchons maintenant quelle est, selon la grande partie de la doctrine, l'intensité de l'ordre public dans le domaine des droits acquis. Tous les juristes consultés tombent d'accord avec Niboyet (op. cit. I n° 454, p. 567 et 568) pour affirmer que « l'ordre public conserve partout, en droit, la même nature, mais il a, en fait, une intensité moindre sur le terrain des droits acquis que sur celui de la naissance des droits ». En d'autres termes, « la notion des droits acquis n'apparaît pas plus clairement que dans ses rapports avec l'ordre public » (156).

L'ordre public paraît jouer un rôle différent, selon que le tribunal est saisi d'une question de conflit ou d'un simple problème de droits acquis. Dans le premier cas, le juge s'oppose à la création du droit; celui-ci ne peut être accordé: il sera internationalement nul, un pur néant. Dans le second cas, au contraire, le juge admet très volontiers la création du droit, au delà des frontières, mais il refuse d'en autoriser l'effet sur son territoire, parce que l'exercice de ce droit troublerait la paix publique. Si les effets d'un droit acquis à l'étranger, qui n'aurait pu être acquis pour cause d'ordre public dans le pays d'importation, ne sont pas contraires en soi à l'ordre public de ce droit, force sera de les reconnaître, quel que soit le droit qui leur donne naissance. Avant le 1<sup>er</sup> janvier 1912, date d'entrée en vigueur du CCS, la recherche de la paternité était interdite dans le canton de Neuchâtel; mais on aurait, dans une question de droit successoral, p. ex., pu accorder certains droits à l'enfant, dont un jugement étranger au canton aurait prononcé la filiation illégitime. Car, si l'acquisition par voie judiciaire de la qualité d'enfant illégitime est contraire à l'ordre public, cette qualité acquise à l'étranger ne l'est pas, selon les théoriciens des droits acquis, et peut dès lors produire des effets partout, en tant que ces derniers sont eux-mêmes compatibles avec l'ordre public. « Dans la mesure donc, dit Pillet cité par Wigny (op. cit., p. 354), où le respect d'un droit n'est pas impliqué dans sa création, la question des droits acquis est originale et se distingue de celle des conflits de lois. »

---

156) Voir, dans ce sens, Fedozzi (op. cit. I, p. 497): « La question de la reconnaissance des droits acquis à l'étranger se réduit à la formule suivante: Dans quels cas l'immoralité d'un principe législatif se communique-t-elle à tous les effets qui en découlent, au point de les rendre tous immoraux et contraires à l'ordre public international de l'Etat dans lequel on veut les faire valoir. »

Un droit acquis peut, cependant, heurter l'ordre public pour certains de ses effets, sinon pour tous. Pour autant que l'on peut diviser les divers éléments du droit acquis à l'étranger, il faut donc isoler ces effets et rechercher uniquement, si ceux dont on se prévaut violent l'ordre public (Niboyet, op. cit. I, n° 454, p. 567 et Pillet, « Règles générales sur l'autorité et l'exécution des jugements étrangers », Annuaire, t. XXX/1923, p. 173 à 193, en part., p. 188). En matière de reconnaissance des droits acquis, l'ordre public, ajoute Niboyet (op. cit. I, n° 455, p. 568), produit toujours et uniquement un effet négatif, c'est-à-dire, un effet qui consiste à ne pas tenir compte de ce qui s'est fait à l'étranger, et jamais un effet positif, puisque par principe même, il s'agit de reconnaître un droit et non de le créer.

Mais cette différence d'intensité entre l'ordre public des conflits de lois et l'ordre public des droits acquis est-elle fondée sur la raison et peut-elle se justifier par d'autres motifs que ceux d'une certaine opportunité bien illogique? (157).

Wigny (op. cit., p. 359/60) relève avec pertinence le caractère illusoire de cette prétendue différence d'intensité : « Assurément, dit-il, l'ordre public peut s'opposer plus fréquemment, en matière de droits acquis, à l'existence du droit qu'au mode de sa création. Car les prohibitions d'ordre public se limitent généralement au territoire. Quand notre ordre public interdit une certaine manière d'acquérir le droit, sa défense est d'ordinaire implicitement limitée à notre territoire; il n'empêche pas ce mode d'acquisition à l'étranger. Mais ce n'est pas toujours vrai. Parfois notre ordre public prohibe d'une manière absolue, universelle, un certain mode d'obtention du droit. A ce chef, ses défenses intéressent également le juge qui est saisi d'une simple question de droits acquis (158).

Et Wigny de conclure que, même dans une simple question de

---

157) Nussbaum (op. cit., § 13, p. 80) démontre l'inutilité de la théorie des droits internationalement acquis en DIP. Il conclut : « Der Zwang überall eine Unterscheidung zwischen erworbenen und noch zu erwerbenden Rechten durchzuführen, nötigt zu scholastischen Konstruktionen »; (cf., dans le même sens, Arminjon, op. cit. I, t. I, p. 271 ss. et Bartin, op. cit. II, § 78, p. 195).

158) Voir, dans ce sens, les arrêts de la cour d'appel d'Aix et de la cour cass. (Cl., 1926, p. 667 et Cl., 1928, p. 678, du 23 décembre 1925 et du 6 mars 1928, aff. La Ropit), où les juges français ont refusé une action en revendication basée sur les décrets de nationalisation soviétiques. Dans ce cas, l'ordre public ne défendait pas l'existence du droit, car la propriété publique est légale en France, mais interdisait le mode de création du droit — confiscation sans indemnité — quoique la création fût survenue à l'étranger. Voir encore l'arrêt de la cour cass. (Cl., 1932, p. 142 et Dar.-Lapr., 1930, p. 526, du 21 avril 1931, aff. D° Ponnoucannammale c. Nadimoutoupouille), où les juges ont refusé à un sujet britannique d'origine hindoue, régulièrement adopté selon la loi hindoue, laquelle autorise l'adoption même si l'adoptant a des enfants légitimes, la qualité d'héritier dans une succession portant sur des immeubles situés en Cochinchine. L'ordre public ne défendait pas l'action en pétition d'hérédité, reconnue en France, mais interdisait, comme contraire à l'art. 344 CCfr., le mode de devenir héritier, quoique l'adoption eût lieu à l'étranger.

droits acquis, l'ordre public garde la double influence que les lois prohibitives ont en droit interne, avant tout conflit de lois. Il s'oppose ordinairement à l'existence du droit lui-même; il peut aussi condamner la manière dont il fut acquis. Nous ne pouvons donc plus invoquer la portée différente de la notion d'ordre public pour justifier la distinction entre une question de conflit et une difficulté de droits acquis. Qu'il s'agisse de créer ou de reconnaître un droit, les deux influences de l'ordre public sont possibles.

En pure logique même, l'ordre public, pour demeurer vraiment ce qu'il est, devrait toujours condamner la manière dont un droit fut acquis à l'étranger, si cette manière avait empêché le droit d'être acquis selon la loi du for. Dès lors, il ne saurait être dans le domaine des droits acquis moins intense que dans celui des conflits de lois. Telle est l'opinion de Bartin (op. cit., II, § 98, p. 259 à 262). « Admettre le contraire, c'est, dit-il, donner ainsi alternativement deux solutions contradictoires de la même question. Cette question ne se dédouble pas en deux difficultés distinctes, susceptibles de deux solutions différentes, logiquement conciliables entre elles. Dès lors, pour les jurisconsultes qui partent de cette idée que les dispositions d'ordre public (international) dans un Etat donné, se caractérisent par leur objet, par l'intérêt social qui s'attache à l'observation de la règle qu'elles posent, il est clair que ces dispositions ne changent pas de nature, suivant que la disposition contraire de la loi étrangère, normalement applicable, est invoquée devant la juridiction française pour atteindre en France le résultat que la loi française interne interdit, ou, suivant qu'elle est invoquée devant la juridiction française pour atteindre en France les conséquences de ce résultat normalement atteint à l'étranger, alors que c'est justement à raison de ces conséquences possibles que le résultat dont ces conséquences découlent ne saurait être atteint en France. »

Ce point de vue est aussi celui d'autres théoriciens du droit international et des tribunaux de nombreux pays (159). Pour expliquer

---

159) Voir Bartin (op. cit. I, p. 255 à 262 et les arrêts cités); Nolde (« Les mesures soviétiques d'expropriation devant les tribunaux étrangers », Rev. Sottile, 1929, p. 201 à 213, en part., p. 211/12); Olivi (« Du mariage en DIP », Rev. DI et lég. comp., t. XV/1883, p. 209 à 241 et p. 357 à 385, en part., p. 384); Esperson (op. cit., § 21, p. 78/80); Bianchi (« Saggi di studi sul DIP », Archivio giuridico, t. X/1872, p. 427 à 497, en part., p. 440); Foelix et Demangeat (op. cit. supra n. 33, t. I, p. 383); Trias de Bes (op. cit. I, n° 383, p. 429 ss.); Calandrelli (« Questiones de DIP », 2 vol., Buenos-Aires, 1911-13, t. I, p. 637); cf. encore Pillet-Niboyet (op. cit., n° 348, p. 438/39, n. 2). Voir aussi un arrêt de la cour d'appel de Neuchâtel (Rec. off. arrêts cour app., t. XIV, p. 221; CL, 1887, p. 115, du 26 mars 1881, aff. Schurer). Les auteurs précités ont tous estimé que le droit régulièrement acquis par le divorce prononcé, dans un pays étranger, entre deux ressortissants de ce pays, n'autorisait pas logiquement l'un ou l'autre des conjoints à contracter mariage dans un Etat qui condamne le divorce d'ordre public (Italie, France, avant la loi du 27 juillet 1884, Espagne, avant la loi du 2 mars 1932, Argentine). Les deux premiers Etats n'ont pas tardé à abandonner définitivement ce point de vue. Quant à l'arrêt de la cour d'appel de Neuchâtel, il a refusé, comme contraire à la maxime « la recherche de la paternité est interdite », inscrite à l'art. 246 de l'an-

une différence d'application de l'ordre public, illogique en soi, « on ne peut que faire appel à la mobilité arbitraire des dispositions d'ordre public dans toute jurisprudence » (Bartın, op. cit. II, § 212, p. 586 et op. cit. I, p. 262). L'explication qu'on a tenté de donner du double rôle de l'ordre public, par la théorie des droits acquis, n'est donc pas pertinente. Comment vouloir établir la portée de l'ordre public par la théorie des droits internationalement acquis, alors que, précisément, un droit ne peut être internationalement acquis que si une restriction illogique et inexplicable de l'ordre public le permet dans le pays d'importation?

Quant à soutenir que le rôle du juge, en matière de droits acquis ou de reconnaissance de jugements étrangers, n'est souvent qu'un rôle passif se bornant à constater des faits qui se sont passés à l'étranger et qui ne justifient pas une intervention de l'ordre public, tandis que le rôle du juge, dans les conflits de lois, est un rôle actif, créant le droit, qui justifie une intervention de l'ordre public, « c'est, dit Bartın (op. cit. I, p. 260), pure subtilité d'école, indigne d'expliquer quoi que ce soit de vivant et de concret. » Car où s'arrête le rôle actif et où commence le rôle passif du juge, où commence le droit et où s'arrête le fait?

Ainsi, l'ordre public devrait logiquement conserver partout en DIP, la même intensité. Mais, comme nous l'avons relevé, il peut y avoir utilité — et la création de la théorie des droits acquis, tout artificielle qu'elle soit, est précisément là pour prouver cette utilité — à attribuer à cette notion perverse certaines différences d'intensité, selon que le juge dit, lui-même, le droit ou est simplement appelé à en constater déjà l'existence antérieure.

En principe, avons-nous dit, l'ordre public joue le même rôle en matière de droits acquis qu'en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers. Les auteurs, en effet, ne distinguent pas sur ce point. Nous devons donc remarquer que la plupart du temps, — certaines dispositions du droit de famille quelquefois exceptées —, un droit ne sera acquis dans le pays d'importation qu'après avoir obtenu l'*exequatur* du jugement qui l'a créé. Or, comme la question de l'*exequatur* pose à la fois une question de droits acquis et une question de conflit de lois, l'ordre public apparaîtra plus fréquemment ici qu'en matière de droits acquis. La nature de cette notion reste, par ailleurs, la même; seuls les cas d'application particuliers à la procédure de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers s'ajoutent à ceux qu'on rencontre dans les droits acquis. D'autre part, « il n'y a pas, dit Leresche (op. cit., p. 130) nécessité logique absolue à ce qu'un rapport de droit contraire à l'ordre public lorsqu'il est directement invoqué devant un tribunal, le soit aussi dans le cas d'*exequatur* d'un jugement étranger, mais très souvent l'assimilation peut se justifier ». Ainsi, le jugement étranger dont on demande l'*exequatur* pourra être refusé lorsqu'il se trou-

---

cien CCnench., la reconnaissance d'un jugement étranger au canton (décision soleuroise) condamnant le père d'un enfant illégitime à servir à cet enfant des prestations pécuniaires (cf. Bartın, op. cit. I, p. 280).

vera en contradiction avec une sentence interne, ou émanant des tribunaux nationaux (pour le droit de famille), antérieurement rendue sur la même contestation (ATF, t. XLVI, I, n° 61, p. 464; Cl., 1921, p. 284; BIII, t. VI/1922, p. 64, n° 854, du 27 novembre 1920, aff. Mercier; ATF, t. LVIII, II, n° 49, p. 324, du 9 juin 1932, aff. Masse en faillite D' Koenig div. Breitling c. Banque cantonale thurgovienne). Il y aura refus d'*exequatur* aussi, lorsque le procès étranger implique une violation des principes essentiels de la procédure ou lorsque le jugement rendu n'est pas motivé (cf. Petitpierre, op. cit., p. 47 et les arrêts y cités). En revanche, toutes les questions relatives à la compétence du tribunal qui a statué ou à la procédure devant le juge (moyens de preuve, formes de la procédure, etc.) ne relèvent pas de l'ordre public (160). Selon Gombeaux (« Exécution des jugements étrangers », Cl., 1908, p. 85 à 94, en part., p. 90), le jugement rendu ou le droit acquis à l'étranger par refus d'application ou par application erronée du droit suisse, doit néanmoins être reconnu dans notre pays. Cette opinion paraît quelque peu hardie, car elle ne tient pas compte de l'ordre public suisse qui a pour mission de s'opposer fréquemment à une fausse application du droit suisse à l'étranger. La reconnaissance des jugements étrangers en Suisse a donné lieu récemment à quelques monographies très complètes, où sont étudiées les espèces ayant donné lieu à une intervention de l'ordre public (voir, notamment, Leresche, op. cit., p. 129 à 132, Petitpierre, op. cit., p. 191 à 194 et Stauffer, op. cit. II, p. 48 à 53).

En ce qui concerne les sentences arbitrales, rendues à l'étranger, il est naturel que l'ordre public du pays où l'exécution est demandée soit appliqué, le cas échéant (voir Stauffer, op. cit., II, p. 53 et Nussbaum, « Probleme des Internationalen Schiedsgerichtswesens », Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, t. I/1926, p. 7 à 37, en part., p. 25 à 27, n° 15). Sera contraire à l'ordre public, le fait de soumettre à l'arbitrage certains litiges qui ne peuvent être portés que devant les tribunaux ordinaires, le fait que les parties n'ont pas été interrogées elles-mêmes par le tribunal arbitral, mais non pas le fait que les témoins ont été appelés à prêter un serment inconnu du droit du for ou le fait que la sentence arbitrale n'a pas été motivée, si les parties ont admis, dans la clause compromissoire, la valeur d'un jugement non motivé ou encore le fait que la décision rendue contre un défendeur défaillant n'a pas été portée à la connaissance de ce dernier par l'intermédiaire de l'autorité compétente ou par le tribunal arbitral lui-même, mais par une voie privée (ATF, t. LVII, I, n° 85, p. 424, du 4 décembre 1931, aff. Kronengeld frères c. cour d'appel de l'Argovie).

Ajoutons encore qu'en principe, le jugement pénal étranger sera reconnu, que les effets de ce jugement soient de nature civile ou de nature pénale (condamnation prononcée, diminution de la capacité civile, droits acquis en cas de récidive, comme le prévoient les art. 37 et 96 CPneuch.). Mais l'ordre public peut s'opposer à la reconnais-

---

160) Voir, cependant, un arrêt de la cour d'appel de Milan (Cl., 1908, p. 251, du 28 février 1907, aff. Cramer c. Cramer et Anelli).

sance des jugements pénaux. En matière d'extradition, l'autorité qui extradite concourt, en fait, à l'exécution de la sentence pénale que prononcera ou qu'a prononcée l'Etat requérant. Elle le fait sous réserve de l'ordre public (voir loi fédérale du 22 janvier 1892, sur l'extradition aux Etats étrangers, en particulier les art. 9 à 12).

Nous n'avons toutefois pas l'intention d'examiner les nombreux cas d'ordre public soulevés par l'exécution des jugements répressifs étrangers. Donnedieu de Vabres y a consacré des pages excellentes (op. cit. II, p. 302 à 355).

## CHAPITRE QUATRIEME

### LIMITATIONS A LA RESERVE GENERALE DE L'ORDRE PUBLIC

#### *Bibliographie spéciale*

- HUZZATI, G. C. — Le droit international privé d'après les Conventions de la Haye. Le mariage, (trad. Rey), Paris, 1911.
- LEWALD, H. — La réglementation de l'ordre public sur le terrain des traités diplomatiques, *Dar.-Lapr.*, 1928, p. 149 à 167.
- KOSTERS et BELLEMANS. — Les Conventions de la Haye, de 1902 et 1905, sur le droit international privé, La Haye, 1921.

La notion de l'ordre public, qu'il est impossible de définir d'une façon précise, peut être, cependant, limitée de diverses manières. Elle peut l'être, soit par des lois internes, soit par des traités internationaux.

Nous avons mentionné ailleurs les dispositions générales consacrées à l'ordre public par les principaux droits. Le manquement de la notion de l'ordre public laissant au juge un large pouvoir d'appréciation, les législateurs ont jugé nécessaire, dans certains cas particuliers, de fixer cette notion, une fois pour toutes, par des dispositions spéciales, afin d'enlever au juge tout prétexte d'arbitraire.

Citons quelques exemples. Ainsi, le législateur Italien a disposé à l'art. 102 CCit. que, pour contracter mariage, l'étranger doit être capable non seulement d'après sa loi nationale, mais aussi d'après la loi Italienne (161) (art. 55 ss. CCit.). Le législateur allemand, de son côté, a inscrit dans l'EGzBGE, à côté de la réserve générale de l'art. 30, la réserve de l'art. 2, 2<sup>e</sup> phrase; de l'art. 13, 3<sup>e</sup> al.; de l'art. 17, 4<sup>e</sup> al.; et de l'art. 21, 2<sup>e</sup> phrase. Citons encore, dans le même ordre d'idées, le § 61 de la loi allemande sur la bourse, du 8 mai 1908.

Ces dispositions jouent un peu le rôle de *leges speciales* qui précèdent ou bornent, dans les limites de leur champ d'application, la *lex generalis* de l'art. 12 disp. prélim. CCit. ou de l'art. 30 EGzBGE. Le

161) Sur l'interprétation de l'art. 102 CCit., voir Udina (Rép., t. VI, « DIP de l'Italie », p. 513, n° 139).

juge italien ou allemand ne peut, dès lors, avoir recours à l'ordre public général que dans la mesure où, pour certaines matières, celui-ci n'est pas défini ou restreint par des dispositions légales spéciales. Il n'aurait pas, pour ces matières, le droit d'aller au delà en se fondant sur la disposition générale d'ordre public du for, puisque les dispositions spéciales sont précisément faites pour déterminer le champ d'application de la disposition générale (162).

Les dispositions générales sur l'ordre public peuvent être encore limitées, du fait des traités internationaux (cf. Bartin, op. cit. 1, p. 270).

Dans la vie internationale, les Etats concluent fréquemment entre eux des traités et conventions diplomatiques sur des matières de droit privé. Ces traités peuvent tenir compte de l'ordre public ou l'ignorer purement et simplement. Que faut-il décider dans ce dernier cas? « *A priori*, dit Lewald (op. cit., p. 164), on serait disposé à refuser aux Etats contractants le droit de faire valoir le point de vue de l'ordre public pour écarter la règle de conflit, contractuellement fixée » (163). Dans nombre de cas, cependant, la solution ne paraît

---

162) Voir, sur cette question, Lewald (Rép., t. VII, « DIP de l'Allemagne », n° 42 à 45, p. 306 à 307; n° 176, p. 341; n° 227 à 331, p. 358/59; Schuster (« Die Vorbehaltsklausel bei der Scheidung von Ausländern in Deutschland », Zeit. f. ausl. und IPR, t. VI, 1932, p. 517 à 530) et Melchior (op. cit., §§ 234 à 237, p. 352 à 358, en part., p. 356) qui déclare: « die Ansicht, dass die Anwendung des Art. 30 EGzBGB durch die auf dem Gedanken des ordre public beruhenden Spezialvorschriften eingeschränkt werde, ist abzulehnen. Soweit nicht besondere Gründe für die Annahme des Gegenteils vorliegen, muss man das Verhältnis der *lex specialis* zur *lex generalis* dahin auffassen, dass ausserhalb des Anwendungsbereichs der ersteren die letztere anwendbar bleibt, wenn nur ihre Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. »

163) C'est ainsi que Laufke a pu écrire (Rép., t. VII, « DIP de la Tchécoslovaquie », p. 225, n° 286): Les « Regierungsverordnungen », du 19 mars 1919 et du 18 juin 1925, disposent que les règles contenues dans le § 81, n° 4, « Exekutionsordnung » ne s'appliquent pas à l'octroi de la force exécutoire des titres autrichiens... Le pouvoir du contrôle du titre autrichien ne s'étend pas à la question de savoir si la personne contre laquelle l'exécution est demandée a été dans l'impossibilité, à raison d'une irrégularité, de participer à la procédure se déroulant devant le tribunal ou l'administration étrangère, ou si l'exécution doit conduire à la reconnaissance d'un rapport de droit ou à la réalisation d'une prétention que le droit tchécoslovaque, pour des raisons d'ordre public ou de bonnes mœurs, ne permet pas de déduire en justice ou de valider. On explique cette limitation du pouvoir de contrôle par cette circonstance que l'état du droit autrichien coïncide, dans ses lignes essentielles, avec celui de la Tchécoslovaquie, en sorte qu'il n'y a pas lieu de redouter une atteinte à l'ordre public. » Dans le même sens, voir l'arrêt de l'« Oberlandesgericht » de Colmar, du 18 octobre 1910, cité par Lewald (Rép., t. VII, p. 307, n° 49). Le tribunal n'a pas admis le recours à l'ordre public, dans une affaire de reconnaissance et d'exécution de jugement français, par ce motif que le traité franco-badois, du 16 avril 1846, énumère d'une façon complète les conditions à la réunion desquelles est subordonnée l'exécution des jugements et que, par suite, la disposition du § 328, chif. 4 ZPO, prévoyant la clause d'ordre public, doit être écartée. Ce traité n'est d'ailleurs plus en vigueur.

pas être aussi simple. Selon Lewald (Rép., t. VII, «Le DIP de l'Allemagne», p. 307, n° 49 et op. cit., p. 149 ss.), lorsqu'un traité international contenant des règles de conflit ne mentionne pas la réserve de l'ordre public inscrite dans le texte du traité même ou faite par les États contractants lors de la signature ou du dépôt des instruments de ratification ou d'adhésion (164), l'intervention de l'ordre public dépendra de l'interprétation de chaque traité (165). On ne

---

164) A ce sujet, la convention de DIP, signée à la Havane, le 20 février 1928, et entrée en vigueur le 25 novembre de la même année, (Rec. Traités, t. LXXXVI, n° 1950, p. 112) contient plusieurs réserves des États signataires, parmi lesquelles il est intéressant de relever celle du Nicaragua (traduction officielle du Secrétariat de la S.D.N.):

« Pour les questions qui sont actuellement ou pourraient être à l'avenir considérées comme soumises au droit canonique, le Nicaragua ne pourra appliquer les dispositions du Code de droit international privé qui se trouveraient opposées à ce même droit. »

La délégation du Nicaragua a ajouté que quelques-unes des dispositions du Code approuvé sont en désaccord avec les dispositions expresses de la législation du Nicaragua ou avec des principes fondamentaux de cette législation; mais, pour rendre pleinement hommage à l'œuvre insigne de l'illustre auteur de ce code, la délégation a préféré, au lieu de préciser les réserves de cas, laisser aux pouvoirs publics le soin de formuler des réserves ou de réformer, dans la mesure du possible, la législation nationale, dans les cas d'incompatibilité.

165) Valéry (op. cit., n° 455, p. 626/27) s'exprime ainsi: « Tout ce qu'on peut admettre, c'est que les dérogations à une loi interne ne peuvent être déduites par voie d'interprétation des clauses d'un traité et c'est ainsi qu'il a pu être décidé, à juste titre, que, même si une convention internationale stipule que les jugements rendus dans un pays étranger seront rendus exécutoires en France sans révision au fond, le tribunal français saisi d'une demande *d'executur* a toujours le droit de vérifier si ces traités ne sont pas contraires à l'ordre public. » Le CF a également défendu un point de vue analogue dans son rapport, du 3 octobre 1921, sur la motion Robert Schmid, relative à la révision de la convention de La Haye, du 12 juin 1902, réglant les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps (FF, 1921, t. IV, p. 497 à 506, en part., p. 498). « L'ordre public suisse, dit-il, peut être invoqué même à l'encontre d'une application du droit étranger basée sur une convention internationale, lorsqu'il s'agit de normes générales de la convention et que, dans le cas concret, il existe des motifs d'ordre public d'y apporter une exception. »

Voir aussi l'arrêt de la cour cass., du 26 mars 1924, (cité dans les « Observations préliminaires du tarif des douanes de France », 1922, p. 81) aux termes duquel, les dispositions de l'art. 15 de la loi française du 11 janvier 1892, portant établissement du tarif des douanes de France, étant d'ordre public, les traités internationaux relatifs à la protection des marques de fabrique ne peuvent faire obstacle à leur exécution.

Pour Foelix et Demangest (op. cit. *suprà* n. 33, t. II, p. 44 et 121 et auteurs y cités), le respect de l'ordre public est une condition tacite des traités d'exécution, condition jugée tellement indispensable et fondamentale qu'il n'est même pas nécessaire de la formuler. En sens contraire, Asser (« De l'effet ou de l'exécution des jugements rendus à l'étranger en matière civile et commerciale », Rev. DI et lég. comp., t. 1/1869, p. 473 à 493, en part., p. 482 à 486).

saurait donner une solution *a priori*, mais la solution conforme aux dispositions du traité doit toujours bénéficier du doute (166).

Mais laissons de côté les traités qui ne contiennent aucune disposition en faveur de l'ordre public des Etats contractants. Dans la plupart des traités Internationaux touchant à des objets de droit privé, nous rencontrons la réserve de l'ordre public. Cette réserve peut être générale ou limitée à des cas particuliers.

La réserve générale tend, pratiquement, à réduire considérablement l'entente réalisée, car, dit Lewald (op. cit., p. 165), c'est évoquer pour la règle de conflit contractuellement fixée, tous les dangers inhérents à l'ordre public et livrer l'harmonie législative à l'appréciation arbitraire du juge (167). La réserve générale peut, toutefois, être, sur certains points, précisée ou limitée par une ou plusieurs dispositions spéciales expresses, inscrites dans le traité lui-même ou contenues dans des conventions ultérieures passées entre les mêmes Etats. Ces dispositions spéciales ont, à l'égard de la réserve générale, exactement les mêmes effets que les *leges speciales*, étudiées plus haut, à l'égard de la *lex generalis*. Ainsi, l'art. 5, 3<sup>e</sup> al., de la convention franco-suisse, du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile, a limité, sur un point donné, la portée générale de l'art. 17, 1<sup>er</sup> al., chif. 3 de cette même convention (168). Le juge, se trouvant en présence d'une disposition contractuelle exigeant impérativement l'application de la loi étrangère dans des cas déterminés, ne peut plus invoquer les nécessités de l'ordre public du for (cf dans le même sens Beck, op. cit., p. 83, n<sup>o</sup> 92). Mais en dehors des cas visés par les dispositions spéciales limitant ou précisant la réserve générale d'ordre public, celle-ci conserve son empire absolu.

---

166) Dans ce sens, Melchior (op. cit., § 238, p. 359/60) : « Meines Erachtens, ist im Zweifel anzunehmen, dass im Bereich staatsvertraglicher Regelung des IPR die Anwendung der Vorbehaltsklausel ausgeschlossen sein soll » et Beck (op. cit., p. 83, n<sup>o</sup> 92) : « Die Berufung auf den ordre public ist auch gegenüber einer auf Staatsvertrag beruhenden Anwendung fremden Rechts nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern nur, wenn sie durch den Vertrag ausgeschlossen werden wollte. »

167) Comme exemple de réserve générale d'ordre public, dans les traités actuellement en vigueur, autres que les conventions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers, citons l'art. 86 du traité conclu le 19 mars 1924, entre l'Autriche et la Pologne, concernant le concours réciproque des tribunaux et des autorités des deux pays, (Rec. Traités, vol. LVI/1926, n<sup>o</sup> 1326, p. 95, trad. officielle du Secrétariat de la S.D.N.) : « L'application du droit de l'un des Etats contractants et la reconnaissance des décisions de ses tribunaux dans l'autre Etat, ne pourront avoir lieu, s'il devait en résulter une situation juridique qui, en vertu des lois de cet Etat, ne peut être reconnue, ni faire l'objet d'une action en justice pour des motifs d'ordre public ou de moralité, ou si un procès, sur l'affaire en question, est pendant par devant les tribunaux de cet Etat, ou, enfin, si le cas a déjà fait l'objet d'un jugement passé en force de chose jugée. »

168) Cf., sur ce point, Châtenay (« Les successions en droit franco-suisse », thèse de Lausanne, 1922, p. 22 et 41).

En l'absence de réserve générale contenue dans le même traité ou dans un traité antérieur, les réserves restreintes à des cas particuliers obligent, au contraire, les Etats contractants à ne faire application de l'ordre public que dans le cadre limité que lui assignent ces réserves spéciales (art. 2 et 3 Conv. La Haye, du 12 juin 1902, sur le mariage, p. ex.) (169). Or, comme, selon Lewald, « il n'existe aucune formule d'une validité générale pour neutraliser l'ordre public et que nous devons nous contenter de valeurs approximatives », cette espèce de traités diplomatiques est, certes, la meilleure.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'on puisse énumérer limitativement, dans une convention internationale, les cas où l'ordre public pourrait intervenir. « Ce fut, dit Niboyet, op. cit., n° 439 et 440, p. 542 à 544, l'idée chimérique des Conférences de La Haye de 1894 à 1904, lorsqu'elles cherchèrent à établir une convention sur les successions. L'expérience ayant démontré que la notion de l'ordre public n'étant pas internationale et immobile ne pouvait être fixée pour une longue durée dans chaque cas particulier, les Conférences de 1925 et 1928 sur la matière revinrent donc à l'exception générale et ne parlèrent plus que des principes de l'ordre public. » Klein (op. cit., p. 348 à 384), de son côté, avait prévu quatre possibilités de limiter conventionnellement l'ordre public: 1) soit par l'établissement d'une exception générale; 2) soit par l'affirmation d'une exception générale accompagnée d'exceptions spéciales précisant l'exception générale; 3) soit par le moyen d'une exception générale que les Etats contractants sont chargés de spécialiser, *expressis verbis*, dans leur propre législation; 4) soit, enfin, par l'indication d'exceptions spéciales. Klein examine à fond les avantages et les désavantages des quatre possibilités et conclut en faveur de la première (cod. loc., p. 365).

L'admission de l'ordre public, soit tacite, soit expresse, dans un traité international, présente de toute façon, qu'elle soit totale ou partielle, un gros danger. Les Etats contractants ne sont pas en mesure de prévoir, lors de la ratification du traité, quelles seront les lois futures de leurs partenaires. En laissant à leurs tribunaux la faculté d'appeler, même dans certains cas seulement, l'ordre public du for à la rescousse, les Etats s'engagent à tolérer que les autres pays contractants puissent peut-être appliquer, un jour, des prescriptions d'ordre public absolument inconnues lors de la ratification du traité (cf. Melchior, op. cit., § 238, p. 359/60).

Dans le cas où l'ordre public est expressément limité ou supprimé dans des conventions internationales, la question se pose de savoir si les Etats étrangers à la convention peuvent aussi voir leurs

---

169) Dans ce sens, Beck (op. cit., p. 83, n° 92) « Dadurch (c.-à-d. par une limitation prévue dans un traité international) wird der schweizerische ordre public eingeschränkt, « mit der Folge, dass der schweizer Richter die Anwendung des ausländischen Rechts nicht mit der Begründung ablehnen kann, dass er nach seiner Auffassung dem öffentlichen Wohl widerspreche, da sonst die Bestimmung des Staatsvertrages in ihr Gegenteil verkehrt würde » (ATF, t. XLIII, II, n° 73, p. 556, du 6 décembre 1917, aff. époux Arnaboldi).

lois bénéficié, dans les Etats contractants, de la limitation ou de la suppression de l'ordre public? Supposons que la Suisse ait, à tort selon nous, considéré comme contraire à l'ordre public, l'incapacité au mariage, dite de vieillesse, de l'ancien droit impérial russe, selon lequel tout sujet du tsar, ayant dépassé l'âge de 80 ans, ne pouvait plus contracter mariage. Admettons, d'autre part, que, dans certaines parties de la Bessarabie, naguère russe et actuellement roumaine, le droit tsariste se trouvait précisément être le droit applicable jusqu'à ces temps derniers (170). Comme la Roumanie est partie à la convention de La Haye sur le mariage, le droit roumain particulier à la Bessarabie était applicable en Suisse. Aux termes des dispositions de la convention, l'ordre public suisse aurait été, dès lors, inopérant pour s'opposer à la célébration du mariage d'un sujet bessarabien, âgé de plus de 80 ans, supposé régi par l'ancienne loi tsariste russe naturalisée roumaine. Car la convention n'a pas réservé l'application de l'ordre public au cas de l'incapacité à mariage, dite de vieillesse. Jusqu'ici tout est parfaitement clair; mais il est intéressant d'examiner maintenant si la Suisse aurait pu, aussi longtemps que cette incapacité à mariage était connue d'au moins un des Etats contractants (en l'espèce supposée, de la Roumanie), refuser de célébrer le mariage d'un vieillard lithuanien de Kowno régi, lui aussi, par l'ancien droit tsariste russe naturalisé lithuanien, en alléguant que ce mariage était contraire à l'ordre public suisse et que la Lithuanie, étrangère à la convention de La Haye, ne se trouvait pas au bénéfice des dispositions de celle-ci?

Le problème nous paraît être d'une certaine importance par les principes qu'il met en jeu. L'ordre public a-t-il ou n'a-t-il pas une valeur d'exception *erga omnes*? Doit-on admettre, dans des cas d'espèces fort voisins, l'impossibilité de son intervention, s'il y a une convention entre l'Etat du for et l'Etat étranger, et la possibilité de son intervention, s'il n'y a pas de convention entre l'Etat du for et l'Etat étranger? Il y a trois manières d'envisager la question: Dans des circonstances identiques, l'ordre public dépend-il uniquement des dispositions d'un traité international, de sorte qu'on doive renoncer à l'appliquer, totalement ou partiellement, à l'égard des seules lois édictées par les Etats contractants? Ou bien l'ordre public est-il indépendant de la portée spatiale du traité, de sorte qu'étant indivisible, il ne peut, dès lors, plus, dans la mesure où l'Etat du for y a renoncé contractuellement, être appliqué à l'égard de quelque Etat que ce soit, contractant ou non? Ou bien encore, une renonciation à l'ordre public est-elle subordonnée, dans des conflits entre la loi de l'Etat du for, partie au traité, et la loi d'un Etat non partie à ce

---

170) En ce qui concerne l'in vraisemblable imbroglio de coutumes et de lois réellement applicables en Bessarabie, avant la loi du 28 mai 1928 introduisant le CCroum. dans cette province, voir Angelesco (« Avant-projet de code civil roumain », Bull. Soc. lég. comp., t. LXII/1933, p. 141 à 185, en part., p. 145); Radulescu (« L'introduction de la législation roumaine en Bessarabie », Bull. Soc. lég. comp., t. LIX/1930, p. 1 ss.) et Kauschansky (« Der Rechtszustand in Bessarabien », Rev. suis. jur., t. XXVI/1929/30, p. 358/59).

traité, à l'existence d'une disposition inscrite dans un accord liant ces deux Etats, disposition semblable à la fameuse clause de la nation la plus favorisée?

Pour choisir entre ces trois solutions, il convient, selon nous, de rechercher la nature du traité portant abandon de l'application, totale ou partielle, de l'ordre public.

Si le traité est un traité de nature politique, tel qu'un traité de paix ou un accord réglant l'échange de populations, la renonciation, de la part de l'un des Etats, de faire intervenir l'ordre public dans certaines matières du droit privé n'a d'effet qu'à l'égard de l'autre partie contractante. Il s'agit ici moins de régler certains rapports juridiques de droit privé que d'assurer à l'Etat partenaire des avantages politiques ou aux nationaux de cet Etat un traitement particulier. Ainsi la Grèce a reconnu, après les guerres balkaniques (Traité d'Athènes, du 14 novembre 1913, entre la Grèce et la Turquie et, antérieurement, Convention gréco-turque, du 24 mai 1881), que les populations musulmanes fixées en Thessalie, en Macédoine et en Epire seraient admises à jouir de leur droit privé, spécialement en ce qui concerne la matière du mariage et du divorce (171). Ce faisant, la Grèce n'a entendu renoncer à l'application de l'ordre public qu'en ce qui concerne ses nouveaux nationaux, anciens sujets turcs, qui lui ont été cédés en échange de cette garantie expresse. Elle n'a pas entendu diminuer, à l'égard d'autres Etats, la valeur de sa réserve d'ordre public en matière de mariage. Ceci paraît nous ramener au problème des conflits d'annexion, où deux législations différentes peuvent coexister sur un même territoire sans que l'ordre public de l'Etat annexant intervienne nécessairement à l'encontre des lois encore en vigueur dans les parties annexées. Il y a, cependant, entre les deux cas une différence fondamentale. Dans les conflits d'annexion, il ne dépend que du bon vouloir du législateur annexant de maintenir sur le territoire annexé, pour une période plus ou moins longue, la législation propre à ce territoire, même si elle est contraire à l'ordre public de la législation annexante. Dans les conflits que nous étudions ici, il ne dépend pas du bon vouloir du législateur annexant de maintenir ou de supprimer ces règles de droit privé contraires à son ordre public; il est obligé de les conserver, par un instrument diplomatique international. Cette obligation pour le législateur annexant de maintenir, aux termes d'un traité international, la législation annexée, même en ce qu'elle a de contraire à l'ordre public annexant, doit être interprétée strictement et ne le lier qu'à l'égard de l'Etat avec lequel il a conclu ce traité. L'Etat tiers qui réclamerait, pour lui ou ses nationaux, le même traitement ou les mêmes avantages que ceux garantis à l'Etat contre-partie au traité, devrait se fonder sur une disposition conventionnelle identique, ou

---

171) Voir Carabiber (Rép., t. VI, « DIP de la Grèce », n° 59, p. 419 et n°s 90 ss., p. 428 ss.) et Streit (op. cit., p. 87 ss.). En ce qui concerne les obligations analogues imposées à la Turquie par le Traité de Paix de Lausanne, du 24 juillet 1923, voir Salem (Rép., t. VII, « DIP de la Turquie », n°s 212 à 213 bis, p. 265/66).

lui garantissant, dans ces matières, le traitement de la nation la plus favorisée.

Lorsque le traité international est un traité relatif à la reconnaissance ou à l'exécution de décisions judiciaires étrangères, une renonciation générale à se prévaloir de l'ordre public, inscrite dans ce traité, ne peut s'étendre à d'autres Etats qu'aux Etats partenaires. D'autre part, une renonciation partielle n'a de valeur qu'entre les Etats contractants, car la reconnaissance ou l'exécution des décisions judiciaires étrangères est conditionnée très largement par la connaissance qu'a chaque Etat contractant de la procédure et de l'organisation judiciaire de son partenaire. Dans ce domaine, une renonciation à l'ordre public ne peut avoir été consentie qu'*intuitu alterius partis*.

Mais, hors ces cas, la valeur de l'ordre public doit être appréciée différemment. Cette notion est indivisible de nature. Nous avons montré qu'elle varie de pays à pays, que si elle se retrouve partout, en tant que notion fondamentale du droit international, l'aspect de ses manifestations change suivant les diverses législations. Elle doit donc être étudiée dans sa portée et dans ses effets, pour chaque système législatif pris en particulier. Aussi bien, avons-nous critiqué la théorie de l'effet réflexe de l'ordre public, qui tend à attribuer, dans certains cas, à un ordre public étranger la même valeur qu'à l'ordre public du for et, partant, à reconnaître les effets de cet ordre public étranger. Dans chaque système législatif, l'ordre public ne peut être qu'absolu. Sous peine de condamner cette notion elle-même à disparaître, on ne peut la fragmenter, c'est-à-dire, l'appliquer dans un cas et ne pas l'appliquer dans un autre, si les deux espèces sont analogues. En d'autres termes, ou bien l'ordre public s'appliquera à des rapports de droit analogues, régis par des lois étrangères différentes, parce que les principes que ces lois étrangères incorporent sont contraires à l'ordre public, ou bien il s'appliquera dans un cas et pas dans l'autre, mais perdra alors son caractère d'ordre public et, partant, cessera d'exister en tant que tel. Il n'y a pas de tierce solution. Mais il ne peut y avoir de doute: la notion de l'ordre public est absolue et on ne concevrait pas que le législateur considérât, dans un cas, l'application d'un principe incorporé dans une de ses lois comme indispensable au maintien de l'ordre et de la morale de l'Etat et qu'il considérât, dans un autre cas, cette application de la loi du for comme si peu indispensable qu'il pût y renoncer partiellement par traité international. Dès l'instant où le législateur fait sienne, comme loi nationale, une convention où il renonce à l'application de l'ordre public dans un certain nombre d'hypothèses, il doit le faire dans toutes les hypothèses analogues, quelle que soit la loi étrangère compétente (172).

---

172) Après avoir ratifié la Convention de la Haye sur le mariage, la Suisse n'a pas admis la thèse que nous défendons dans le texte. Par circulaire du 7 novembre 1905 (FF, 1905, V, p. 124), le CF n'a pas jugé que la convention dût avoir nécessairement une répercussion quelconque sur la doctrine de l'ordre public. Il a décidé que, dans tous les cas, les

La question doit être envisagée uniquement du point de vue de l'ordre public et non de celui du traité international. Si un Etat a renoncé par convention à appliquer l'ordre public sur certains points, c'est moins en faveur de tel Etat, qu'en faveur de telle institution ou de tel principe juridiques étrangers, dont il était à même de connaître la nature ou de mesurer la portée. Peu lui importe que, sur ces points, la loi étrangère, à l'égard de laquelle il renonce à appliquer l'ordre public, relève de l'Etat A, partie cocontractante d'une convention internationale, ou de l'Etat B, étranger à cette convention. Ce à quoi la Suisse a renoncé, dans l'exemple que nous avons donné de l'incapacité à mariage, dite de vieillesse, c'est de condamner cette incapacité en soi. Qu'elle relève du droit roumain, du droit polonais ou du droit lithuanien, peu importe, la renonciation a valeur universelle et s'étend *erga omnes*. Les pays tiers peuvent donc s'en prévaloir, sans faire entorse au principe général qu'un tiers ne peut bénéficier d'une *res inter alios acta*, et sans devoir s'appuyer sur une clause contractuelle qu'on pourrait appeler « de la loi étrangère la plus favorisée ». Il s'ensuit que la renonciation à faire usage de l'ordre public ne s'étend qu'aux institutions qui sont connues des Etats parties à la convention, qu'elles soient introduites dans la législation de ces Etats, avant ou après l'établissement de la convention. C'est ainsi que, logiquement, les Etats qui ont ratifié la convention de La Haye sur le mariage ne s'obligent pas à renoncer généralement à leur ordre public, sauf les cas visés aux art. 2 et 3, mais s'engagent à ne pas recourir à l'ordre public quand l'institution étrangère — d'un pays quelconque —, inconnue du droit du for, mais connue du droit d'un Etat cocontractant, devrait, à ce titre, être admise en tant qu'institution d'un Etat partenaire. Il est, dès lors, rigoureusement impossible que l'Italie, partie à la convention de La Haye sur le divorce et la séparation de corps, reconnaisse les divorces prononcés, selon les règles de l'art. 7, par les Etats parties à la convention, mais refuse, pour des raisons d'ordre public, de reconnaître ceux qui le sont, pour les mêmes causes et selon une procédure analogue, par des Etats tiers. A ce propos, Udina (Rép., t. VI, « DIP de l'Italie », n° 50, p. 516/17) s'exprime excellemment en ces termes: « La grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence italiennes s'accordent aujourd'hui, dans le sens que l'efficacité d'un divorce, prononcé valablement à l'étranger entre étrangers, en dehors de l'obligation internationale établie dans les rapports entre les Etats contractants par l'art. 7 de la convention de La Haye, doit être reconnue . . . On ne pourrait en faire une question d'ordre public à l'égard des nationaux de certains Etats seulement, alors qu'à l'égard des nationaux d'autres Etats liés par la convention de La Haye, la reconnaissance du divorce valablement prononcé à l'étran-

---

dispositions de la loi fédérale restent applicables aux étrangers non ressortissants d'Etats contractants. Buzzati (op. cit., p. 255) s'étonne, à bon droit, de cette opinion: « Nous ne savons vraiment pas, dit-il, comment on peut justifier le système suivi par le CF, comment la répercussion dont nous avons parlé n'a pas été remarquée ou, si elle l'a été, pourquoi on n'en a pas tenu compte. »

ger a été expressément stipulée (173). Mais les causes de divorce doivent être les mêmes, et les formes de la procédure doivent offrir les mêmes garanties que celles prévues dans les pays parties à la convention. Ainsi, l'Italie ne serait pas tenue de reconnaître un divorce prononcé selon la loi soviétique, sur simple réquisition d'un des conjoints (dans ce sens, Perassi, note, Riv. dir. int., 1927, p. 580/81). L'ordre public italien reprendrait, dans ce cas, son empire absolu, car la renonciation ne porte que sur l'incompatibilité du divorce, considéré en soi, avec l'ordre public italien, et non sur les causes de divorce.

D'autre part, les Pays-Bas qui, jusqu'ici, ont toujours prononcé le divorce des étrangers établis sur le territoire de cet Etat en appliquant, d'ordre public, le droit néerlandais (Richard-Prassinos, op. cit., p. 293) ne devraient plus suivre ce système exclusif, mais généraliser l'application des lois nationales et du lieu de la demande, prévues à l'art. 1<sup>er</sup> de la convention de La Haye, sur le divorce (174). Il semble d'ailleurs que la jurisprudence y tende lentement.

---

173) Dans ce sens, Degand (Rép., t. V, « Le divorce et la séparation de corps », n° 90, p. 557); van Hille (Rép., t. X, « Traité de DIP de La Haye », n° 109, p. 614 et n° 121, p. 616); Niboyet (Rép., t. X, « Ordre public », n° 173/74, p. 121/22); Melchior (op. cit., § 240, p. 361); Perassi (note, Riv. dir. int., 1927, p. 120/21 et 577 à 581); Richard-Prassinos (op. cit., p. 274/75 et 306); Anzilotti (note, Riv. dir. int., 1912, p. 609). Parmi les arrêts les plus récents, citons: cour d'appel d'Aquila (Riv. dir. int., 1930, p. 119, du 13 avril 1928. *off. Fabucci c. Maravieli*); cour d'appel de Rome (Cl., 1931, p. 218, du 17 juin 1930, aff. Marozzo c. Basso); cour d'appel de Rome (Cl., 1931, p. 218, du 26 juin 1930, aff. Bestelli c. Cariegel); cour d'appel de Milan (Cl., 1932, p. 521, du 10 juillet 1931, aff. Notari c. Rescali). Ces arrêts confirment de nombreuses décisions antérieures. En sens contraire, récemment: cour d'appel de Bari (Riv. dir. int., 1930, p. 237, du 25 octobre 1929, aff. Pansini c. Tacovelli); cour d'appel de Milan (Riv. dir. int., 1927, p. 575, du 30 juin 1927, aff. Wedenisoff c. Lombardi); cour cass. du Royaume (Riv. dir. int., 1930, p. 237, du 15 mai 1928, même aff.). Ces arrêts font suite à une nombreuse jurisprudence. La question est donc très controversée devant les cours italiennes, mais, à notre avis, l'unité de l'ordre public doit commander l'extension à tous Etats quelconques, de la reconnaissance du divorce prononcé à l'étranger entre étrangers. Le fait que l'Italie, après les accords du Latran avec le Saint-Siège (11 février 1929), a introduit, à titre facultatif, le mariage canonique ne peut avoir aucune influence pour restreindre la reconnaissance des divorces étrangers; voir, dans ce sens, Bosco (« Le nuove leggi sul matrimonio et la loro influenza nel DIP italiano », Riv. dir. int., 1930, p. 363 à 378 et 461 à 508, en part., p. 504 ss.) et Sauser-Hall (« Les accords du Latran et la compétence des tribunaux suisses de prononcer une séparation de corps entre époux italiens », Rev. suis. jur., t. XXVIII/1931/32, p. 141 à 146, en part., p. 146, 1<sup>er</sup> col.). En sens contraire, tout au moins en ce qui concerne les divorces entre conjoints catholiques ou mariés canoniquement, cour d'appel de Trente (Cl., 1931, p. 217, du 26 février 1930, aff. Tamanini c. Corio); cour d'appel de Rome, du 26 juin 1930, cité plus haut.

174) Nous concédons, toutefois, que le cas des Pays-Bas n'est pas entièrement comparable avec celui de l'Italie. En effet, les Pays-Bas appliquent la *lex fori* à la matière du divorce comme la Suisse le faisait dans son ancienne jurisprudence, en considérant, conformément à la doctrine savignienne, les lois hollandaises régissant cette partie du droit de la famille, comme des lois coercitives absolument obligatoires (cf. *suprà*

De même, il conviendrait que l'Italie n'appliquât plus l'art. 102 CCit., exigeant que l'étranger, pour contracter mariage, soit capable aussi bien d'après la loi italienne que d'après sa loi nationale, aux pays dont la législation est analogue à celle des Etats contractants de La Haye (cf. Udina eod. loc., n° 139, p. 514, et n° 144, p. 515). Buzzati (op. cit., p. 257 et 259) prétend que l'Italie ne pourrait renoncer à l'application d'ordre public de l'art. 102 CCit. à l'égard des Etats non parties à la convention que si le législateur italien abrogeait ou modifiait ces articles. Ce point de vue paraît critiquable. Une disposition positive de la loi est toujours abrogée, *ipso jure*, par une disposition subséquente qui lui est contraire, à plus forte raison si la nouvelle disposition est d'ordre public. Car l'ordre public, répétons-le, ne peut souffrir le maintien de dispositions contradictoires dans les matières qu'il entend régir. Il n'est nul besoin que la disposition nouvelle abroge ou modifie, *expressis verbis*, la disposition ancienne qui lui est contraire. Van Hille (op. cit. n. 173, n° 41, p. 598) admet que « l'art. 2 de la convention de La Haye sur le mariage a grandement modifié la notion d'ordre public chez les Etats contractants... Une brèche a été faite dans les idées particulières des Etats. La Suède a compris l'inélégance de cette dualité en étendant les principes de la convention à tous les étrangers (175). Il y a pour-

---

n. 35). Ainsi l'ordre public, qui, en Italie, intervient vraiment en qualité de notion exceptionnelle, est, aux Pays-Bas, devenu, grâce à la généralité de son application et à l'absolutisme de son empire, une règle de conflit de compétence normale, au même titre que les autres règles de DIP fixées *a priori* par le législateur. Dès lors, il serait facile de soutenir que l'engagement contractuellement souscrit, en ce qui concerne les rapports internationaux avec certains Etats, de renoncer à une telle règle de conflit en faveur d'une autre règle de conflit portant, p. ex., application de la loi nationale et de la loi au lieu de la demande, ne peut s'étendre à des Etats tiers. On pourrait invoquer, pour étayer cette thèse, l'existence, dans plusieurs pays, de plusieurs règles de conflit (l'une autonome, les autres contractuelles) destinées à régir la même matière, suivant que tel ou tel Etat étranger entre en ligne de compte. Le DIP de la Suisse, notamment, présente ce phénomène qui n'a rien d'anormal. P. ex., il soumet, en principe, la succession à la loi du dernier domicile du défunt (art. 22, 1<sup>er</sup> al. LCES); mais dans les relations avec certains pays, c'est la loi nationale du défunt, — toutes les conditions nécessaires à l'application des traités sur la matière étant remplies —, qui fait règle. L'art. 5 de la convention franco-suisse, du 15 juin 1869, en ce qui concerne les successions mobilières, l'art. 17 de la convention italo-suisse, du 22 juillet 1868, en ce qui touche les successions en général, ont, en particulier, consacré ce dernier système.

Cependant, même généralisée, l'application, aux Pays-Bas, de la *lex fori*, en matière de divorce, n'en repose pas moins sur des considérations d'ordre public et doit être considérée en droit, sinon en fait, comme une exception au jeu normal des règles abstraites de conflit de lois. Dès lors, la renonciation à se prévaloir d'une exception doit s'étendre à d'autres Etats que ceux avec lesquels les Pays-Bas sont contractuellement liés.

175) Loi du 13 avril 1904 et loi du 8 juillet 1904, concernant certaines questions de droit international, relatives au mariage et à la tutelle, lois partiellement modifiées par la loi du 12 novembre 1915 (voir Koster et Bellemans, op. cit., p. 19 et p. 178).

tant des objections à faire à l'application des lois de tous les pays non contractants ».

Kahn (op. cit., t. II, p. 176 à 178) relève que « strictement interprété l'art. 8, 2<sup>e</sup> al. de la convention de La Haye sur le mariage rétablit, dans son empire absolu, à l'égard des Etats non parties à la convention la clause générale de l'ordre public abolle dans les rapports mutuels des Etats contractants. La différence, entre le DIP de la convention et celui qui existe en dehors d'elle, doit donc être principalement recherchée dans le fait que les limites tracées à l'ordre public par le premier n'ont pas de valeur dans le second. Mais même là où ces limites ne peuvent s'imposer juridiquement, la raison commande qu'elles soient, dans nombre de cas, prises en considération. On ne saurait admettre, sans de graves et suffisants motifs, que l'ordre public du for se comporte à l'égard de droits étrangers autrement qu'à l'égard des droits visés par la convention. En règle générale, on ne pourrait justifier une différence de traitement que si les règles ou les institutions du droit étranger étaient d'une nature totalement diverse de celles qui sont en vigueur dans les Etats civilisés et en particulier dans les Etats contractants ».

De son côté Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 225) affirme que pour juger de l'influence d'un traité international sur l'ordre public des Etats parties à ce traité, il ne faut pas prendre en considération le droit des Etats qui ont participé aux négociations et n'ont pas signé le traité, mais le droit des seuls pays signataires, même s'ils n'ont pas ratifié l'accord. Cette opinion est fautive. La législation des seuls Etats contractants, c'est-à-dire, des Etats qui, ensuite de ratification ou d'adhésion, sont effectivement parties à une convention internationale, doit être prise en considération pour déterminer la portée de l'ordre public des autres Etats. Le point de vue défendu par Frankenstein obligerait les Etats contractants à modifier leur ordre public, selon les changements survenus dans la législation d'Etats signataires, mais étrangers à l'accord; sinon les premiers continueraient de tenir compte, du point de vue de l'ordre public, de règles ou d'institutions juridiques qui auraient cessé d'être en vigueur. L'opinion de Frankenstein aurait encore pour conséquence que les Etats parties à une convention devraient renoncer à se prévaloir de leur ordre public pour des institutions connues seulement d'Etats non parties à la convention, sans que ces derniers prennent, de leur côté, le plus léger engagement à l'égard des premiers. Cette inégalité de traitement serait choquante.

Buzzati (op. cit., p. 259 et 263) distingue entre l'ordre public prohibitif et l'ordre public permissif :

En ce qui concerne le premier, il propose la règle suivante: « Chaque Etat contractant sera amené à ne refuser l'application d'une loi étrangère que lorsqu'elle sera contraire, ou à un empêchement établi par la loi interne et déclaré applicable par l'art. 2 de la convention de La Haye sur le mariage, p. ex., ou à un empêchement en vigueur sur tout le territoire conventionnel. » Cette formule paraît heureuse et nous pouvons nous y rallier. Elle suppose, aux dires mêmes

de l'auteur, que « chaque Etat appliquera à tous les étrangers — ressortissants ou non des Etats contractants — les empêchements à la fois établis par la loi interne et déclarés applicables par l'art. 2 de la convention et à tous les étrangers non ressortissants d'Etats contractants les empêchements non déclarés applicables par l'art. 2 de la convention qui sont uniformément reconnus par tous les Etats contractants, p. ex., l'empêchement résultant d'un mariage antérieur dissous » (176).

En ce qui touche l'ordre public permissif, Buzzati part, en revanche, d'un point de vue erroné. Il constate que la convention n'autorise le recours à l'ordre public permissif que pour des motifs religieux. Il en déduit que les Etats contractants ont renoncé à se prévaloir de l'ordre public permissif, dans d'autres domaines. La conséquence en serait que pour éviter une contrariété d'ordre public, les membres de la convention devraient renoncer à l'égard de n'importe quel Etat, lié ou non à la convention, à recourir à l'ordre public permissif, pour d'autres motifs que les motifs religieux. Cette déduction logique, Buzzati ne l'a lui-même pas faite sienne. Effrayé sans doute des conséquences possibles, il veut que l'abandon de l'ordre public permissif n'ait pas de portée extracontractuelle. Ainsi, la loi suédoise qui interdit le mariage de l'épileptique sera respectée dans les autres Etats conventionnels, par abandon de leur ordre public permissif, mais ces Etats, maintenant alors ce même ordre public, ne devraient pas respecter une disposition analogue figurant dans la législation d'un pays étranger à l'accord. Le point de vue de Buzzati est manifestement erroné. Il s'agit ici de ne pas juger, dans chaque cas particulier, du point de vue de l'ordre public, mais du point de vue de l'institution envisagée. Les Etats contractants ont entendu renoncer, par l'art. 3 de la convention, à appliquer leur ordre public permissif aux institutions en vigueur dans l'un ou l'autre de ces Etats. Si ces mêmes institutions sont en vigueur ailleurs, elles devront, pour éviter

---

176) Il peut être intéressant de constater, à ce propos, qu'un territoire conventionnel peut ne pas former un tout indivisible, c'est-à-dire, n'être pas le même pour tous les Etats parties à une convention internationale. Dès lors, il convient de ne pas considérer *in abstracto* un territoire conventionnel donné, mais, uniquement, en fonction de chacun des partenaires à la convention. Ainsi, la convention de La Haye sur le mariage, dont il est question dans le texte, groupe actuellement les Etats (Dantzic, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Suède et Suisse), aux yeux de qui la convention a valeur obligatoire entre tous les pays qui l'ont ratifiée ou qui y ont adhéré et 2°) les Etats (Allemagne, Italie, Portugal, Roumanie et Hongrie), aux yeux de qui la convention n'a valeur obligatoire qu'entre les pays soustraits aux stipulations abrogatives contenues dans les traités de paix ayant mis fin à la grande guerre. De nouveaux accords bilatéraux ont, d'ailleurs, aboli entre l'Allemagne et l'Italie, la Hongrie et l'Italie, la Hongrie et la Roumanie, ces stipulations abrogatives (cf. Beck, op. cit., p. 270/71, n° 4 et 5). Pour apprécier les limites contractuelles de l'ordre public, en tenant compte des empêchements en vigueur sur le territoire conventionnel, le juge devra donc considérer uniquement le territoire conventionnel particulier à l'Etat du for.

une contrariété d'ordre public, être également reconnues et appliquées. Seules, les institutions inconnues de l'un ou de l'autre des Etats contractants peuvent être rejetées par l'ordre public permissif de l'un de ces Etats.

Nous pouvons donc assister à ce phénomène curieux qu'avant même d'avoir adhéré à un accord international de DIP, un Etat tiers bénéficiera, devant les tribunaux d'un Etat partie à cet accord, des limitations apportées, dans l'accord, à l'ordre public de cet Etat. C'est ainsi que la Pologne qui, depuis le 25 août 1929, est partie aux conventions de La Haye sur le mariage et le divorce, pouvait, dès avant cette date, bénéficier de la renonciation, consentie par les Etats contractants, d'appliquer leur ordre public à certaines institutions étrangères. En adhérant aux conventions, la Pologne n'a pas obtenu, sur ce point, de nouveaux avantages juridiques; elle n'a fait que se soumettre aux principes généraux des conventions et qu'à en assurer l'application aux autres Etats contractants.

En ce qui concerne l'ordre public, il n'est donc pas nécessaire de prévoir, pour assurer aux Etats tiers, le traitement accordé aux Etats contractants, une clause, qu'on pourrait appeler « de la loi la plus favorisée », liant ces Etats tiers à l'un ou à l'autre des pays parties à la convention. La renonciation à l'ordre public, à l'égard de n'importe quel Etat étranger aux accords, a lieu, dans les limites que nous avons établies ci-dessus, en l'absence de toute clause inscrite dans un traité bilatéral. C'est pourquoi, la disposition prévue dans le traité de commerce, du 26 mai 1930, entre la Suisse et les Pays-Bas (FF, 1931, II, p. 57), ad art. 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> al., protocole final, ne saurait, à notre avis, viser l'ordre public. Cette disposition est ainsi conçue:

« Il est entendu que la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas aux avantages découlant des traités bilatéraux ou plurilatéraux ou mesures unilatérales ayant pour but d'éviter la double imposition, ainsi que des traités de DIP et, notamment, des traités y relatifs de La Haye » (177).

Les Pays-Bas ne sauraient, selon nous, se fonder sur ce texte, pour continuer à se prévaloir de leur ordre public, en matière de divorces suisses. L'art. 1<sup>er</sup> de la convention de La Haye sur le divorce a définitivement aboli l'empire exclusif de la *lex fori* aux Pays-Bas, pour lui substituer, à l'égard de tous les Etats, le système mixte de la loi nationale et de la loi du lieu de la demande. Néanmoins, il demeure en danger que les Pays-Bas n'adoptent pas, sans restriction, cette solution logique. C'est peut-être là le sens malheureux de la disposition rapportée ci-dessus.

Le principe de l'unité de l'ordre public, que nous venons de dé-

---

177) Une disposition analogue se trouve dans la convention de commerce entre les Pays-Bas et la Hongrie, du 9 décembre 1924, échange de notes, à la même date (Rec. Traités, t. XLVII, n° 1130, p. 91 et 96); dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Pays-Bas et le Siam, du 18 juin 1925, protocole (Rec. Traités, t. LVI, n° 1328, p. 57); dans la convention de commerce entre les Pays-Bas et la Grèce, du 12 mai 1926, protocole (Rec. Traités, t. LXI, n° 1440, p. 295).

fendre, exige donc, en matière de droit privé, l'extension des renonciations contractuelles à se prévaloir, dans certains cas, de l'ordre public. En revanche, lorsqu'un Etat renonce, par convention internationale, à appliquer ses dispositions de droit public ou de droit pénal, il ne peut être question d'étendre cette renonciation à tous les Etats (178). Le droit public ou le droit pénal touche de trop près à l'existence même de l'Etat, pour qu'une abdication partielle de la territorialité de ces droits puisse valoir *erga omnes*. Il ne s'agit plus de l'exceptionnelle notion territoriale d'ordre public, mais d'une territorialité normale que les Etats peuvent tempérer à leur gré, en faveur de lois étrangères déterminées (voir à ce sujet notre chapitre sur l'ordre public dans les diverses disciplines du droit). Ainsi, l'art. 2 de l'accord germano-russe signé à Rapallo, le 16 avril 1922 (Rec. Traités, t. XIX, n° 498, p. 248), ne règle certaines questions de droit public, celle de l'expropriation sans indemnité, en particulier, qu'entre l'Allemagne et l'U.R.S.S. (179). Par cet article, l'Allemagne a reconnu l'expropriation, sans indemnité, faite au détriment de ses nationaux, avant la conclusion du traité. Elle n'a pas reconnu les expropriations, sans indemnité, qui ont frappé les Allemands, ultérieurement au traité, ni celles, quel que soit le moment où elles sont intervenues, qui ont été faites à l'égard de personnes ayant une autre nationalité. La territorialité du droit public allemand exige donc l'application de la loi allemande dans les cas qui ne relèvent pas du traité de Rapallo et le rejet (art. 30 EGzBGB) des actions civiles intentées en Allemagne ou la non-reconnaissance (art. 328, chif. 4, ZPO) des jugements rendus dans l'U.R.S.S. et portant expro-

---

178) Pour Melchior (op. cit., §§ 240 et 241, p. 361 à 365), l'unité de l'ordre public dépend du point de savoir si le traité international incorpore une conviction juridique générale (« ob in dem Staatsvertrag eine allgemeine Rechtsüberzeugung zum Ausdruck kommt ») ou si, pour des raisons politiques, il est uniquement destiné à régir les conflits de lois s'élevant entre les Etats partenaires. Dans le premier cas, il y aura extension *erga omnes* des renonciations contractuelles à se prévaloir de l'ordre public; dans le second cas, ces renonciations n'auront pas de portée extracontractuelle. Cette division ne nous paraît guère scientifique. Elle autorise l'arbitraire, favorise la revanche de l'ordre public, encourage le juge à des discriminations et incite le législateur à imprimer un caractère politique à certains traités qui, normalement, ne devraient pas avoir ce caractère. Notre solution fondée sur la nature des diverses disciplines du droit, — il est vrai souvent difficile à déterminer! —, nous paraît plus rigoureuse.

179) Cet art. a la teneur suivante (trad. officielle du Secrétariat de la S. D. N.): « L'Allemagne renonce aux réclamations provoquées, soit par le fait que jusqu'ici les lois et dispositions promulguées par la République socialiste fédérative des Soviets de Russie ont été appliquées aux ressortissants du Reich allemand ou à leurs droits privés, ainsi qu'aux droits du Reich allemand et des Pays (allemands) vis-à-vis de la Russie, soit par les autres mesures prises par la République socialiste fédérative des Soviets de Russie ou ses agents à l'égard des ressortissants du Reich ou de leurs droits privés; sous réserve que le gouvernement de la République socialiste fédérative des Soviets de Russie s'engage, de son côté, à ne pas donner satisfaction aux réclamations analogues présentées par de tierces puissances. »

priation sans indemnité (180). L'art. 19 du traité consulaire, du 12 octobre 1925, entre l'Allemagne et l'U.R.S.S. (Rec. Traités, t. LIII, n° 1258, p. 163) n'a de valeur également qu'entre ces deux pays. Aucun Etat tiers ne saurait se prévaloir de l'exception apportée, par cet article, aux règles de l'organisation administrative pour exiger, en l'absence de dispositions contractuelles *ad hoc*, les mêmes avantages (181).

Prenons un autre exemple encore qui nous est fourni par la convention de La Haye sur le mariage. Cette convention a donné aux empêchements de droit public, connus d'un certain nombre d'Etats contractants, une portée extraterritoriale (cf. Koster et Bellemans, op. cit., p. 22 à 41) (182). Les autres Etats parties à la convention n'ont donc plus le droit de s'opposer, au nom de leur ordre public, aux empêchements de droit public étranger. Ainsi, la Suisse ne pourra pas célébrer le mariage d'un militaire allemand qui n'aurait pas respecté la disposition du § 1315 BGB ou le mariage d'un prince italien de la maison royale qui n'aurait pas satisfait à l'art. 69 CCit. Mais cette renonciation d'opposer l'ordre public est inscrite dans une convention qui (Roguin, op. cit II, t. III, n° 913, p. 624) « en thèse générale ne dispose pas sur le droit public », mais traite uniquement de droit privé. Il en résulte qu'elle ne peut s'étendre au droit public d'Etats qui ne sont pas parties à la convention. L'ordre public suisse ne se contredirait pas en respectant l'empêchement militaire pour les Allemands et en rejetant un empêchement analogue pour les Français, en refusant le mariage à un prince italien et en célébrant le mariage d'un prince anglais, au mépris du Royal Marriage Act.

Il en est de même en droit pénal. Un Etat, qui dans une convention internationale renoncerait, p. ex., à se prévaloir de l'ordre public du for pour refuser l'extradition des nationaux, ne se contredirait pas en continuant de refuser cette extradition aux Etats non parties à la convention.

---

180) L'opinion de Nussbaum (op. cit., § 10, p. 68) et des tribunaux allemands, qui voient, dans le texte de l'art. 2 du traité de Rapallo, « eine Anerkennung jener Gesetze und Massnahmen durch welche Deutschen und Nichtdeutschen die Berufung auf den ordre public vor den deutschen Gerichten genommen ist », est des plus contestables. Au sujet de ce traité, voir encore Lewald (Rép., t. VII, « DIP de l'Allemagne », p. 307, n° 48); Philonenko (« L'expropriation des biens particuliers par les Soviets, devant la justice allemande », Cl., 1929, p. 13 à 24) et Noide (article cité supra, n. 159).

181) Cet art. a la teneur suivante (trad. officielle du Secrétariat de la S. D. N.): « Les consuls généraux, consuls et vice-consuls, si les règlements du pays qui les a nommés les y autorisent, pourront procéder à des mariages, si les deux contractants sont ressortissants de l'Etat représenté par le consul.

Le fonctionnaire en question devra aviser immédiatement les autorités du pays, des mariages auxquels il aura procédé. »

182) C'est même pour ce motif que la France et la Belgique ont dénoncé les Conventions de La Haye, la France pour le 1<sup>er</sup> juin 1914, la Belgique pour le 1<sup>er</sup> juin 1918.

L'ordre public est limité encore, en vertu de l'application, par analogie, des règles de conflit interprovincial. Ces règles, nous le verrons dans le chapitre que nous consacrons à l'ordre public dans les conflits inter provinciaux, ne connaissent pas, dans nombre de cas, la notion de l'ordre public. Dès lors, si une législation étrangère, identique ou semblable à l'une des législations provinciales, entre en conflit avec les lois d'une autre province, le juge de cette province ne peut plus, à peine de consacrer une contrariété d'ordre public, considérer cette législation étrangère comme contraire à l'ordre public du for. La jurisprudence yougoslave vient d'en donner un exemple instructif (voir l'article de Péritch, « La France judiciaire », du 15 mars 1931, cité par Steiner, *Rev. suis. jur.*, t. XXVII/1930/31, p. 319) : En 1919, un Serbe et une Française se marièrent, à Alger, en se conformant à la loi française et sans faire suivre la célébration civile de leur union de la cérémonie religieuse exigée par la loi serbe. Les époux rentrèrent ensuite à Belgrade et le mari mourut. Les sœurs de ce dernier attaquèrent le mariage en nullité, aux fins d'intenter ensuite une action en pétition d'hérédité à l'enfant né de l'union. Par arrêt du 24 juin 1930, la cour cass. de Belgrade a débouté les demandereses et reconnu la validité du mariage. La cour s'est fondée sur le fait que la Yougoslavie, connaissant, dans les anciennes parties hongroises de son territoire, le mariage civil comme forme unique, ne pouvait plus considérer le mariage en question comme contraire à l'ordre public. Cette décision est excellente. Elle fait abandon international de l'ordre public dans les cas où, interprovincialement déjà, il ne pouvait plus être invoqué. Il va sans dire que cet abandon ne peut intervenir qu'en faveur d'institutions identiques ou semblables à celles qui sont connues des législations admises par l'Etat du for. Il n'est pas général, et personne ne saurait sérieusement demander une renonciation absolue à se prévaloir, internationalement, de l'ordre public, du fait que le droit interprovincial ignore complètement cette notion. Dans le sens de la cour cass. de Belgrade, voir Niboyet (*Rep.*, t. X, « Ordre public », p. 158, n<sup>os</sup> 389 à 391) et Rostworowski (« La codification du droit international et du droit interprovincial privé en Pologne », *Rev. DI et lég. comp.*, t. LVII/1930, p. 1 à 61, 376 à 412, 794 à 828, en part., p. 23).

## CHAPITRE CINQUIEME

### LES MESURES D'ORDRE POLITIQUE ET L'ORDRE PUBLIC

#### *Bibliographie spéciale*

- ARMINJON. — Les lois politiques et le droit international privé (Dar.-Lapr., 1930, p. 385 à 398).
- BURCKHARDT. — Das Recht der Neutralen auf Verkehr mit andern Staaten (Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft, t. XXIX/1915, p. 1 à 77).

CASSIN. — L'interdiction du commerce et des relations économiques avec l'ennemi, (Dar.-Lapr., 1918, p. 5 à 43 et 388 à 420).

NIBOYET. — I. (Voir notre bibliographie générale).

— II. De l'effet, en pays neutres, des mesures de guerre, telles que séquestre, liquidation de biens sous séquestre, et interdiction de commerce avec l'ennemi, (Dar.-Lapr., 1920, p. 248 à 257).

SAUSER-HALL. — Les traités de paix et les droits privés des neutres, Lausanne, 1924.

WIELAND. — Die Rechtsstellung des Zwangsverwalters eines kriegführenden Staates gegenüber dem neutralen Auslande, (Zeit f. schw. R., n. s., t. XXXVI/1917, p. 467 à 475).

Pour des raisons de politique interne ou internationale, les Etats sont amenés fréquemment à prendre des mesures se traduisant, dans le domaine du droit, par la promulgation de lois ou d'arrêtés qui sont directement contraires aux principes fondamentaux du droit en vigueur dans ces Etats (183).

Or ces mesures, revêtant un caractère politique prépondérant, peuvent être taxées d'exceptionnelles, lorsque, considérées du point de vue constitutionnel, elles visent, *a priori* et d'une façon arbitraire et injuste, constituant un véritable déni de justice, des Etats, des personnes ou des groupements de personnes bien déterminés. Les lois, décrets ou arrêtés qui peuvent,

1) soit frapper *a priori* n'importe quel justiciable ou viser n'importe quel Etat,

2) soit avoir en vue certains Etats ou certaines catégories de justiciables seulement, mais sans créer un déni de justice à l'égard de ces Etats ou de ces justiciables,

ne sont pas de nature politique et exceptionnelle, au sens où nous l'entendons ici. Des actes législatifs de ce genre font partie du droit public ou du droit civil normal et régulier:

1°) Il en est ainsi des mesures d'expropriation, sans indemnité, décrétées par les Soviets (contra, Niboyet, op. cit. I, n° 453, p. 564 à 566 et note dans Sirey, 1928, II, p. 162). Tel est encore le cas de la loi allemande du 15 juillet 1925, sur la revalorisation des créances (Aufwertungsgesetz), aux termes de laquelle le créancier de dettes, échues et payées entre le 15 juin 1922 et le 14 février 1924, peut faire valoir certains droits contre son débiteur. Cette loi est une loi de portée générale qui ne peut être exclue du jeu des règles du DIP pour des raisons d'ordre politique (184). Rien n'empêche, cependant, que l'exception d'ordre public puisse lui être opposée comme à n'im-

---

183) Arminjon (op. cit., Dar.-Lapr., 1930, p. 389) « Par loi politique, il faut entendre une loi qui fait exception aux principes et aux règles du droit, dans l'intérêt d'un Etat, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées. »

184) En sens contraire, voir le jugement rendu, le 31 mai 1930, par le trib. civ. de Genève (Arminjon, op. cit., p. 396) et annulé par arrêt du TF, le 26 février 1932, dans l'aff. citée sous n. 185, ainsi que le jugement prononcé, le 6 avril 1932, par le trib. civ. de Strasbourg (Dar.-Lapr., 1932, p. 568 et note de Caleb, p. 571).

porte quelle loi étrangère (185). Il en est de même de la loi polonaise sur les devises, du 20 novembre 1919, qui a donné lieu, en Allemagne surtout, à une abondante jurisprudence. Aux termes de l'art. 2 de cette loi, toutes les obligations contractées en marcs allemands, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, devaient être exécutées en marcs polonais, pour le même montant nominal. L'art. 4 de la même loi garantissait, d'autre part, aux débiteurs, domiciliés sur les territoires cédés, un moratoire pour leurs paiements à l'étranger. Les tribunaux et les doctrinaires allemands n'ont pas attribué un caractère politique aux dispositions précitées, mais se sont bornés, — et encore pas dans tous les cas —, à invoquer, à leur encontre, les exigences de l'ordre public allemand (186), notamment, en ce qui concerne la rétroactivité de l'art. 4 (cf. n. 185).

2°) D'autre part, les lois de certains Etats de l'Union nord-américaine, instituant l'empêchement à mariage fondé sur une différence de couleur, les art. du CCautr. prohibant le mariage entre chrétiens et adhérents à une autre religion, les dispositions du CCfr., relatives à l'incapacité de recevoir à titre gratuit, frappant les médecins, les pharmaciens et les ministres du culte, pas plus que l'impossibilité légale, pour les sujets d'Etats étrangers déterminés, de se prévaloir, dans d'autres Etats, de certaines lois spéciales, édictées par ces Etats,

---

185) Dans ce sens, voir ATF, t. LVIII, II, n° 21, p. 124, du 26 février 1932, aff. Crédit foncier bavarois c. Lecoulter (cf. n. 184): «Vainement, l'intimé déclare-t-il que la législation allemande n'a qu'un caractère politique et, par conséquent, n'a de valeur que dans le pays où elle a été promulguée. Il apparaît, au contraire, qu'en l'élaborant, le législateur allemand a cherché à faire œuvre d'équité, en atténuant le désarroi qu'une politique financière désordonnée avait créé dans les transactions commerciales.» A notre avis, cet arrêt est erroné dans ses conclusions, car l'ordre public suisse devait s'opposer à l'application des principes de rétroactivité que contient la loi allemande. Le TF a bien examiné ce point-là, mais il l'a résolu par la négative. Ses considérants témoignent, cependant, d'un certain embarras et d'un manque de netteté. Il admet, tout d'abord, que, dans sa généralité, l'affirmation d'une contrariété entre le principe de la rétroactivité et l'ordre public est manifestement insoutenable. Or le principe de la rétroactivité, en soi, n'avait pas à être jugé ici, mais seulement celui que la loi allemande avait consacré. Aussi, le TF sentant l'objection, s'empresse-t-il de déclarer que le législateur allemand a simplement poussé à ses dernières conséquences l'opinion, souvent exprimée par le TF, qu'il était contraire aux règles de la bonne foi d'exécuter une obligation d'argent avec une monnaie complètement dépréciée. Si, vraiment, la solution outrée du législateur allemand était conforme à la ligne suivie par notre jurisprudence, pourquoi le TF a-t-il senti le besoin d'ajouter qu'*«a priori, on ne peut pas dire que ladite solution s'imposerait sur la base du droit suisse»*? Sans doute, parce qu'il a senti tout ce qu'elle aurait d'inconvenant; dès lors, n'avait-il pas une raison suffisante pour invoquer l'ordre public, comme l'avait fait le juge genevois? Il a estimé, au contraire, que la disposition légale allemande «s'inspirait directement du principe essentiel de la bonne foi qui est le fondement de la jurisprudence fédérale en cette matière». Cela n'est pas suffisant.

186) Voir à ce sujet, Melchior (op. cit., §§ 44, 230 et 254, p. 70, 344 ss. et 383 ss.), ainsi que les nombreux arrêts et articles cités par cet auteur.

(lois professionnelles, lois fiscales, etc.) ne sont de nature politique exceptionnelle. Les règles précitées ont une portée générale, conforme, dans leur lettre ou dans leur esprit, aux principes fondamentaux du droit dont elles relèvent. On ne saurait parler ici d'un déni de justice.

Comme toutes les règles de droit, les mesures politiques, dont la durée peut être illimitée ou provisoire, ont une portée interne et une portée internationale. Si leur empire est incontesté en droit interne, il n'en va pas de même en droit international. Les auteurs s'accordent généralement à dire que ces mesures d'exception aux règles établies n'ont de valeur que pour l'Etat qui les a prises (187). Pour refuser de les appliquer ou de les reconnaître à l'étranger, les tribunaux ont souvent recouru à la notion de l'ordre public qu'ils ont fait intervenir ici, comme ailleurs, à la manière d'un *deus ex machina*. Cette extension de la notion de l'ordre public est erronée. L'exclusion des mesures politiques étrangères revêt un autre caractère que nous allons étudier rapidement.

Il convient de distinguer entre les mesures d'exception prises en temps de paix, et les mesures d'exception prises en temps de guerre:

I) *Temps de paix.* — Il peut arriver qu'en dehors de tout conflit international d'ordre politique ou économique, un Etat soit conduit à prendre des mesures faisant exception, sur des points spéciaux, aux principes généraux de sa charte fondamentale.

Il faut distinguer selon que la loi d'exception est invoquée devant un magistrat de l'Etat qui a édicté cette règle ou devant un magistrat étranger :

A) *Devant le magistrat national.* — La loi est appliquée rigoureusement, mais aussi restrictivement que possible. Dès que la lettre ou l'esprit de la loi ou du décret d'exception autorisent le doute, ou dès qu'un traité international (cf. Niboyet, *op. cit.* I, n° 34, p. 50, chif. 2 à 5) serait violé par l'application des mesures d'exception, le juge s'en tiendra aux principes généraux du droit. Ainsi en a-t-il été décidé, p. ex., pour la loi française du 1<sup>er</sup> juillet 1901, sur les associations (188).

---

187) Dans ce sens: Pillet (Sirey, 1908, IV, p. 12); Weiss (note dans *Dar.-Lapr.*, 1907, p. 425 à 446, en part., p. 427 ss.); Niboyet (*op. cit.* I, n° 369ter, p. 440; n° 453, p. 563; n° 514, p. 641); Lerehours-Pigeonnière (*op. cit.* I, n° 292, p. 264).

188) Voir l'arrêt du trib. consulaire de France, à Smyrne, (Cl., 1891, p. 279, du 3 juin 1890, aff. Pères Capucins du Couvent de St-Polycarpe de Smyrne c. D<sup>e</sup> Vve Girard): «Le régime, auquel sont soumises, en France, les communautés religieuses, doit être considéré comme applicable exclusivement aux associations religieuses établies ou qui désirent s'établir en France.» (Cf. Loubers, *Rép.*, t. V, «Congrégations ou communautés religieuses», p. 1 à 11). En revanche, la loi française fut appliquée aux congrégations anglaises des frères de la Passion, à Paris, et des bénédictins de Douai (cf. Huguency, *Rép.*, t. II, «Associations», p. 99, n° 40 à 47), mais ne fut pas appliquée aux congrégations autrichiennes et sardes qui bénéficiaient des dispositions de traités internationaux (eod. loc., p. 100, n° 48 à 50).

B) *Devant le magistrat étranger.* — Si, dans un conflit de lois, une loi d'exception était désignée comme compétente, aux termes des règles de DIP, le juge étranger devrait l'écartier, non pas comme contraire à l'ordre public du for, mais comme contraire aux dispositions générales de la législation étrangère elle-même. Un juge ne peut, ni ne doit, appliquer une loi étrangère, édictée pour des fins spéciales, consacrant une injustice flagrante, au détriment d'une personne ou d'une catégorie de personnes. Si le droit public de tout Etat peut être, en principe, appliqué ou reconnu à l'étranger, des mesures d'ordre politique, qui, d'ailleurs, relèvent aussi du droit public, ne lient pas les magistrats étrangers. Ceux-ci ont pour seule mission de dire le droit et de rendre, en tenant compte des lois compétentes, des décisions justes et équitables. Il n'appartient pas à des magistrats d'aider les autorités étrangères à poursuivre telle ou telle visée politique. Le droit ne peut pâtir de la politique; les deux domaines doivent rester bien distincts.

Toute mesure politique étrangère est donc inapplicable; mais une intervention de l'ordre public du for est, ici, hors de question. Car ces mesures exceptionnelles ne sont pas soumises, de par leur nature politique, aux règles du DIP, et le juge continuera simplement d'appliquer les principes généraux du droit étranger, en laissant de côté les exceptions qui leur auraient été apportées. Ainsi, toute loi politique ou toute disposition de nature politique, contenue dans une loi de droit civil, de droit public ou de droit pénal, sera purement et simplement ignorée. Elle restera en dehors de la juridiction des règles de conflit de lois (189). Dans l'affaire des chartreux, p. ex., que nous signalons plus bas, les juges étrangers, se bornant à méconnaître la loi spéciale, du 1<sup>er</sup> juillet 1901, sur les associations, appliqueront la loi française sur la protection des marques de fabrique.

C'est donc à bon droit que la cour de Paris a refusé (Sirey, 1838, II, p. 70, du 18 janvier 1836, aff. Duc de Brunswick c. Duc de Cambridge) de reconnaître la privation des droits civils infligée à un

---

189) Dans ce sens, Arminjon (op. loc., p. 392) «...il n'y a jamais à se demander si les lois politiques font exception ou non aux règles du DIP à l'action desquelles elles ne sont jamais soumises. Il est donc inutile de recourir, pour les écartier, dans un autre système juridique, à une de ces règles dites d'ordre public international...» et Melchior (op. cit., § 52, p. 79/80) qui admet la consécration, dans certains pays, de la solution préconisée dans notre texte. On peut considérer comme probable, ajoute-t-il, que les tribunaux allemands ne soumettront pas aux règles du DIP les lois étrangères que ces règles ne visent point; mais «es fehlen für das deutsche Recht ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme, dass hier ein Fall des Fehlens von Kollisionsnormen — im Unterschied insbesondere von den Fällen des Eingreifens der Vorbehaltsklausel — anzunehmen ist.» Quant à l'opinion de Lerebours-Pigeonnière (op. cit. I, n° 292, p. 265): «on invoque parfois, pour justifier cette exclusion, les intérêts de l'ordre public; il est plus exact de dire que ce sont les règles du droit public qui s'opposent, en pareille matière, à la création de situations comportant une valeur internationale», elle n'est exacte, à notre avis, que si l'auteur fait entrer les règles sur les conflits dans le droit public.

étranger par une sentence d'interdiction, rendue dans des conditions qui donnaient à cette sentence un caractère politique. C'est à bon droit, aussi, que cette même cour déclarait (Sirey, 1850, II, p. 668, du 26 novembre 1850) n'avoir pas à respecter, en France, le rescrit royal par lequel le roi François I<sup>er</sup> des Deux-Siciles interdisait à certains membres de sa famille de signer des engagements, de faire le commerce et de souscrire des effets de change. Le trib. civ. de la Seine, également, n'a pas reconnu (Cl., 1875, p. 20, du 7 mai 1873, aff. Micleslas Potocki) un oukaze du tsar de Russie interdisant un individu, pour raisons de représailles (190).

La célèbre affaire des chartreux, frappés par la loi française, du 1<sup>er</sup> juillet 1901, sur les associations, a donné lieu à une jurisprudence aussi abondante qu'unanime dans tous les Etats où la question s'est posée de savoir s'il convenait de faire droit aux prétentions de l'adjudicataire de leur marque. Les tribunaux ont toujours répondu par la négative (191).

II) *Temps de guerre.* — Lorsqu'un Etat prend, en temps de guerre, des mesures exceptionnelles afin de satisfaire aux besoins de la défense nationale et pour nuire à l'ennemi par tous les moyens, la question de savoir quel est l'effet international de ces mesures est beaucoup plus complexe. Il convient de se placer successivement à quatre points de vue: a) au point de vue de l'Etat même qui prend la mesure; b) au point de vue de l'Etat ennemi contre lequel est dirigée la mesure; c) au point de vue de l'Etat allié de celui qui a pris la mesure et d) au point de vue des Etats neutres dans le conflit.

A) *Du point de vue de l'Etat qui prend la mesure,* les effets de cette mesure doivent être aussi absolus que possible. Pendant le

---

190) Voir Pillet (op. cit. III, t. I, n° 244, p. 516); Valéry (op. cit., n° 598, p. 845); Weiss (op. cit., t. III, p. 438); Audinet (Rép., t. VII, «Etat et Capacité», n° 74 à 77, p. 869); divergeant, Vareilles-Sommières (op. cit. II, t. II, n° 849).

191) Trib. de Buenos-Aires, du 23 décembre 1905 (Dar.-Lapr., 1907, p. 612); trib. de Hambourg, du 23 février 1906 (Dar.-Lapr., 1907, p. 415), cour hanséatique de Hambourg, du 5 novembre 1907 (Dar.-Lapr., 1907, p. 949 et Cl., 1908, p. 848), trib. d'Empire, du 29 mai 1908 (Dar.-Lapr., 1909, p. 314); cour suprême d'Angleterre, du 11 décembre 1907 (Dar.-Lapr., 1908, p. 270 et Cl., 1908, p. 201), Chambre des Lords, du 18 mars 1910 (Dar.-Lapr., 1910, p. 914 et Cl., 1910, p. 1624); trib. de La Haye, du 1<sup>er</sup> mars 1907 (Dar.-Lapr., 1907, p. 458), cour de justice de La Haye, du 28 octobre 1907 (Dar.-Lapr., 1908, p. 213), cour cass. des Pays-Bas, du 5 mars 1908 (Dar.-Lapr., 1908, p. 848); trib. comm. de Bruxelles, du 18 février 1907 (Dar.-Lapr., 1907, p. 273 et 446), trib. civ. de Bruxelles, du 4 janvier 1911 (Cl., 1913, p. 647), trib. comm. de Bruxelles, du 27 juin 1911 (Cl., 1912, p. 908); cour de circuit des Etats-Unis, district de New-York, du 18 novembre 1907 (Dar.-Lapr., 1907, p. 972); cour d'appel de Rio-de-Janeiro, du 14 mai 1907 (Cl., 1908, p. 579) et trib. féd. du Brésil, du 10 mai 1907 (Cl., 1907, p. 1171); cour de justice civile de Genève, du 29 juin 1909 (Cl., 1912, p. 618 et Dar.-Lapr., 1911, p. 802); cour cass. pénale féd., du 13 février 1906 (ATF, t. XXXII, I, n° 20, p. 148 et Dar.-Lapr., 1907, p. 282), cour civile du TF, du 11 juillet 1913 (ATF, t. XXXIX, II, n° 111, p. 640).

Voir sur cette jurisprudence, Pillet (Mélanges, t. II, p. 27 à 39 et 507 à 553) et Loubers (op. cit. supra n. 158, n° 47 à 61, p. 8 à 10).

temps où elle est en vigueur, l'application normale des lois nationales ou étrangères qui lui sont contraires, est suspendue (cf. Battifol, Rép., t. III, « Commerce avec l'ennemi », p. 631 à 657, et Foote, op. cit., p. 403). La jurisprudence admet, cependant, certains tempéraments à ce principe fondamental (192).

B) *Du point de vue de l'Etat ennemi*, la mesure prise contre lui sera, cela va de soi, inexistante. En appliquant les mesures de guerre de son ennemi, un Etat contribuerait à l'action dirigée contre lui. Les nécessités de la défense et de la conservation nationales le lui interdisent absolument. Il lui est même loisible de répondre à la mesure ennemie par une mesure de même nature: les règles du droit international public — le droit de représailles y compris — l'y autorisent. La jurisprudence des Etats en guerre entre 1914 et 1918 s'est prononcée unanimement dans ce sens (193).

Il convient, cependant, de relever la jurisprudence des tribunaux civils belges qui fonctionnèrent dans la Belgique occupée. L'art. 43 du Règlement annexé à la Convention de La Haye, du 18 octobre 1907, sur les lois et coutumes de la guerre sur terre (voir Rec. off. lois féd. suisses, t. XXVI/1910, p. 372 ss.) dispose: « L'autorité du pouvoir légal ayant passé, de fait, entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics, en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». La jurisprudence belge a déduit de ce texte l'obligation, pour les juridictions locales, de sanctionner l'application du droit édicté par l'occupant (voir la jurisprudence citée dans Donnedieu de Vabres, op. cit. II, p. 189/90). « Cette jurisprudence, dit à bon droit Donnedieu de Vabres, n'était pas dictée par la lettre du Règlement de La Haye. L'appui, qui était ainsi donné aux lois ennemies par la juridiction et par la contrainte, révèle un sentiment naturel de patriotisme et de dignité. »

Les tribunaux d'un Etat belligérant refuseront, en outre, d'accorder l'*exequatur* aux jugements prononcés par des tribunaux étrangers qui n'auraient pas retenu les défenses édictées par l'Etat où l'*exequatur* est réclamé.

---

192) Voir l'arrêt de la cour cass. française (Cl., 1929, p. 650. du 21 nov. 1927. aff. Banque nationale de Grèce c. Guey): « Il résulte des dispositions des art. 1<sup>er</sup> et 2 du décret du 27 septembre 1914 que les actes ou contrats intervenus au cours des hostilités, entre des sujets de pays neutres et des sujets des empires d'Allemagne et d'Autriche Hongrie, ne sont nuls, au regard de la loi française, que s'ils ont été passés en territoire français ou de protectorats français; ils sont valables, au contraire, suivant le droit commun lorsqu'ils ont été passés en territoire neutre. »

193) Cependant, un Etat sera obligé de reconnaître souvent, comme élément de fait, la mesure de guerre étrangère dirigée contre lui. Ainsi, les tribunaux allemands ont prononcé, pendant la dernière guerre, que les interdictions de commerce décrétées par les Etats ennemis (ou même neutres), bien que n'ayant aucune valeur juridique pour les juges, pouvaient être valablement invoquées pour justifier l'impossibilité d'accomplir certaines prestations ou remplir certains engagements (cf. Nussbaum, op. cit., § 10, p. 69).

C) *Du point de vue de l'Etat allié à l'Etat qui a pris la mesure*, la question de savoir s'il doit appliquer ou non cette mesure est plus délicate. Nous avons vu que les tribunaux d'un Etat ne peuvent jamais appliquer les lois exceptionnelles édictées par un autre Etat. Ces lois sont destinées, cependant, à servir une œuvre et à faciliter un effort communs à tous les belligérants alliés. Ceux-ci pourront donc appliquer les mesures exceptionnelles édictées par les Etats alliés. Ils refuseront de même d'accorder l'*exequatur* aux jugements étrangers qui auront méconnu les défenses prises par l'Etat allié à celui où l'*exequatur* est réclamé (194).

D) *L'Etat neutre se trouve devant une tâche plus difficile*. Les règles du droit des gens lui prescrivent de ne pas servir les intérêts de l'un quelconque des belligérants. Or ce serait inévitablement le cas, s'il appliquait des mesures destinées, par l'un ou l'autre des Etats belligérants, à nuire à l'adversaire ou à porter un coup sensible à son organisation civile ou militaire. L'Etat neutre ne pourrait appliquer ces mesures que si le belligérant atteint avait consenti à la mesure prise contre lui, mais ce cas est assez improbable. En refusant d'appliquer et de reconnaître la législation de guerre d'un belligérant, en tant qu'elle porte atteinte à l'ennemi, le neutre ne recourt, cependant, pas à la notion d'ordre public. Il se conforme non seulement aux règles du droit des gens sur la neutralité, mais encore au principe fondamental qu'une mesure politique exceptionnelle ne peut être appliquée par un Etat étranger. C'est ainsi que les tribunaux suisses ont refusé, pendant la durée de la guerre de 1914 à 1918, d'appliquer ou de reconnaître, sur territoire helvétique, les mesures exceptionnelles prises par les belligérants à l'égard des nations ennemies (195).

Niboyet (op. cit. II, p. 256) analyse ainsi le jugement cité sous note 195: « Les tribunaux suisses auraient pu se contenter de dire que leur neutralité s'opposait à appliquer la mesure exceptionnelle.

---

194) Voir arrêt de la cour d'appel d'Egypte (BIII, t. XII/1925, p. 100, n° 3764, du 10 janvier 1924, aff. J. Allard et Cie c. Stagni et fils en liq., et cons.).

195) Dans ce sens, le TF a rendu un arrêt fort bien motivé (ATF, t. XLII, II, n° 27, p. 179; Cl., 1917, p. 306; Dar.-Lapr., 1917, p. 348, du 17 avril 1916, aff. « La Nationale » c. Biermann). Il s'agissait d'un contrat d'assurance, régi par le droit suisse, que la loi française, du 27 septembre 1914, prétendait modifier unilatéralement. Le TF s'exprime en ces termes: « Abgesehen davon, dass wie es sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, der zwischen den Parteien abgeschlossene Versicherungsvertrag als solcher, nach wie vor, dem schweizerischen Recht untersteht, kann eine Anwendung des französischen Kriegesdekretes für den schweizerischen Richter auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil es sich dabei nicht um privatrechtliche Bestimmungen, sondern um solche des öffentlichen Rechts und zwar um Vorschriften ganz exceptionellen Charakters handelt. Fällt grundsätzlich schon die Anwendung regulären öffentlichen Rechts eines fremden Staates nicht in den Kompetenzbereich des inländischen Richters, so ist a fortiori die Anwendung solcher ausländischen Vorschriften, welche die Bekämpfung des feindlichen Staates auf wirtschaftlichem oder anderem Gebiete bezwecken, dem Richter eines neutralen Staates nicht zuzumuten. »

En allant plus au fond des choses et en remontant au principe, le TF a très justement ajouté qu'une législation d'exception, touchant au droit public, n'a jamais d'effet extraterritorial. C'est une excellente doctrine.»

Le TF a, d'ailleurs, confirmé sa jurisprudence, à plusieurs reprises (196).

Les cours cantonales ont rendu des arrêts semblables (197).

Le point de vue, qui fut celui des tribunaux suisses pendant la guerre, fut aussi celui de tribunaux d'autres Etats neutres (198).

La doctrine également a traité ce sujet. Elle est partagée sur la question de savoir si les neutres doivent reconnaître ou refuser une portée extraterritoriale aux mesures exceptionnelles de guerre prises à l'étranger. En Suisse, Burckhardt (op. cit., p. 52 et 53) se prononce pour la négative: «La question de savoir si un neutre doit attribuer une efficacité juridique aux mesures d'administration forcée, non seulement en étendant au territoire du for leur valeur obligatoire, mais en reconnaissant encore leurs effets dans le pays qui les a prises, ne relève pas du DIP; elle ressortit au droit des gens. A mon avis, la neutralité interdit aux Etats, non parties à la guerre, de reconnaître comme valables les mesures d'administration forcée, même pour les habitants de l'Etat qui les a édictées.»

Wieland (op. cit., p. 474/75), en revanche, se prononce pour l'affirmative: «L'administration forcée («Zwangsverwaltung») fait partie intégrante des mesures d'administration ordonnées par la puissance occupante et ne peut être séparée de celles-ci... Si

---

196) Mentionnons l'arrêt (ATF, t. XL, I, n° 57, p. 483 et Dar.-Lapr., 1917, p. 350, du 17 décembre 1914, aff. Guigne, Déchandon, Auclair & C<sup>o</sup> c. Strohmeyer; l'arrêt (ATF, t. XLV, II, n° 13, p. 86 et BIII, t. II/1920, p. 418, n° 568, du 12 mars 1919, aff. Rocca et cons. c. Raffineries réunies d'huiles et de graisses végétales S. A.); l'arrêt (ATF, t. XLIV, II, n° 28, p. 63 et BIII, t. I/1919, p. 115, n° 56, du 19 avril 1918, aff. Goldschmid c. Posteau).

197) Voir, notamment, un arrêt du trib. de première instance de Genève (Dar.-Lapr., 1918, p. 190 et Cl., 1918, p. 765, du 30 octobre 1917, aff. Société Sosnowice c. Banque de dépôt et de crédit Erdmann et Falkenhan).

198) Citons, en part., les arrêts du trib. de Monaco (Cl., 1917, p. 1508 et Dar.-Lapr., 1917, p. 602, du 24 mai 1917, aff. D<sup>o</sup> Voiron et Neumann c. Comptoir national d'Escompte); de la cour de district de New-York (Dar.-Lapr., 1917, p. 117, du 20 mai 1915, aff. Watte et C<sup>o</sup> Ltd. c. Union autrichienne de Navigation) et du Rotterdam Rechtbank (BIII, t. XIII/1925, p. 254, n° 4125, du 28 novembre 1924, aff. Quadbeck c. la Société générale d'assurances «Helvetia»). Ce dernier jugement se fonde, à tort, sur l'ordre public; la notion de l'ordre public est étrangère à cette question. Contrairement à cette jurisprudence, cependant, un tribunal néerlandais a admis, en novembre 1915, que la défense de faire des paiements à l'ennemi constituait un cas de force majeure qui pouvait être invoqué, par le sujet d'une Puissance belligérante, même devant le tribunal d'un pays neutre (cité dans Solere, Rép., t. IV, «Condition des biens ennemis», p. 465, n° 56), et, dans un sens analogue, nous avons trouvé un arrêt de la cour de chancellerie de New-Jersey (Dar.-Lapr., 1917, p. 122, du 2 août 1915, aff. C<sup>o</sup> Universelle du télégraphe), méconnaissant les devoirs, incombants aux neutres en vertu des principes exposés dans le présent chapitre.

l'étranger veut entrer en rapport avec les instituts bancaires du territoire occupé, il n'a qu'à se soumettre aux mesures d'administration en vigueur sur ce territoire ». Le point de vue de Wieland est extrêmement contestable; il ne considère pas les devoirs que la neutralité impose aux Etats étrangers au conflit. Giesker-Zeller (op. cit., p. 157) considère, de son côté, que les autorités neutres qui respectent ou appliquent les mesures de guerre prises par les belligérants, dans le domaine privé ou commercial, agissent contrairement au principe de la neutralité. Tous les auteurs précités ne s'occupent, d'ailleurs, que de ce principe, sans paraître attribuer d'importance à la nature politique et exceptionnelle des mesures de guerre.

Mais il n'est nul besoin de méconnaître en bloc toute la législation de guerre de l'étranger. Les moratoires, p. ex., sont applicables en Suisse parce qu'ils ne visent pas à des buts de guerre (199). Il ne serait pas non plus contraire à la neutralité que les tribunaux d'Etats neutres appliquassent les mesures de guerre aux ressortissants de l'Etat qui a pris ces mesures (cf. Nussbaum, op. cit., § 10, p. 68, n. 1); mais comme ces mesures sont indubitablement d'ordre politique, elles ne devraient pas, malgré tout, être appliquées.

En terminant, citons encore Cassin justifiant, à tort selon nous, les décisions des tribunaux neutres, au nom de l'ordre public. Il en est de même de Niboyet (op. cit. I, n° 453, p. 564), de Giesker-Zeller (op. cit., p. 157) et de Nussbaum (op. cit., § 10, p. 68). De son côté, Klein (Oest. Zbl. f. jur. Pr., t. XXXIV/1916, p. 1030) ne fait intervenir dans cette question ni la notion de l'ordre public, ni celle de la neutralité. Pour lui, les mesures de guerre relèvent d'un droit public exceptionnel ne liant que les juges de l'Etat belligérant ou de ses alliés.

III) *Temps de l'après-guerre.* — Après la conclusion de la paix, les tribunaux des Etats belligérants peuvent être appelés à trancher des conflits dans lesquels interviennent les lois de guerre édictées par les Etats ex-ennemis. Les traités de paix peuvent obliger ces tribunaux à appliquer certaines de ces lois ou à en reconnaître les effets. Toutefois, la cour suprême d'Autriche, dans un arrêt du 9 octobre 1930, cité et approuvé par Nussbaum (op. cit., § 10, p. 70, n. 2), a jugé que l'art. 229 du traité de Saint-Germain (200) ne s'opposait pas à l'application de l'ordre public autrichien à l'encontre des lois de guerre édictées par les pays de l'Entente.

D'autre part, les magistrats des Etats ex-neutres peuvent être saisis, eux aussi, de litiges, dont la solution doit être normalement demandée à certaines dispositions des traités de paix. Or, comme le dit pertinemment le professeur Sauser-Hall (op. cit., p. 41 à 44), « le

---

199) Dans ce sens, voir un arrêt du trib. cantonal vaudois (Rev. suis. jur., t. XIII/1916/17, p. 334, *in fine*, du 21 décembre 1916, aff. Cortot c. Wallbach).

200) Cet art. a la teneur suivante: «Les ressortissants des puissances alliées et associées jouiront, sur le territoire autrichien, d'une constante protection, pour leur personne, leurs biens, droits et intérêts, et auront libre accès devant les tribunaux ».

caractère bilatéral des dispositions sur les intérêts privés, contenues dans les traités de paix, nous paraît absolument déterminant pour permettre la reconnaissance internationale de leurs effets, même par des Etats neutres; les ressortissants des Etats signataires sont directement liés par les règles des traités de paix concernant leurs intérêts privés, et ces règles priment le droit privé de ces Etats, dans la mesure où il est incompatible avec les traités; ils ne peuvent donc plus, comme c'était le cas pendant la guerre, invoquer les règles du droit commun pour s'opposer à l'application de mesures destinées, du consentement de l'Etat dont ils relèvent, à régir leurs relations de droit privé » (201). Mais, s'empresse d'ajouter Sauser-Hall (eod. loc.), « s'il faut reconnaître aux articles des traités de paix sur les relations de droit privé, une portée extraterritoriale, cela ne signifie pas encore que les Etats neutres doivent, en toutes circonstances, prêter leur collaboration, pour en assurer l'exécution hors du territoire des Etats signataires (202). Pour les neutres, les traités restent des *res inter alios actae* qui n'ont pas directement force de loi sur leur territoire, qui sont impuissants à modifier les règles de leur droit privé, et qui ne pourront même pas être intégralement appliqués aux ressortissants et aux intérêts neutres ayant leur domicile ou leur siège dans des Etats signataires. » Dès lors, Sauser-Hall (eod. loc.) pose, pour délimiter, du point de vue des Etats neutres, le champ d'application spatiale des traités de paix, les cinq règles suivantes:

I. Les droits privés, valablement acquis dans les Etats signataires des traités de paix, en application des règles contenues dans ces derniers, doivent, en principe, être reconnus dans les pays neutres.

II. Il en est de même de toute modification, par les traités de paix, de rapports de droit soumis, d'après les règles du DIP, à la loi d'un des Etats signataires, dans la mesure où atteinte n'est pas portée à des droits garantis par des traités internationaux conclus entre l'Etat dont l'intéressé neutre est ressortissant et l'Etat signataire d'un des traités de paix.

III. Les règles des traités de paix concernant les intérêts privés ne pourront pas recevoir application sur les territoires d'Etats neutres, dans la mesure où elles se heurteraient à des règles d'ordre public en vigueur dans ces Etats, ainsi que dans la mesure où il s'agirait de biens y ayant leur siège (203) ou de rapports juridiques soumis, d'après les règles du DIP, à la loi d'Etats neutres, quel que

---

201) Dans ce sens, Isay (« Der Begriff der « ausserordentlichen Massnahmen » im Friedensvertrag von Versailles », Bonn, 1922, p. 13), cité par Sauser-Hall (op. cit., p. 41, n. 3).

202) En sens contraire, Gidel et Barrault (« Le traité de paix avec l'Allemagne, du 28 juin 1919, et les intérêts privés », Paris, 1921, p. 80) et Niboyet (op. cit. I, n° 453, p. 564 et n° 515, p. 642, n. 3).

203) Le TF a adopté ce point de vue dans différents arrêts; voir, notamment, l'arrêt (ATF, t. XLVI, II, n° 73, p. 421; BIII, t. V/1921, p. 48, n° 801, du 4 décembre 1920, aff. Germania c. Pinnau); l'arrêt (ATF, t. XLIX, II, n° 19, p. 128, du 7 mars 1923, aff. Sté d'assurance de l'Allemagne du Nord c. Sté italienne de transports).

soit le droit étranger applicable audit contrat, en vertu d'un système de règles de conflits étranger.

IV. Dans les cas où des particuliers neutres, domiciliés dans un des Etats signataires des traités de paix, doivent se soumettre à certaines conséquences de ces traités, en tant qu'ils engendrent impérativement une situation juridique nouvelle à laquelle il leur est impossible de se soustraire, les dispositions des traités, qui modifieraient, à leur préjudice, le contenu même des droits leur appartenant ou des obligations qu'ils ont assumées, ne peuvent pas leur être appliquées, et, si elles l'étaient néanmoins, la situation juridique qui en résulterait ne pourrait pas être reconnue dans les pays neutres.

V. Les traités de paix peuvent expressément prévoir que la liquidation des biens, droits et intérêts des ressortissants des Puissances ex-ennemies a lieu conformément aux lois de l'Etat qui y procède; ces mesures législatives doivent naturellement rester dans le cadre des traités dont il n'appartient à aucun des Etats contractants de s'évader par voie législative ou judiciaire; aussi toute disposition légale ou toute décision judiciaire qui disposerait, au delà de ce qui est permis par les traités de paix, des biens, droits et intérêts des ressortissants des Puissances ex-ennemies ne pourrait qu'être méconnue sur territoire neutre; débordant la base contractuelle adoptée par les Etats signataires, elle revêtirait derechef l'aspect d'une de ces mesures unilatérales et exceptionnelles, de caractère politique, qui ne peuvent avoir d'effets extra-territoriaux (204).

## CHAPITRE SIXIEME

### L'ORDRE PUBLIC DES CONFLITS DE LOIS INTERNATIONAUX ET L'ORDRE PUBLIC DES CONFLITS DE LOIS INTERPROVINCIAUX

#### *Bibliographie spéciale*

ELIESCO, M. — Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté (Les conflits d'annexion), thèse de Paris, 1925.

NIBOYET. — I. (Voir note bibliographique générale.)

— II. Conflits de lois interprovinciaux (Rép., t. IV, p. 623 à 637).

SOLUS, H. — De la condition des indigènes en droit privé, Paris, 1927.

Nous avons étudié, jusqu'ici, l'ordre public dans le cas où il intervient pour résoudre un conflit de lois égales entre elles, édictées

204) Dans un sens analogue, voir: ATF, t. L, II, n° 12, p. 51; Cl., 1924, p. 786; BIII, t. XI/1924, p. 355, n° 3563, aff. Weixler et cons. c. Société des Transports internationaux; et ATF, t. LIII, III, n° 14, p. 54; Bl. Zü. R., t. XXVII/1928, n° 96, p. 175, du 3 mai 1927, aff. Albrecht et Cie c. Bachert et Cie.

par deux ou plusieurs souverains différents et indépendants. Il nous faut examiner encore le rôle de l'ordre public dans d'autres conflits de lois, les conflits dits d'annexion ou conflits interprovinciaux.

Il s'agit:

A. — De conflits de lois mettant aux prises deux ou plusieurs lois promulguées par des autorités législatives, locales et autonomes, mais relevant de la même communauté étatique. Ces conflits (cf. Eliesco, op. cit., p. 190, n° 151, et Niboyet, op. cit. II, p. 624/625, n° 1 à 9) se divisent en deux groupes:

1) Les conflits entre lois émanant de législateurs locaux, égaux entre eux (conflits entre deux lois cantonales suisses, conflits entre la loi d'Ecosse et la loi d'Angleterre, p. ex.).

2) Les conflits entre lois émanant de législateurs subordonnés l'un à l'autre (conflits entre une loi cantonale et une loi fédérale suisses, conflits entre la loi d'un Etat allemand et une loi d'Empire, conflits entre la loi d'un des Etats des Etats-Unis et une loi fédérale, etc.).

B. — De conflits qui mettent aux prises, entre les frontières d'un même Etat ou d'une même communauté étatique, des lois voulues par une seule autorité législative. Il faut distinguer trois groupes:

1) Les conflits entre lois égales (cas de la Roumanie; de la Pologne, de la Tchécoslovaquie, etc.).

2) Les conflits entre lois subordonnées l'une à l'autre, par rapport à leur applicabilité dans le temps, c'est-à-dire, conflits entre lois provisoires et lois permanentes (rivalité des lois françaises de l'intérieur avec les lois d'Alsace et de Lorraine, p. ex.).

3) Les conflits entre lois inégales, par rapport à l'idée de civilisation, c'est-à-dire, conflits entre les lois européennes des Puissances colonisatrices et les lois indigènes des colonies.

Il ne nous appartient pas de rechercher si, pour régler ces diverses catégories de conflits, il existe ou non certains systèmes de droit interprovincial privé, entièrement ou partiellement, distincts de celui du DIP. Les auteurs sont très divisés sur ce point (cf. Niboyet, op. cit. II, p. 625 à 628, n° 12 à 25; Eliesco, op. cit., p. 53, n° 41 et p. 193, n° 153). L'étude de ces conflits n'intéresse pas le présent travail; aussi bien, a-t-elle été faite de façon magistrale dans l'ouvrage d'Eliesco, auquel nous renvoyons. La seule question que nous ayons à traiter est celle de l'ordre public dans ces conflits, considéré du point de vue interne et du point de vue international. Reprenons la classification que nous venons d'établir:

A. *Conflits entre deux ou plusieurs lois promulguées par des autorités législatives, locales et autonomes, mais relevant de la même communauté étatique:*

1) *Conflits entre lois émanant de législateurs locaux, égaux entre eux.* Il faut distinguer:

a) *Il y a autant de systèmes de règles de conflit de lois qu'il y a de législations locales.* C'est le cas de la Lithuanie (Rép., t. IV, p. 629, n° 33), de la Lettonie (Rép., t. IV, p. 629, n° 34), de la Yaugo-

slavie (Rép., t. IV, p. 629, n° 36), de l'Empire britannique. Dans ces cas, l'assimilation entre le DIP et le droit interprovincial doit être complète (205). L'ordre public joue le même rôle lorsque le juge local A doit résoudre un conflit entre la loi locale B ou C et la loi du for, ou un conflit entre une loi étrangère et la loi du for. En l'absence de législation unique, chaque législateur local est indépendant aussi bien à l'égard d'autres législateurs locaux qu'à l'égard de l'étranger. Pour les autorités judiciaires de l'Empire britannique, la question se complique du fait que les dominions ont souvent plusieurs systèmes législatifs. Le juge canadien de la province de Québec, p. ex., appliquera l'ordre public du code civil de sa province, dans la même mesure, à l'encontre d'une loi canadienne d'une autre province qu'à l'encontre d'une loi britannique d'un autre dominion, ou qu'à l'encontre d'une loi étrangère à l'Empire.

De même, on dira que le juge d'un Etat tiers exclura ou n'exclura pas la loi lithuanienne, lettonne ou yougoslave, suivant que l'ordre public du pays du juge exclura celle des lois locales lithuaniennes, lettonnes ou yougoslaves qui est compétente, aux termes des règles de conflit du for (Eliesco, op. cit., n° 352, p. 419).

b) *Au-dessus des législations locales, il y a un système unique de règles de conflit de lois.* Ce régime est, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1900, date de l'entrée en vigueur de l'EGzBGB, celui des divers pays de l'Allemagne, en ce qui concerne leurs lois particulières, et, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1892, date de l'entrée en vigueur de la LCES, celui des cantons suisses, en ce qui regarde leurs lois propres. L'ordre public ne doit intervenir ici, du fait des juges locaux, que dans la mesure admise par le système unique des règles de conflit de lois qui lient le juge local, soit que ces règles aient été établies par le législateur unique, soit qu'elles aient été fixées par la jurisprudence d'un tribunal supérieur unique. Ainsi l'art. 68 EGzBGB laisse subsister la législation locale, en ce qui concerne l'acquisition des immeubles par les étrangers. Le tribunal de Hambourg, dans un arrêt du 6 octobre 1900 (Cl., 1902, p. 147), a déclaré, d'application obligatoire, le droit de la Ville hanséatique, à tout Allemand d'un autre Etat qui veut acquérir un immeuble à Hambourg. Voir encore, pour les Etats-Unis, Lorenzen (Rép., t. VI, «DIP aux Etats-Unis», p. 283, n° 32, et p. 337, n° 276 à 277) ainsi que Healy (op. cit., p. 540) et, pour l'Espagne, Trias de Bes (Rép., t. VI, «DIP en Espagne», p. 266/67, n° 165 et 166). Nous ne connaissons pas d'exemples dans lesquels les tribunaux d'un canton suisse se seraient opposés, au nom de l'ordre public cantonal, à l'application normale du droit d'un autre canton ou même d'un Etat étranger. L'ordre public, entre cantons ou régions différentes d'un même pays soumis à un système unique de règles de conflit de lois, tend donc à disparaître au fur et à mesure que la législation s'unifie ou que les diverses législations locales se différencient moins

---

205) Dans ce sens, voir les auteurs cités par Eliesco (op. cit., p. 72 et 73) et par Niboyet (op. cit. II, p. 626, n° 18 à 19). En sens inverse, les auteurs cités par Niboyet (op. cit. II, p. 627/28, n° 20 à 25).

dans leurs institutions (cf., dans ce sens, Nussbaum, op. cit., § 10, p. 69).

2) *Conflits entre lois émanant de législateurs subordonnés l'un à l'autre.* Ce conflit peut se produire entre les lois fédérales et cantonales suisses, entre celles d'un Etat allemand et celles de l'Empire, entre la loi d'un des Etats des Etats-Unis et une loi fédérale, etc. La loi fédérale ou la loi d'Empire s'appliquera, non pas pour des raisons d'ordre public, mais pour des raisons de droit public interne, à savoir que le droit d'Empire ou le droit fédéral prime et abroge *ipso jure* le droit cantonal ou provincial qui lui est contraire. Cette abrogation peut toutefois n'être pas immédiate; elle ne l'est que dans les cas dits d'ordre public intertemporal (voir notre chapitre sur cette question). Dans aucun de ces cas, l'ordre public n'a un rôle à jouer.

*B. Conflits qui mettent aux prises, entre les frontières d'un même Etat ou d'une même communauté étatique, des lois voulues par une seule autorité législative:*

1) *Conflits entre lois égales.* Il faut distinguer trois cas:

a) *Il existe autant de systèmes de règles de conflit qu'il y a de législations locales.* Aussi longtemps que le souverain n'a pas élaboré une loi uniforme sur la solution des conflits interprovinciaux, chaque partie du territoire sera régie par des règles différentes. C'était, naguère encore, le cas de la Tchécoslovaquie et de la Roumanie (Rép., t. IV, n° 50 et 51, p. 631). Il en sera de même pour les conflits de lois qui, si une loi unique de DIP entrerait en vigueur dans toute l'étendue de l'Etat, ne seraient pas visés par cette loi.

\* Il faut donc distinguer entre ces cas-ci et le cas, que nous avons rencontré plus haut, des lois cantonales suisses. Si, dans ce dernier cas, l'ordre public était appelé à jouer un rôle, — restreint, il est vrai —, du fait qu'il existe encore des législateurs locaux autonomes, il ne saurait en être de même dans le présent cas, où il n'y a plus qu'un législateur, aussi bien pour les règles de conflit que pour les règles, même relevant de systèmes différents, de droit civil. On ne doit donc pas confondre la diversité des législations avec la diversité des législateurs. Comme il y a unité de législateur, celui-ci ne peut pas souffrir que la règle civile, qu'il admet pour le territoire local A, soit déclarée contraire à l'ordre public, sur le territoire local B. Le souverain ne peut, à la fois, être pour ou contre une règle de droit, la condamner ou la tolérer, selon les lieux qui sont soumis à la souveraineté unique.

b) *Il n'existe pas de règles interprovinciales de conflit, mais un système unique de règles internationales de conflit.* C'est le cas en Espagne où, à part quelques règles spéciales de droit interprovincial, les conflits de lois locales (lois de la Catalogne, de la Navarre, de l'Aragon, des îles Baléares) sont soumis aux règles du DIP (Rép., t. IV, p. 630, n° 41). Dans ce cas, comme dans le cas étudié sous a) ci-dessus, l'ordre public ne doit pas intervenir, puisque le souverain

n'a pu vouloir annihiler, par l'ordre public, les lois diverses qu'il a lui-même admises (206).

c) Il existe un système particulier de règles interprovinciales de conflits. C'est le cas de la Pologne où une loi spéciale, du 2 août 1926, règle les conflits interprovinciaux (Rép., t. X, « Ordre public », n° 368, p. 158). Cette loi exclut la possibilité de l'ordre public, tandis qu'une autre loi, du même jour, sur les conflits internationaux mentionne expressément l'ordre public (art. 38). Il résulte du silence intentionnel de la loi que le juge polonais doit appliquer la loi de n'importe quelle partie de la Pologne sans pouvoir la considérer comme heurtant l'ordre public local. Toutefois, certaines dispositions spéciales peuvent réserver l'ordre public interprovincial. Ainsi l'art. 13, 2° al. permet aux autorités polonaises compétentes de ne pas célébrer le mariage d'un ressortissant polonais, capable d'après sa loi personnelle, mais qui ne remplirait pas les conditions posées par la loi du for (dans ce sens, Babinski, Rép., t. VI, « Le DIP de la Pologne », p. 565, n° 100).

Les trois cas étudiés sous a), b) et c) emportent donc la même solution. Dès l'instant où il n'existe qu'une seule souveraineté, elle ne peut voir ses propres lois combattues et rejetées, d'ordre public, par les magistats locaux.

D'après Ellesco (op. cit., n° 247, p. 320), « nous sommes en présence d'une communauté juridique qui trouve, à la fois, le principe de sa diversité et de son unité, dans la volonté d'un seul souverain. Aucune solution de continuité ne peut se produire, dans ces conditions, au sein d'une pareille communauté. Car, si le même législateur, le même souverain a admis, et les législations locales coexistantes, et la règle ou les règles de coordination, peut-on concevoir que ce souverain, en tant que législateur local, puisse s'insurger contre la règle ou les règles de conflit que lui-même a posées? » (cf., dans le même sens, Streit, op. cit., p. 107, et Klein : « Studium zum Interlokalen Privatrecht », Vienne, 1915, en part., § 8, p. 24 à 33).

L'ordre public local n'apparaît donc jamais dans les conflits interprovinciaux. Qu'en est-il dans les conflits internationaux? Dans ces conflits, les divers ordres publics locaux reprennent leurs droits. Ainsi, lorsqu'une des lois locales entre en conflit, dans l'ordre international, avec la loi d'un Etat étranger, cette dernière loi peut être

---

206) Dans ce sens, voir Trias de Bes (« Conception du DIP d'après la doctrine et la pratique en Espagne », Rec. Cours Acad. DL, t. XXXI, 1930/1, p. 628 à 708, en part., p. 663) : « Dans les conflits de lois inter-régionaux, l'ordre public n'intervient pas. La diversité législative espagnole se trouve uniquement en droit civil et dans certains aspects du droit fiscal; le conflit n'a nullement le caractère d'un conflit de souverainetés, et, d'autre part, toutes les matières comprises dans la notion d'ordre public sont régies par des lois obligatoires pour le pays tout entier. Il existe entre toutes les législations civiles régionales espagnoles un minimum d'équivalence juridique qui permet d'appliquer la loi régionale sans heurter l'ordre public du territoire, au sens strict du mot. » L'auteur exprime la même opinion dans « Le DIP de l'Espagne » (Dar.-Lapr., 1928, p. 48 à 64, en part., p. 64).

En sens contraire, Bustamante (op. cit., n° 144, p. 289 à 294).

conforme à l'ordre public local du juge saisi, mais contraire à l'ordre public d'une autre législation locale coexistante dans le même Etat. Que fera le juge? Selon Ellesco (op. cit., n° 253, p. 329), chaque juge siégeant sur le territoire d'une législation locale ne tiendra compte que de l'ordre public local et appliquera ou écartera la loi étrangère, selon qu'elle sera conforme ou contraire à cet ordre public local. Le rôle joué par l'ordre public local est donc différent, selon que les conflits sont internationaux ou interprovinciaux. Dans le premier cas, il intervient, en qualité normale d'ordre public de l'Etat, dans le second, il n'intervient jamais. Mais, comme le disent fort justement Niboyet et Rostworowski (Rép., t. X, « Ordre public », p. 158/59, n° 389/90), « il n'en est pas moins vrai que le rôle joué par l'ordre public, dans les rapports interprovinciaux, est appelé à déborder du domaine interprovincial dans le domaine international. Du moment qu'une disposition législative, par le fait de figurer dans un code provincial, ne peut plus être considérée comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, l'exception tombe par rapport à une disposition analogue du droit étranger. Le contenu réel de l'ordre public s'en trouve d'autant rétréci, dans ce sens notamment que l'exception d'ordre public ne pourrait paralyser l'application d'une loi étrangère reposant sur un principe identique, admis dans tel ou tel des codes locaux ». Cette limitation de la portée de l'ordre public est semblable à celle qui résulte des engagements internationaux (traités, conventions), contractés par un Etat (voir notre chapitre sur la limitation de l'ordre public).

Inversement, selon nous, si un juge étranger doit appliquer une des lois locales d'un pays à législation multiple, loi désignée conformément aux principes posés par Niboyet (op. cit. II, p. 634/35, n° 76 à 78), il lui sera toujours loisible de recourir à l'ordre public du for pour écarter cette loi.

2) *Conflits entre lois subordonnées l'une à l'autre, par rapport à leur applicabilité dans le temps*, c'est-à-dire, conflits entre lois provisoires et lois permanentes (rivalité des lois françaises avec les lois d'Alsace et de Lorraine, p. ex.). Du point de vue de l'ordre public, cette sorte de conflit est assez semblable aux précédents, mais, s'il est vrai que les conflits d'annexion de ce genre ne sont pas justiciables de l'ordre public (Niboyet, op. cit. II, p. 631, n° 53), il y a lieu d'apporter à cette règle deux tempéraments, pour résoudre les conflits portés devant les magistrats du pays annexé (Ellesco, op. cit., n° 278, p. 322).

Il se peut que la règle localement étrangère, compétente à régir un litige, ait trait à une institution juridique qui est inconnue sur le territoire local où la règle est invoquée (on invoque, en Alsace, une hypothèque occulte du droit français, inconnue en droit local). La loi compétente ne recevra pas d'application, car les moyens juridiques pour l'appliquer font défaut. Sans être en présence d'un cas d'ordre public, nous sommes devant un cas très analogue à ceux qui résultent de l'application de cette notion.

Il se peut encore que l'ordre public annexant joue un rôle abro-

gatif (Eliesco, op. cit., n° 252, p. 329), lorsque la loi locale annexée intervient dans le litige, au titre de loi étrangère (la loi alsacienne est considérée comme loi allemande, avant le 11 novembre 1618). Elle sera alors écartée, si elle est contraire à l'ordre public annexant. Mais la réciprocité n'est pas vraie; les lois de l'annexant ne peuvent jamais, sur le territoire annexé, être considérées comme contraires à l'ordre public local intervenant au titre d'ordre public de l'ancienne loi étrangère.

L'ordre public du pays annexant abroge, en outre, les dispositions légales du pays annexé, si elles sont contraires aux principes du droit public annexant (la contrainte par corps du droit allemand ne peut plus être ordonnée en Alsace). Pour savoir, par conséquent, si une règle locale déterminée a été maintenue en vigueur, ou a été abrogée du fait de l'annexion, on doit, sauf si le législateur annexant a disposé expressément à cet égard, déterminer si la règle en question appartient au droit privé ou au simple droit administratif, dans lequel cas elle est maintenue en vigueur; ou bien si elle appartient au droit public qui organise la souveraineté, notamment au droit politique, auquel cas la règle en question fait partie du droit abrogé, *de plano*, au moment de l'annexion (207).

En d'autres termes (cf. Eliesco, p. 344, n° 267), nous pouvons dire que les lois locales nationalisées peuvent être en contradiction avec les conceptions religieuses, morales, économiques, etc... du législateur annexant, elles ne seront pas, pour cela, contraires à l'ordre public; pour qu'elles le soient, il faut qu'elles offensent directement ou indirectement la conception que l'annexant se fait de la souveraineté (cf. Eliesco, citant des exemples pour la France, en ce qui concerne l'Alsace et la Lorraine, n° 270, p. 346; les Etats-Unis, dans leurs relations avec les îles Hawaï et Philippines, n° 271, p. 347/46; la Grèce, relativement à la Thrace, n° 272, p. 348; et Carabiber, Rép., t. VI, « DIP de la Grèce », p. 419, n° 59, et p. 436, n° 118 à 124).

Toutefois, certains Etats ont admis que l'ordre public annexé peut s'opposer, sur le territoire annexé, à l'application de certaines lois annexantes. Ainsi, les territoires italiens redimés après la grande guerre ont continué d'appliquer leur ordre public dans les conflits entre lois locales et lois de l'ancien royaume. Le décret royal du 22 avril 1923 consacre ce point de vue; l'art. 2 de ce décret (208) est formel. Comme le dit pertinemment Udina (Rép., t. VI, « DIP de l'Italie », p. 530, n° 206), « le système de DIP de l'Etat annexant,

---

207) Voir, dans ce sens, Audinet (Rép., t. I, « Annexions, cessions, démembrements de territoires », p. 567 à 645, en part., n° 167 à 170, p. 594).

208) Regio decreto del 22 aprile 1923. n° 893, che estende alle nuove provincie le disposizioni preliminari al codice civile, le disposizioni relative alla esecuzione degli atti delle autorità straniere e le disposizioni dei codici civile e di commercio, con esse connesse (Raccoltà ufficiale. 1923, t. IV, p. 2956):

Art. 2: «Le leggi che non possono essere derogate, a termini dell'art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale s'intenderanno essere le leggi vigenti nei territori indicati all'art. 1 » (c'est-à-dire les territoires annexés).

en s'introduisant dans la législation de droit matériel, par l'inévitable réaction de celle-ci sur lui et par les dispositions mêmes du décret d'extension, ainsi de la clause relative à l'ordre public qui devrait être celui de la législation dans laquelle le système était transplanté, revêtait au fond, sinon en la forme un caractère assez différent ».

Lorsque le magistrat du pays annexé est appelé à appliquer une loi étrangère, il ne l'écartera, du point de vue de la législation annexante, que si elle est contraire au droit public de cette législation. Hors ce cas, il se dirigera d'après la seule loi locale, mais ne tiendra plus compte de la jurisprudence d'ordre public de l'Etat auquel il appartenait avant l'annexion. Cependant, si la loi étrangère est contraire à l'ordre public de la loi locale, mais conforme à l'ordre public de la loi annexante, le juge local peut, à notre avis, appliquer ou rejeter, à son choix, la loi étrangère. S'il la rejette, il se place au point de vue du droit strict, du droit positif en vigueur dans la partie du pays où il administre la justice; s'il l'admet, il fait œuvre d'assimilateur, en ce sens que la loi locale n'étant qu'une loi transitoire, virtuellement morte, destinée à disparaître au profit de la loi annexante, l'ordre public de cette dernière peut, dès lors, recevoir immédiate satisfaction. Quelle que soit la solution qu'il choisit, le juge est tenu d'observer une jurisprudence constante. Le choix peut, cependant, être rendu impossible par une disposition légale expresse, obligeant le juge à ne tenir compte que de l'ordre public annexant ou de l'ordre public annexé (cf. art. 2 du décret italien cité sous n. 208).

Le juge étranger, d'autre part, chargé d'appliquer la loi d'un Etat où coexistent une législation annexante et une ou plusieurs législations annexées, sera, dans sa recherche de la législation locale compétente, lié aux règles de conflit de l'Etat à double ou triple législation. Il faut évidemment tenir compte, dans cet examen, de la jurisprudence de l'Etat à législations annexante et annexée pour savoir si, au cas où la loi locale était compétente, celle-ci ne contrarierait pas l'ordre public annexant. Au cas où la loi annexée normalement applicable était, sur le point en litige, contraire à l'ordre public annexant, c'est la loi annexante qui deviendrait compétente. Cette compétence une fois donnée, le juge étranger vérifiera si la loi applicable annexée ou annexante est compatible avec l'ordre public du for. Si oui, il l'appliquera; si non, il la rejettera au profit de la loi du for.

3) *Conflits entre lois inégales par rapport à l'idée de civilisation*, c'est-à-dire, conflits entre les lois d'une puissance colonisatrice avec les lois indigènes aux colonies (209). Ces conflits représentent une

---

209) Sur le droit applicable aux peuplades inférieures des colonies ou de la métropole, voir, en particulier, pour la France: Solus; pour l'Angleterre: Burge; pour le Canada: Lafleur; (les ouvrages de ces auteurs sont cités dans notre bibliographie); pour les Etats-Unis: Lorenzen (Rép., t. VI, «DIP des Etats-Unis», p. 279 à 378) et Philonenko (Cl., 1928, p. 1275 à 1283).

variété des conflits d'annexion et les règles que nous venons d'établir sont applicables ici, sauf les tempéraments suivants :

a) *Il y a conflit entre la loi indigène et la loi de la métropole, sur territoire colonial.* Les juges qui siègent sur le territoire des peuplades primitives, soumises à la souveraineté d'une puissance colonisatrice, ont mission, par une jurisprudence progressive, de faire disparaître des coutumes qui y sont en vigueur les institutions les plus choquantes. Bien que la puissance colonisatrice ait proclamé le respect de la loi indigène, cette loi ne peut prévaloir, lorsqu'elle est en opposition ou en contradiction avec une règle que la nation colonisatrice considère, dans les colonies, comme essentielle au succès de l'œuvre de colonisation. Nous sommes devant une variante de l'ordre public, qu'Eliesco (op. cit., n° 249, p. 323) appelle l'ordre public d'assimilation, et Solus (op. cit., n° 270, p. 302), l'ordre public colonial.

Il s'agit, dit Solus (op. cit., n° 272, p. 306), de l'ordre public envisagé dans les exigences qu'il impose aux indigènes qui ont conservé leur statut personnel de se soumettre, dans les colonies, à l'observation de certaines lois proclamées d'ordre public par le législateur colonial. Car la loi prééminente, dit Eliesco, ne pourra jamais être contraire à l'ordre public sur le territoire de coutumes inférieures.

Cet ordre public abroge, jurisprudentiellement, certaines règles des législations inférieures (le lévirat, l'institution de l'enfant endormi, le mariage conclu pour les filles impubères par leur père, etc.), mais il n'abolit pas, dans les colonies, la polygamie, la répudiation, le mariage entre personnes non pubères et non nubiles. En conséquence, Eliesco pose en principe (op. cit., p. 361, n° 285) : « Les règles de droit local, contre lesquelles s'élèvent en justice un nombre considérable de réclamations émanées des sujets de ce droit, peuvent et doivent disparaître. Elles peuvent disparaître, parce que l'adhésion des populations annexées ne leur est plus entièrement assurée, elles doivent disparaître, dans l'intérêt supérieur de l'unification du droit. » Solus (Rép., t. III, « Colonies », n° 144, p. 587) proclame d'ordre public colonial les dispositions qui sont considérées par la nation colonisatrice comme essentielles au succès de l'œuvre de colonisation. A ce point de vue, méritent d'être signalées les dispositions qui concernent : le respect de la personnalité et de la dignité humaine, l'état civil, la sécurité et l'exécution des conventions, l'organisation du régime foncier.

Cet ordre public, dit d'assimilation, n'abroge que progressivement les institutions indigènes contraires à l'ordre public de la législation en vigueur dans la puissance colonisatrice. On peut dire qu'il interviendra toutes les fois que les règles du droit indigène contredisent aux principes jugés essentiels de la civilisation européenne ; mais le juge n'écartera ces règles indigènes que dans la mesure où les transformations des mœurs locales, les progrès des idées civilisées parmi les indigènes permettent de le faire, sans froisser les croyances de ceux-ci (cf. Eliesco, op. cit., p. 367, n° 289; Arminjon, « Le DIP en droit interne, principalement dans les pays de l'Islam »,

Cl., 1912, p. 698 à 716, 1025 à 1046 et Cl., 1913, p. 34 à 43, 435 à 443, 512 à 523, en part., p. 36 ss.; Solus, op. cit., n° 278, p. 314) (210).

b) *Il y a conflit entre une loi étrangère et la loi indigène, sur territoire colonial.* Le juge local est tenu d'appliquer la loi étrangère, pour autant, tout d'abord, qu'elle ne heurte pas la loi indigène qui, elle aussi, a son propre ordre public. On peut, p. ex., supposer que la loi étrangère, qui peut être celle d'une autre colonie, admettrait le mariage d'enfants que condamnerait la loi indigène. En outre, le juge local devra tenir compte des exigences de l'ordre public colonial. Ainsi en Algérie, la polygamie égyptienne pourrait être reconnue.

c) *Il y a conflit entre la loi de la métropole et la loi indigène, sur le territoire de la métropole.* Le juge appliquera les lois indigènes, en tant que l'ordre public de la métropole n'en souffre pas. L'ordre public aura, dans ces conflits, une portée intermédiaire entre l'ordre public colonial et l'ordre public des conflits internationaux. Les magistrats métropolitains respecteront les coutumes indigènes tolérées par l'Etat colonisateur, tout en tenant compte du fait qu'elles ne sortissent plus leurs effets dans des contrées barbares ou mi-barbares, mais dans un milieu civilisé.

d) *Il y a conflit, devant un juge étranger, entre la loi de ce juge et une loi indigène.* Le juge déterminera la loi compétente, en tenant compte de l'ordre public colonial et de l'ordre public de la métropole dont la portée est établie sous lettre c) ci-dessus. Au cas où la loi compétente heurterait, à son tour, l'ordre public du for, la *lex fori* deviendrait applicable, selon les règles générales du DIP.

## CHAPITRE SEPTIEME

### L'ORDRE PUBLIC DES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE ET L'ORDRE PUBLIC DES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS

#### *Bibliographie spéciale*

- BALDONI. — La successione nel tempo delle norme del diritto internazionale privato, (Riv. dir. int., 1932, p. 3 à 35 et 184 à 200).  
DIENA. — De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé, (Cl., 1900, p. 925 à 940).

210) Ces lois indigènes sont personnelles, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliquent qu'aux indigènes et non aux Européens. Sur les territoires coloniaux règne donc le régime de la personnalité du droit, connu de l'ancien droit barbare. Or un des modes d'abrogation des lois indigènes peut consister dans la soumission volontaire, ou forcée dans certains cas, des indigènes à la loi métropolitaine. Ce passage de la loi inférieure à la loi européenne est irrévocable. Il est, en ce sens, d'ordre public colonial. (Cf. Cl., 1889, p. 665, cour cass., du 24 juillet 1888, aff. Tirouvingatapoullé c. Sangarapoullé, et Dar.-Lapr., 1930, p. 681, trib. de Tlemcen, du 27 janvier 1928, aff. Madani Mostefa c. Moulây-daouli Oujdi).

- GIESKER-ZELLER. — Die Grundprinzipien des Uebergangsrechtes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Zeit. f. schw. R., n. s., t. XXXIV/1915, p. 1 à 79).
- MARIN. — Essai sur l'application, dans le temps, des règles de conflit dans l'espace, thèse d'Aix-Marseille, 1928.
- MUTZNER. — Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Schlusstitel: Einführungs- und Uebergangsbestimmungen, I. Abschnitt; 5<sup>e</sup> vol., 1<sup>er</sup> liv. du Commentaire de Gmür, 1<sup>re</sup> éd., citée I; 2<sup>e</sup> éd., citée II.
- NIBOYET. — I. (Voir notre bibliographie générale).  
— II. Conflits de lois dans le temps; rapports internationaux, (Rép., t. IV, p. 611 à 623).
- ROUBIER. — I. Les conflits de lois dans le temps; théorie dite de la non-rétroactivité des lois, t. I, Paris, 1929.  
— II. Les conflits de lois dans le temps, en droit international privé, (Dar.-Lapr., 1931, p. 38 à 86).
- REICHEL. — Schlusstitel des Zivilgesetzbuches, (Kommentar zum Zivilgesetzbuch, d' Egger et Escher).

I. — Lorsqu'une loi de droit interne est abrogée, dans un Etat, par la promulgation d'une loi nouvelle, ou par le fait de la ratification d'un traité international ou d'une adhésion à celui-ci, ou, inversement, lorsqu'un traité international dénoncé est remplacé par un autre traité international ou par une loi autonome, il peut arriver que les dispositions ultérieures s'opposent, plus ou moins directement, aux dispositions antérieures. La doctrine et la jurisprudence admettent généralement qu'en vertu de la règle de la non-rétroactivité des lois, l'ancienne loi s'applique encore à tout rapport de droit qui a pris naissance sous son empire. Il n'y a d'exceptions à ce principe que si la nouvelle loi exige, pour des raisons d'ordre public, d'être appliquée immédiatement à tous les rapports de droit portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, et qui seront portés ou qui sont déjà pendants devant les tribunaux.

Cet ordre public, appelé ordre public intertemporal, est consacré, p. ex., à l'art. 2 tit. fin. CCS, qui a la teneur suivante: « Les règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception.

En conséquence, ne peuvent plus, dès l'entrée en vigueur du code civil, recevoir aucune application les règles de l'ancien droit qui, d'après le droit nouveau, sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs.»

Reichel (op. cit., p. 13 et 38, n° 3) pose en principe que les nouvelles dispositions d'ordre public ne s'appliquent qu'à des faits qui se sont produits après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, et que les rapports de droit, établis selon l'ancienne loi, ne sauraient devenir subitement caducs, sous l'empire de la loi nouvelle. Cette opinion est erronée. Elle est contraire à la nature de l'ordre public qui, sous peine de n'être plus ce qu'il est, demande une application immé-

diatè (voir Giesker-Zeller, op. cit., p. 73 à 77, et jurisprudence y citée) (211).

Comme l'ordre public dit international, l'ordre public intertemporal peut être limité. Lorsque l'ancien droit, compétent pour régir le rapport de droit, protège l'ordre public mieux que le nouveau droit, l'application du nouveau droit ne se justifie pas. Quand il n'y a pas antagonisme absolu entre la loi nouvelle et la loi ancienne, celle-ci s'applique. Giesker-Zeller (op. cit., p. 38/39) cite, à ce sujet, l'ATF, t. XXXVIII, II, n° 118, p. 753, du 7 mars 1912, aff. Baumgartner c. Demierre. Comme l'ordre public est d'application immédiate, il ne peut souffrir d'exception, à moins de dispositions légales expresses. Ces dispositions auront la préséance sur la disposition générale d'ordre public, en vertu de l'adage *lex specialis generali derogat* (Giesker-Zeller, op. cit., p. 77 à 79).

C'est ainsi que l'art. 2 tit. fin. CCS, prévoyant une exception générale d'ordre public à l'application de l'ancien droit, laisse la porte ouverte aux exceptions spéciales (212).

L'art. 2, dit Mutzner (op. cit. I, rem. prél., n° 17, p. 11), sera, dès lors, applicable aux rapports de droit qu'il devra régir, en tant que la loi ne prévoit pas une exception, et par exception, il faut entendre la seule exception légale (des art. 5 ss., p. ex.). On ne saurait, dès lors,

---

211) Parmi les arrêts les plus importants du TF, rendus depuis l'article de Giesker-Zeller, voir, entre autres: ATF, t. L, II, n° 76, p. 481, du 17 novembre 1924, aff. Axelrod c. Laiteries zurichaises réunies S. A. (les art. 20 CO et 27 CCS sont d'ordre public); t. XXXIX, II, n° 76, p. 417, du 11 juin 1913, aff. Kùpfer et cons. c. Union suisse des chauffeurs de locomotives (l'art. 76 CCS n'est pas d'ordre public); t. XLII, II, n° 29, p. 190, du 30 mai 1916, aff. Margaretha Federer c. Les Hoirs de J. J. Federer (l'art. 636 CCS est d'ordre public); t. XLIX, II, n° 47, p. 330, du 27 septembre 1923, aff. Manhart c. Mullis (l'art. 683 CCS est d'ordre public); t. XXXVIII, II, n° 72, p. 455, du 30 octobre 1912, aff. Chemins de fer fédéraux c. Balmer (l'art. 730 CCS n'est pas d'ordre public); t. XLIII, II, n° 49, p. 341, du 5 juillet 1917, aff. Banque cantonale vaudoise c. Société de navigation et des chemins de fer du lac de Lugano (l'art. 812 CCS est d'ordre public); t. XL, II, n° 81, p. 471, du 13 juin 1914, aff. Blum c. Weill (l'art. 163 CO est d'ordre public); t. XXXIX, II, n° 42, p. 224, du 26 avril 1913, aff. Hess c. Huber (l'art. 216 CO est d'ordre public); t. XLIV, II, n° 19, p. 89, du 11 mai 1918, aff. Kaufmann c. Schüler, t. XLIV, II, n° 12, p. 56, du 2 mars 1918, aff. Etablissement de gymnastique de Berne S. A. c. Dubois, t. XXXIX, II, n° 96, p. 541, du 12 juillet 1913, aff. Watzel-Meier c. Martin (l'art. 356 CO est d'ordre public); t. XLV, II, n° 8, p. 43, du 18 janvier 1919, aff. Masse en faillite Caisse d'Epargne d'Eschlikon c. Stùcheli (l'art. 493 CO n'est pas d'ordre public); t. XLII, II, n° 21, p. 138, du 7 avril 1916, aff. Comptoir d'Escompte c. Huguenin (l'art. 505, 2° al. CO est d'ordre public); t. XLI, II, n° 8, p. 63, du 22 janvier 1915, aff. Société de cautionnement mutuel du canton de Berne c. commune de Boezingen (l'art. 509, 2° al. CO n'est pas d'ordre public); t. XLI, II, n° 41, p. 336, du 3 juin 1915, aff. Tries c. Baechtold (l'art. 93, 2° al. CO n'est pas d'ordre public, mais bien l'art. 519, 2° al. CO).

212) Rossel et Mentha (op. cit., t. III, n° 1811, p. 348) font, à ce sujet, la remarque suivante: « Il peut sembler étrange que le premier alinéa de notre article prévoie des exceptions, c'est-à-dire, des cas dans lesquels une question d'ordre public étant résolue différemment par la

mettre en doute qu'une disposition spéciale, déclarant expressément applicable, en dépit de l'ordre public, l'ancien droit à des rapports juridiques bien déterminés, doit seule être observée.

Une disposition spéciale, soumettant, au contraire, à l'ancien droit une série de rapports juridiques, soustraits à l'empire de l'art. 2, n'est pas applicable dans les cas particuliers, où son application serait contraire à l'ordre public.

D'autre part, ces dispositions spéciales peuvent, soit confirmer l'exception générale (p. ex., art. 5, 1<sup>er</sup> al.; 6; 8, 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> al.; 12 et 14, tit. fin. CCS), soit compléter l'exception générale, dans des cas qu'elle ne vise pas (art. 13, 3<sup>e</sup> al.; 15; 16; 18, 1<sup>er</sup> al.; 19, 2<sup>e</sup> al.; 36 et 49), soit infirmer l'exception générale. Ainsi, l'art. 13, 2<sup>e</sup> al., disposant que « la mère d'un enfant naturel, né avant l'entrée en vigueur du CCS, et l'enfant lui-même ne peuvent intenter contre le père que les actions dérivant du droit de famille et qui leur appartenaient, en vertu de la loi ancienne », infirme la règle générale de l'art. 2. Mutzner (op. cit. II, ad art. 2, n<sup>o</sup> 44, p. 46) déclare, à ce sujet, qu'« une application absolue du principe consacré à l'art. 2 pourrait entraîner, le cas échéant, des conséquences qui, à leur tour, ne seraient guère compatibles avec l'ordre public ». Ce point de vue est aussi celui du TF (ATF, t. XXXIX, II, n<sup>o</sup> 73, p. 408, du 8 mai 1913, aff. X c. Beringer). L'art. 5, 2<sup>e</sup> al. infirme, d'autre part, la portée de l'art. 3 (voir Mutzner, *op. cit.*, ad art. 3, n<sup>o</sup> 5, p. 47); l'art. 13, 2<sup>e</sup> al. en fait de même à l'égard des art. 3 et 13, 1<sup>er</sup> al.

La portée de l'ordre public intertemporal est donc assez vaste. L'ordre public intertemporal rappelle l'ordre public des conflits de lois dans l'espace, en ce sens que, lui aussi, représente, d'une part, un conflit de qualifications entre deux principes incorporés, l'un dans l'ancienne loi, l'autre dans la loi nouvelle, et, d'autre part, l'application d'une règle exceptionnelle de conflit de lois dans le temps, à l'encontre des règles de conflit normales. Les deux ordres publics ont des caractères communs, mais leur champ d'application varie. Toute comparaison entre les deux ordres publics gardée, on peut dire que l'ordre public intertemporal a une portée plus grande que l'ordre public international. Lorsque le législateur a l'intention de rendre une disposition légale nouvelle d'ordre public intertemporal, il veut faire triompher immédiatement la conception nouvelle qu'il se fait des besoins économiques, sociaux et moraux de la nation. Il est illogique que, sur des points essentiels, les autorités chargées d'administrer la justice soient obligées, selon le moment auquel le rapport juridique aurait pris naissance, d'appliquer, pendant une période transitoire relativement longue, deux règles de droit, dont l'opposition est trop choquante. Presque tous les auteurs sont

---

loi ancienne et par la nouvelle, on continuera d'appliquer la loi ancienne, après l'entrée en vigueur de la nouvelle. Dans ces cas, évidemment, aucun grand principe de morale n'est en jeu, mais seulement une règle d'ordre général, ainsi pour l'exercice des droits civils qui ne sera pas ôté à ceux qui l'ont obtenu sous l'empire de la loi ancienne, quand même la loi nouvelle ne leur conférerait plus cette capacité (Tit. fin. CCS, art. 5, 2<sup>e</sup> al.)»

d'accord sur ce point (213). Kahn fait exception. Selon lui, la tâche du législateur doit être d'habituer lentement le peuple à changer de lois; les conceptions éthiques et sociales d'un pays n'évoluent pas si rapidement que, d'un jour à l'autre, ce qui fut la conviction populaire d'hier encore soit, aujourd'hui, contraire à l'ordre public. C'est pourquoi l'ordre public doit intervenir moins rigoureusement en droit intertemporal qu'en droit international où il s'agit d'opposer une défense immédiate à des conceptions étrangères qui, dès qu'elles choquent tant soit peu nos idées, doivent être rejetées (214).

213) Roubier (op. cit., I, p. 50) expose fort bien la différence qui existe entre les deux ordres publics:

« Les nécessités de l'ordre public peuvent porter le législateur à exclure aussitôt la loi ancienne; on ne peut aucunement en déduire que, dans l'hypothèse où la loi ancienne se trouve ainsi écartée, la loi étrangère doive l'être aussi. Cela a été jugé, notamment, par un arrêt de la cour cass. de Florence, du 5 décembre 1896, au sujet de l'art. 22 des dispositions transitoires, annexées au CCit. D'après ce texte, l'art. 954 CCit., qui interdit la renonciation à une succession non ouverte, était considéré comme d'ordre public, à ce point qu'il devait s'appliquer même aux filles déjà dotées et ayant par conséquent renoncé à la succession. Cela voulait-il dire que le juge italien devait refuser aussi de prendre en considération une renonciation à une succession non ouverte, valablement faite sous le régime d'une loi étrangère? En aucune façon; on a fort bien dit que l'ordre public intemporal est tout autre chose que l'ordre public international. Parce que le législateur a voulu appliquer aussitôt l'art. 954 en droit interne, cela ne signifiait nullement qu'il ait entendu méconnaître la valeur d'une disposition contraire, contenue dans une loi étrangère (voir *Annali di Giur. ital.*, t. I, p. 575, et *Cavaliere: «DIP e diritto transitorio», Vérone-Padoue, 1904, p. 84 ss.*).

Nous ne pouvons donc pas retenir une base juridique d'analogie entre les deux sciences. Aussi bien, les motifs, qui déterminent le droit international à donner la préférence à telle ou telle loi pour la solution du conflit, ne sont pas du même ordre que ceux qui inspirent les solutions du droit transitoire. Lorsque la loi nationale cède le pas à la loi étrangère, c'est pour des raisons bien différentes, à coup sûr, de celles qui font céder la loi nouvelle devant la loi ancienne; dans ce dernier cas, le législateur est inspiré par des motifs tirés de la politique intérieure, des transitions nécessaires à l'ordre et à la conservation sociale; en droit international, ce sont des motifs tirés de la politique extérieure, la considération des rapports à établir entre Etats, la conduite à tenir vis-à-vis des étrangers. On peut, dès lors, ajouter que, du moment que les motifs des solutions ne sont pas puisés aux mêmes sources, il ne peut y avoir entre ces solutions elles-mêmes que des rencontres accidentelles ou fortuites. »

214) Kahn (op. cit., t. I, p. 476): « Der zeitliche « ordre public » ist nicht mit dem örtlichen identisch; Letzterer geht weiter als der Ersterer. Es ist etwas Anderes, eine fortdauernde Gefährdung der inländischen Rechtszwecke durch die stets neu entstehenden ausländischen Rechtsansprüche einer bestimmten Art zuzulassen; etwas Anderes sich nur mit der vorübergehenden Schädigung abzufinden, wie sie durch die von selbst in Bälde aussterbenden Ansprüche der früheren deutschen Landesgesetze gegeben ist. Mit der erzieherischen Wirkung, die der Gesetzgeber beabsichtigt hat, würde Ersteres im schroffen Widersprüche stehen, Letzteres dagegen vielleicht gerade aufs beste harmonisieren. Alle gute Erziehung macht, wie die Natur, keine Sprünge, ihre besten Resultate erreicht sie durch eine behutsame und allmähliche Einwirkung. Was gestern noch als inländisches Recht galt, wird nicht heute so skandalös sein, dass sein Fortbestehen in einzelnen Fällen bis zum

Cette opinion de Kahn est erronée. Dès l'instant que le législateur a édicté une loi ou a ratifié un traité dont il considère certaines dispositions comme d'ordre public, la date d'entrée en vigueur de la loi ou du traité doit faire règle pour l'application absolue de ces dispositions. Car la loi ou le traité nouveaux ne représentent, très souvent, que la consécration officielle d'une longue évolution des esprits qui a modifié la conception nationale de l'ordre public et de la morale. Kahn ne saurait donc prétendre que l'ordre public varie subitement d'aspect du jour au lendemain.

De son côté, Melchior (op. cit., § 252, p. 381) soutient que le législateur doit avoir, pour le moins, la même tolérance à l'égard d'une ancienne loi de son pays qu'à l'égard d'une loi étrangère. Dès lors, lorsque les tribunaux font usage de l'ordre public dans un cas de conflit intertemporal, ils sont tenus d'invoquer aussi l'ordre public, dans un cas semblable de conflit international. Beck émet une opinion intermédiaire (215) qui nous paraît également erronée. Contrairement à cet auteur, nous estimons que le juge doit refuser, pour des motifs d'ordre public, d'appliquer une loi ancienne, toutes les fois que, pour les mêmes motifs, il n'appliquerait pas une loi étrangère identique ou analogue à cette loi ancienne. C'est, précisément, parce qu'il est sévère dans son appréciation de la loi étrangère sur laquelle il n'a pas de pouvoir que le juge doit être très strict, du point de vue de l'ordre public, dans l'examen critique qu'il fait de la loi ancienne sur laquelle il a un pouvoir très étendu.

Il importe peu que le législateur soit le même pour l'ancienne ou la nouvelle loi, le nouveau ou l'ancien traité, ou qu'au contraire, le législateur ait changé, lorsqu'il y a eu annexion de territoire, ou quand, dans un Etat fédératif, le souverain cantonal ou provincial a remis le droit de légiférer au souverain fédéral ou central. La notion d'ordre public intertemporal n'a pas besoin, non plus, d'avoir été expressément consacrée par la nouvelle législation (Giesker-Zeller, op. cit., p. 25). C'est ainsi que les cantons catholiques de la Suisse, dont le code civil ignorait l'institution du divorce, ont dû le prononcer même pour des faits qui se sont passés avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 24 décembre 1874, sur l'état civil et le mariage loi qui ne mentionnait pas l'ordre public, *expressis verbis*. Parfois, toute une législation nouvelle, et non pas seulement quelques-unes de ses dispositions, ou certaines lois spéciales peuvent être déclarées d'ordre public, explicitement ou implicitement. Ce sera fréquemment le cas

---

baldigen natürlichen Absterben mit Moral und Recht völlig unvereinbar wäre.» Dans le même sens, voir un arrêt de la cour de justice civile de Genève (Cl., 1892, p. 303, du 2 mars 1891, aff. Herbault c. Darier).

215) Beck (op. cit., p. 76, n° 75) : « Es ist zu berücksichtigen, dass die Ergebnisse des intertemporalen Rechts nicht ohne weiteres auf das internationale Verhältnis übertragen werden können, weil der Unterschied in der Regelung zwischen dem inländischen und dem ausländischen Recht bedeutend grösser oder kleiner sein kann als zwischen dem alten und dem neuen Recht. Daher kann im internationalen Verhältnis der ordre public wirksam werden, wo er es im intertemporalen Verhältnis nicht ist und umgekehrt. »

pour les législations codifiées que les puissances coloniales substituent aux lois ou coutumes indigènes, dans les territoires d'outre-mer.

L'ordre public intertemporal peut varier rapidement et il n'est pas rare de voir, dans les Etats fédératifs surtout, où le législateur change, que l'ordre public d'avant-hier, contraire à celui d'hier, est de nouveau celui d'aujourd'hui. Le canton de Neuchâtel connaissait jusqu'au CCneuch., du 27 janvier 1855, l'institution de la recherche de la paternité. Le code civil consacra, d'ordre public, l'adage: « La recherche de la paternité est interdite ». Cette situation se modifia, d'ordre public de nouveau, le 1<sup>er</sup> janvier 1912, lorsque le CCS rétablit la recherche de la paternité, en faveur des enfants conçus avant l'entrée en vigueur du CCS.

En matière de droits acquis, cependant, l'ordre public nouveau s'opposera avec moins de force aux effets découlant d'un droit acquis sous l'empire de l'ancienne loi qu'il ne le fera aux effets déduits d'un droit acquis sous l'empire d'une loi étrangère. Aussi, pendant longtemps, les autorités françaises n'ont-elles pas hésité, après 1816, date à laquelle le divorce fut aboli en France, à célébrer le mariage de Français divorcés avant 1816, alors qu'elles répugnaient à célébrer le mariage des étrangers, divorcés à l'étranger, et auxquels la loi française, en tant que loi du for, n'aurait pas accordé le divorce (216).

Comme la notion d'ordre public, nous l'avons vu, n'est pas limitée aux seuls conflits de lois civiles, les mêmes règles s'imposeront dans toutes les disciplines du droit. Sans doute, la majorité des règles constitutionnelles ou de droit public nouvelles s'imposeront immédiatement. Dans le domaine de la procédure civile, nombre de règles anciennes s'appliqueront, sous la réserve de l'ordre public, aux procès en cours lors de l'introduction des règles nouvelles. En droit pénal, l'ancienne loi est applicable aux délits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sous la réserve, d'ordre public, que les règles plus favorables du nouveau code seront appliquées (voir proj. CPS, art. 2, 2<sup>e</sup> al., et Giesker-Zeller, *op. cit.*, p. 29/30). Le TF (ATF, t. V, n<sup>o</sup> 17, p. 63, et Cl., 1880, p. 406, du 22 mars 1879, *aff. Massiz*) a jadis décidé qu'un nouveau traité d'extradition peut être appliqué à un malfaiteur qui a commis, sous l'empire du traité précédent, le délit pour lequel il est poursuivi, sans que ce malfaiteur puisse objecter que ce délit n'était pas de ceux visés par l'ancien traité (à moins que ce traité n'eût disposé formellement l'impossibilité de l'extradition). Pillet (*Mélanges*, t. II, p. 432) approuve cette décision, sauf la réserve y contenue, car tout traité d'extradition s'impose, d'ordre public, immédiatement.

Dans tous les cas, la notion de l'ordre public intertemporal, quelles que soient les raisons d'opportunité qui pourraient être invoquées, ne doit pas être extensivement interprétée (Giesker-Zeller, *op. cit.*, p. 26).

---

216) Sur ce point, voir *Bartin* (*op. cit.* I, p. 256).

Quoi qu'il en soit, il faut faire des cas d'ordre public intertemporal une jurisprudence distincte de celle des cas d'ordre public international, tout en se rappelant cependant que là où il y a un cas d'ordre public dit international, il y a aussi, — tous éléments de la cause étant semblables d'ailleurs —, un cas d'ordre public dit intertemporal. Mais le contraire n'est point vrai; où il y a un cas d'ordre public dit intertemporal, il n'y a pas nécessairement, — dans des espèces analogues —, un cas d'ordre public international. Aussi est-ce à tort que le TF a cru pouvoir appliquer, dans certaines espèces internationales (217), la notion de l'ordre public telle qu'elle doit être comprise dans les conflits intertemporaux. Depuis ces arrêts justement critiqués (218), le TF n'a plus eu l'occasion de retomber dans de nouveaux écarts, mais s'est contenté d'affirmer (219) qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour considérer une disposition qui n'est pas d'ordre public intertemporal comme étant d'ordre public international.

217) Voir ATF, t. XLI, II, n° 17, p. 141, du 25 février 1915, aff. Hildebrand c. Schoop: «...es ist ein allgemein anerkannter und selbstverständlicher Grundsatz des IPR, dass die Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt sind, ausschliesslich Geltung beanspruchen, so wie sie auch im intertemporalen Recht ausschliesslich gelten wollen...»; ATF, t. XLII, III, n° 32, p. 173, du 30 mars 1916, aff. Masse en faillite Wyss et Frutiger c. Industrie du fer du Palatinat rhénan; ATF, t. XLVII, II, n° 2, p. 10, du 2 février 1921, aff. Salvisberg c. Salvisberg; ATF, t. XLVIII, III, n° 3, p. 8, du 31 janvier 1922, aff. Fils de R. Piccard & C<sup>ie</sup>.

218) Klein (Oest. Zbl. f. jur. Pr., t. XXXIV/1917, p. 284 à 291, en part., p. 287/88: «Solche absolut zwingenden Normen im privatintertemporalen Sinne können aufgestellt werden, weil ein-und-derselbe Gesetzgeber das frühere Recht aufhebt, das neue Recht schafft und den Uebergang vom alten zum neuen Rechtszustand ordnet. Ja... solche absolut zwingenden Normen im privatintertemporalen Sinne sind notwendig, weil die Rechtsgenossen möglichst bald der Wohlfahrt des neuen fortschrittlichen Rechts teilhaftig werden sollen. Ganz anders liegen die Dinge im IPR. Hier fehlt dem Gesetzgeber, der die privatinternationale Vorbehaltsklausel aufstellt, die Macht und Möglichkeit, auf die Gesetzgebungen der souveränen Auslandsstaaten einzuwirken, Änderungen der ausländischen Rechtsordnungen herbeizuführen. Sollen die in den Internationalprivatrechtsregelungen verfolgten Zwecke..., insbesondere auch die Anwendung des eigenen Rechts durch ausländische Gerichte..., nicht völlig in Frage gestellt werden, so müssen folglich die privatinternationalen Vorbehaltsklauseln engstens interpretiert werden.»

Les raisons avancées par Klein sont suffisamment claires, pour que nous nous dispensions d'y ajouter quoi que ce soit.

219) Ainsi s'exprime le TF (ATF, t. LIII, II, n° 17, p. 89, du 24 mars 1927, aff. Pomarolli c. Furrer): «Muss aber eine Vorschrift in intertemporaler Beziehung nicht als zwingend erachtet werden, so liegen auch keine zureichenden Gründe dafür vor, sie in internationaler Beziehung als zwingend zu erachten.» Pour les raisons indiquées dans le texte, la critique de Nussbaum (op. cit., § 10, p. 60, n. 1): «Zu weit geht das schweiz. Bundesgericht, wenn es einer Vorschrift, die in «intertemporaler Beziehung» nicht «zwingend» sei, diese Eigenschaft auch in «internationaler Hinsicht» abspricht», nous paraît erronée.

II. — Mais il est un autre problème qui touche directement le domaine international des conflits de lois dans l'espace. Ce problème relève de ce que Marin (op. cit., p. 6) appelle la science du droit intertemporal international. Lorsque les règles du DIP d'un Etat A ont déclaré applicable la loi d'un autre Etat B, et que, dans le premier Etat A, la législation interne a été modifiée, avec laquelle des deux législations, la nouvelle ou l'ancienne, de l'Etat A, le juge de cet Etat comparera-t-il, pour les nécessités de l'ordre public, la loi de l'Etat B déclarée applicable? La réponse à cette question est aisée: Le juge ne tiendra compte que de la nouvelle loi qui, seule, peut donner l'ordre public actuel. Inversement, lorsque les règles du DIP de l'Etat A ont déclaré applicable la loi de l'Etat B, et que, dans cet Etat, la législation interne a été modifiée, de laquelle des deux lois étrangères, de la nouvelle ou de l'ancienne, le juge de l'Etat A tiendra-t-il compte? Pour résoudre ce problème, le juge doit, en principe, observer les règles du droit intertemporal étranger (cf. Marin, op. cit., p. 7, n. 2; Niboyet, op. cit. II, p. 613, n<sup>os</sup> 12, 14 et 15), car en désignant comme compétente la loi de l'Etat B, c'est, dit Niboyet, « cette loi avec le contenu que lui donne le législateur qui l'a édictée, et s'il y a deux lois en présence, seul ce législateur peut décider à partir de quel moment la loi nouvelle devra s'appliquer ». Ce point résolu, seul l'ordre public du for pourra s'opposer, le cas échéant, à celle des deux lois étrangères qui aura été reconnue compétente. Le juge ne recherchera jamais si l'autre des deux lois étrangères serait plus conforme à l'ordre public que celle qui aura été désignée par les dispositions transitoires étrangères. Niboyet (op. cit. II, p. 614, n<sup>o</sup> 19) fait toutefois à ce sujet la réserve suivante: « Si la loi étrangère admet, à titre transitoire, des règles qui nous paraissent injustes, p. ex., une rétroactivité trop prononcée, nous juges pourrions n'en pas tenir compte, au nom de l'ordre public » (220). A n'en pas douter, cet auteur préconise, dans ce cas-là, l'application, — pour autant qu'elle est elle-même conforme à l'ordre public du for

---

220) Roubier (op. cit., II, p. 41/42 et auteurs cités) et Melchior (op. cit., § 268, p. 398) sont du même avis. Voir encore, dans ce sens, un arrêt du trib. civ. de la Seine (Cl., 1930, p. 1012, du 9 avril 1930, aff. Sté I. c. Z.) et un arrêt de la cour d'appel de Francfort (JW, 1926, p. 2858, du 17 décembre 1925, aff. X). Récemment, le TF a prononcé (ATF, t. LVIII, II, n<sup>o</sup> 21, p. 124, du 26 février 1932, aff. Crédit foncier bavarois c. Lecoultré) que, « dans sa généralité, l'affirmation que les principes de rétroactivité d'une loi étrangère sont contraires à l'ordre public suisse est manifestement insoutenable. » A contrario, le TF semble, dès lors, admettre, lui aussi, que dans certains cas la rétroactivité de lois étrangères peut être contraire à l'ordre public du for, lorsque cette rétroactivité ne s'inspirerait pas, p. ex., « directement du principe essentiel de la bonne foi. » De son côté, Baldoni (op. cit., p. 24, n. 3) estime que la rétroactivité des lois étrangères est contraire à l'ordre public, en tant que le pays du for fait de la règle de la non-rétroactivité un principe constitutionnel auquel le législateur ne peut déroger. En revanche, la rétroactivité des lois étrangères n'est pas en elle-même contraire à l'ordre public, lorsque le pays du for attribue au législateur le pouvoir d'établir des lois rétroactives.

—, de l'ancienne loi, au mépris des règles du droit transitoire étranger. Cette solution est inacceptable. Le juge ne peut se substituer ainsi au législateur étranger dans des questions de souveraineté qui ne concernent que ce dernier, et se constituer, ainsi, gardien de l'ordre public étranger.

III. — Des conflits de lois dans le temps peuvent encore se présenter, lorsque ce ne sont plus les lois internes des Etats considérés qui ont changé, mais leurs règles de DIP. L'étude de ces conflits constitue, pour Marin (op. cit., p. 6), la discipline du droit international transitoire ou intertemporal. Le conflit dans le temps peut éclater entre deux règles autonomes de DIP ou surgir du fait de l'entrée en vigueur ou de la dénonciation d'un traité international. En fait, les mêmes règles s'appliquent aux deux cas. Lorsque dans un Etat A, le juge est appelé, à raison de ce fait qu'une situation juridique qui lui est soumise contient un élément étranger, à appliquer les règles de DIP de son pays, mais que ces règles ont changé, suivra-t-il les anciennes ou les nouvelles règles? La doctrine et la jurisprudence sont très partagées. Nous ne pouvons examiner ici toutes les solutions qui ont été proposées; nous retiendrons seulement celle de Roublier qui nous a paru la plus fondée. Pour cet auteur (op. cit. II, p. 79), il convient tout simplement d'appliquer, sauf quelques cas d'exception (eod. loc., p. 77), les principes généraux du droit transitoire aux situations juridiques de droit international. Niboyet (op. cit. II, n° 46, p. 618) s'est prononcé dans un sens analogue et il semble que le TF ait consacré cette opinion dans une espèce récente (ATF, t. LV, II, n° 61, p. 291; Cl., 1930, p. 1156; Dar.-Lapr., 1930, p. 698, du 15 novembre 1929, aff. Gross c. D<sup>e</sup> Gross-Derking). Aux termes de cet arrêt, le juge doit faire application de l'art. 7 h LCES, en vertu de l'art. 8 tit. fin. CCS, à tous les divorces, dont la demande a été déposée sous l'empire de la convention de La Haye, mais arrivant en jugement après sa dénonciation. Cette décision en confirme une série d'autres (221). La doctrine de Mutzner (op. cit. II, rem. prél., n° 31, p. 15) est, à notre avis, décisive: «Les règles d'application spatiale («örtliche Anwendungsnormen») de l'ancien droit forment une partie intégrante de l'ancien ordre juridique. Les règles d'application spatiale du nouveau droit forment une partie intégrante du nouvel ordre juridique. Si le nouvel ordre juridique est applicable, selon le droit intertemporal du CCS, ce nouvel ordre fixe lui-même les limites de son application spatiale. Si, au contraire, l'ancien ordre juridique continue d'être applicable, en vertu des dispositions intertemporales du nouveau droit, cet ancien ordre juridique est applicable dans son ensemble, y compris les règles d'application spatiale.» Mais une certaine interprétation de cette doctrine peut con-

---

221) ATF, t. XLVI, II, n° 41, p. 213, du 3 juin 1920, aff. Gilly et cons. c. Bosio; ATF, t. XXXVIII, II, n° 9, p. 43, du 13 juin 1912, aff. G. c. G.; ATF, t. XVI, n° 52, p. 366, du 26 avril 1890, aff. Métropole c. Grisel; ATF, t. XII, n° 99, p. 675, du 13 novembre 1886, aff. Brunner c. Brunner. Voir encore Giesker-Zeller («Ein interessanter Fall aus dem internationalen und intertemporalen Familien- und Erbrecht», Rev. suis. jur., t. XII/1915/16, p. 189 à 194).

duire à la solution quelque peu bizarre que Marin (op. cit., p. 20) a prévue: « Lorsque l'ancien système de conflit s'applique et désigne une loi interne étrangère contraire à l'ordre public, cette loi est écartée non pas au profit de la loi du for, mais au profit de la loi étrangère qu'aurait désignée le nouveau système de conflit ». Cette opinion ne repose sur aucun argument décisif. Dès l'instant que le conflit préalable entre les deux lois sur les conflits, l'ancienne et la nouvelle, a été résolu, conformément au système adopté dans l'Etat qui les a édictées, il n'y a plus à y revenir, et si la loi étrangère, désignée par la loi sur les conflits reconnue compétente, est incompatible avec l'ordre public, c'est la loi du for qui s'applique (222). Quelle loi du for, l'ancienne ou la nouvelle? Diena (op. cit., p. 939) affirme qu'il « sera, en principe, loisible au juge d'apprécier l'élément de l'ordre public, d'après les dispositions de la loi antérieure ou de la loi nouvelle sur les conflits ». De son côté, Baldoni (op. cit., p. 31 à 35) n'hésite pas à prétendre que « la disposition interne applicable, en lieu et place de la disposition étrangère, sera celle que les règles du droit transitoire auront désignée. En fait, la réserve de l'ordre public a pour conséquence de rendre le droit interne compétent pour régir le rapport de droit considéré. La détermination concrète de ce qu'est le droit interne dans le cas en question relève des règles qui fixent les limites de l'efficacité, dans le temps, des normes relatives aux rapports du type visé » (223).

En réalité, l'ordre public des conflits de lois dans le temps étant plus strict que celui des conflits de lois dans l'espace, c'est, en cas de changement de lois sur les conflits, le nouvel ordre public qui s'impose. L'ordre public ne serait plus l'ordre public, s'il était possible qu'en même temps, sur le même territoire, coexistassent deux ordres publics, souvent contradictoires, l'un émanant de l'ancienne loi, l'autre de la nouvelle.

Lorsque le changement de législation sur les conflits affecte, non plus le pays du juge, mais celui de la loi reconnue compétente, aux termes du DIP du juge, quel parti le juge devra-t-il prendre

---

222) Pour Roubier aussi (op. cit. II, p. 72, note, *in fine*): « Le refus d'appliquer la loi étrangère désignée par l'ancienne règle de conflit n'entraînera pas l'application de la règle nouvelle de conflit qui n'avait pas été reconnue compétente. »

223) Baldoni (op. cit., p. 33, n. 1) ajoute pour prévenir des objections pressantes: « Ciò che si afferma qui sembra, al primo aspetto, poter condurre a risultati in contraddizione con quanto si è detto circa l'applicabilità attuale del limite dell'ordine pubblico. La osservazione che segue verrà a mostrare che in realtà una tale contraddizione non v'è. »

Se infatti una determinata legge straniera, non contraria all'ordine pubblico precedente, è contraria all'ordine pubblico attuale, ciò implica che, anche per quanto riguarda l'applicazione del diritto interno, la corrispondente legge interna anteriore se è contraria all'ordine pubblico attuale non possa più in concreto ricevere applicazione. Giacché se una siffatta legge interna potesse venire applicata, ciò vorrebbe dire che anche l'applicazione della legge straniera corrispondente non potrebbe considerarsi contraria all'ordine pubblico quale è concepito attualmente. Il concetto dell'ordine pubblico infatti si ricava da un'ordinamento giuridico in tutto il suo complesso. »

dans le cas où, admettant la théorie du renvoi, il est obligé de tenir compte, dans la loi étrangère, des règles de conflit de celle-ci? Devra-t-il tenir compte de l'ancienne ou de la nouvelle règle de conflit étrangère? A notre avis, seule la législation qui renvoie a qualité pour résoudre cette question (cf. Niboyet, op. cit. II, n<sup>o</sup> 58 et 59, p. 619). Si la loi qui est désignée par renvoi de l'ancienne règle de conflit étrangère est contraire à l'ordre public du for — cela ne pourra nécessairement être le cas que s'il y a renvoi au deuxième degré —, cette loi sera écartée au profit de la loi du for et non pas au profit de la loi désignée par renvoi de la nouvelle règle de conflit étrangère.

Les conflits consécutifs à une cession de territoire posent, du point de vue de l'ordre public intertemporal, les mêmes problèmes que ceux qui se présentent dans un pays modifiant son droit international (cf. Niboyet, op. cit. II, n<sup>o</sup> 71, p. 621). Sur le territoire annexé, les règles nouvelles s'appliquent dans les mêmes conditions que celles qui, en l'absence de toute annexion, se substituent aux règles anciennes (eod. loc., n<sup>o</sup> 72, p. 621). Sur le territoire annexant, sauf le cas de renvoi, les juges n'appliqueront que leur système de conflit de lois. « Ainsi, dit Niboyet (eod. loc., n<sup>o</sup> 75, p. 622), le hasard de la compétence judiciaire exerce une grande influence sur la compétence législative, car les choses doivent se passer comme si l'annexion n'avait pas eu lieu. »

Les conflits naissant d'un changement de statut personnel, et les conflits naissant d'un changement dans la situation d'un meuble relèvent à proprement parler du problème des droits acquis. L'ordre public, nous l'avons vu, n'est, en principe, pas différent dans le domaine des droits acquis ou dans celui des conflits de lois. Il peut avoir une portée variable, selon les cas, mais, comme il est mobile par essence, nous ne pouvons voir là un phénomène caractéristique des droits acquis. Ceux-ci ne seront respectés qu'en tant que l'ordre public le voudra bien.

## CHAPITRE HUITIEME

### L'ORDRE PUBLIC ET LE RENVOI

#### *Bibliographie spéciale*

- DIETZ. — Das Domizilprinzip im argentinischen Ehescheidungsrecht, (NZ, t. XIX/1909, p. 447 à 457).
- EDLER. — Zur jüngsten englischen Rechtsprechung über die Rückverweisung, (Zeit. f. ausl. und IPR, t. V/1931, p. 66 ss.).
- GOLDSCHMIDT. — Internationales Privatrecht, (Die Zivilgesetze der Gegenwart, t. II, England), Berlin, 1931.
- LEVIS. — Die Einwirkung zwingender Vorschriften des Heimatrechts auf die Rückverweisung des Art. 27 EGzBGB, (NZ, t. XX/1910, p. 85 à 90).

LEWALD, Hans. — La théorie du renvoi, (Rec. Cours Acad. DI, t. XXIX, 1929/IV, p. 515 à 620).

LEWALD, Walter. — Zur Lehre der Rückverweisung im englischen Recht, (NZ, t. XXXIV/1931, p. 1 à 10).

Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici la question du renvoi. Elle constitue un des chapitres les plus discutés du DIP. La doctrine et la jurisprudence sont très divisées et les arguments invoqués, pour ou contre le renvoi, ne manquent de valeur, ni les uns, ni les autres. En quelques mots, *Bartin* (op. cit. II, § 81, p. 201) définit ainsi le renvoi: « Il s'agit, en somme, de savoir, quand les règles de conflit d'une législation donnée prescrivent l'application de la loi étrangère à un rapport de droit déterminé, s'il faut entendre par là les dispositions de droit interne de la loi étrangère sur le rapport de droit en question, ou bien, au contraire, les dispositions de la loi étrangère sur le conflit de lois que ce rapport de droit peut soulever. » La doctrine distingue la « Rückverweisung » ou « renvoi au premier degré », dans lequel la loi étrangère que les règles de conflit du juge saisi lui ordonnent d'appliquer renvoie à la loi même de ce juge, et la « Weltverweisung » ou « renvoi au deuxième degré », dans lequel la loi étrangère renvoie à la loi d'un pays tiers. Nous ne prendrons position, ni pour, ni contre le renvoi. Qu'il nous suffise de constater qu'il est consacré par maintes législations (art. 27 EGzBGB; art. 1065, prof. de loi fédérale revisant les titres XXIV à XXXIII CO, FF, 1928, I, p. 520; art. 1<sup>er</sup> de la convention de la Haye sur le mariage; art. 2 des conventions destinées à régler les conflits de lois, en matière de lettres de change, de billets à ordre et de chèques, FF, 1931, II, p. 393 et 435; etc.). Le problème que nous avons à examiner est celui-ci :

Lorsque, en admettant le renvoi, un magistrat applique une règle de conflit étrangère, doit-il tenir compte, et dans quelle mesure, de l'ordre public? (224). Nous devons distinguer :

A. — Le magistrat doit-il tenir compte de l'ordre public du for, pour s'opposer au renvoi fait par la loi étrangère, compétente aux termes des règles de conflit de lois du for, à la législation interne du for (cas de « renvoi au premier degré ») ?

La législation anglaise soumet, p. ex., certains rapports de droit à la loi du domicile, qui peut renvoyer à la loi nationale. Le juge anglais appliquera, cependant, par nouveau renvoi (225), la législa-

---

224) Ce problème, lourd en difficultés, constitue, pour *Niboyet* (op. cit., n° 408, p. 486), une raison de plus pour condamner le renvoi, cause de perturbation en DIP.

225) Les cours anglaises raisonnent de la façon suivante: En cas de renvoi, le juge anglais doit retenir comme compétent le droit étranger qu'appliquerait le juge de l'Etat auquel ressortit la loi désignée par le renvoi. Ainsi, l'admission du renvoi dépend du point de vue de l'Etat étranger. Si l'Etat étranger admet la théorie du renvoi, le juge anglais, en faisant, du point de vue anglais, un double renvoi ne fait, à proprement parler, plus de renvoi. Si l'Etat étranger repousse la théorie du renvoi, le juge anglais fait effectivement, du point de vue anglais, application du renvoi (voir *Goldschmidt*, op. cit., § 8, p. 185/86).

tion du domicile, en tant qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public anglais (Lewald, W., op. cit., p. 5; Edler, op. cit., p. 86). Dans ce cas, la loi anglaise, loi nationale, sera applicable, d'ordre public, en qualité de *lex fori*. Deux cas, cités par Lewald, H. (op. cit., p. 567), éclaireront fort bien l'opposition de l'ordre public au renvoi. Un Français, résidant aux Etats-Unis, s'était marié à New-York, sans faire de contrat de mariage. Il meurt domicilié en France. Quel était le régime matrimonial? A New-York, le régime légal est celui de la séparation de biens; en France, celui de la communauté. Le droit de New-York fut reconnu applicable. Pourtant, la veuve de New-York prétendait être traitée comme commune en biens, en ce qui concerne les meubles sis en France, parce que le DIP de New-York renvoyait, pour les biens sis à l'étranger, à la loi de situation des biens. Trois instances (226) repoussèrent sa demande et refusèrent d'admettre le renvoi. Son admission aurait eu pour résultat de détruire l'unité du régime matrimonial, considérée comme d'ordre public. Le juge du for a donc renoncé à recourir au renvoi qui lui eût permis, cependant, d'appliquer sa propre loi. En matière de droit successoral, deux tribunaux allemands (227) ont repoussé le renvoi, malgré la disposition de l'art. 27 EGzBGB, en argumentant que le magistrat allemand aurait été obligé, sans cela, de faire une distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière, distinction contraire au principe de l'unité, sanctionné en DIP allemand. La même solution fut donnée par un tribunal Italien (228). Cette jurisprudence, qui, toutefois, ne fut pas toujours suivie, est la seule exacte. Sous peine de n'être plus ce qu'il est, l'ordre public doit primer le renvoi, car l'ordre public est appelé à faire échec au jeu normal de toutes les règles de conflit de lois, à celles du renvoi y comprise.

B. — Le magistrat doit-il tenir compte de l'ordre public de l'Etat tiers auquel renvoie la loi étrangère, compétente aux termes des règles de conflit du for (cas de « renvoi au deuxième degré »)?

Prenons un exemple: Un individu est actionné en payement d'une dette née d'un contrat, devant le tribunal suisse de son domicile (art. 59 Const. féd.). Ce contrat est soumis, p. ex., à la loi française (*lex solutionis*, compétente pour le DIP suisse). La loi française renvoie à la loi allemande (*lex contractus*, compétente pour le DIP français). La loi allemande, contrairement à la loi française, déclare le contrat immoral, et, d'ordre public, lui refuse tout effet en Allemagne. La Suisse, (nous supposons qu'elle admette ici le principe

---

226) Trib. civ. de Millau (Cl., 1905, p. 377, du 18 juillet 1903, aff. D<sup>e</sup> Achille Fanny c. Balsan); cour d'appel de Montpellier (Cl., 1905, p. 379, du 25 avril 1904, même aff.); cour cass. (Cl., 1906, p. 446, du 18 juillet 1905, même aff.). Dans le même sens, voir un arrêt du trib. civ. de Meaux (Cl., 1928, p. 1223, du 4 mai 1928, aff. D<sup>e</sup> Pillon c. D<sup>e</sup> Peck).

227) « Oberlandesgericht » de Cologne, du 27 août 1907, et « Oberlandesgericht » de Colmar, du 14 juillet 1910. Ces deux arrêts sont cités par Lewald, H. (op. cit., p. 569).

228) Arrêt du trib. civ. de Palmi, du 16 mai 1903, Foro italiano, 1903, I, p. 1294.

du renvoi), appliquera-t-elle la loi allemande ou la loi française? La question est assez épineuse et nous ne connaissons pas de solution jurisprudentielle (229). A notre avis, la Suisse doit appliquer la loi allemande. En effet, la règle française prescrivant le renvoi est normale, dès l'instant que le principe du renvoi est admis. La loi française se désintéresse du rapport de droit, en faveur de la loi allemande. Cette dernière est, dès lors, seule compétente. Comme il n'y a plus conflit de lois, on ne peut plus parler d'une loi allemande, revêtant un caractère d'ordre public, qui s'oppose à l'application d'une loi étrangère. Un pays tiers n'a pas de raison de rejeter, *a priori*, la loi déclarée compétente par renvoi. Cette loi s'applique, pour le pays tiers, en qualité de loi normale, et non à titre exceptionnel de loi d'ordre public. Si cette loi est contraire à l'ordre public du for, elle cédera à son tour le pas à la loi du for, intervenant alors en vertu de l'ordre public proprement dit.

C. — Le magistrat doit-il tenir compte de l'ordre public de la loi étrangère, compétente aux termes des règles de conflit du for, lorsque cette loi renvoie soit à la loi du for, soit à une loi tierce (cas de « renvoi au premier ou au deuxième degré »)?

La doctrine, dignement représentée par Lewald, H. (op. cit., p. 367), semble en douter: « Une telle théorie, qui impose au juge une tâche aussi épineuse que difficile et impraticable, peut-elle vraiment être acceptée, sans qu'on y soit forcé par des arguments décisifs et irréfutables? » La jurisprudence, elle aussi, est partagée (230).

---

229) Disons, cependant, que, d'après la jurisprudence anglaise, un contrat que les parties ont soumis, p. ex., au droit allemand, en vue d'organiser en France une loterie interdite par le droit français, compétent comme *lex loci executionis*, aux termes du DIP allemand, est nul en Angleterre (aff. Summer-Permain et C<sup>ie</sup> c. Webb et C<sup>ie</sup>, citée par Goldschmidt, op. cit., p. 201). Lire aussi les réflexions de Kahn (op. cit. I, p. 146 à 148) sur les rapports, souvent inconséquents, de l'ordre public et du renvoi.

230) A ce sujet, voir un article fort intéressant (« Bestrebungen zur Einführung des Domizilprinzips bei Statusfragen im deutschen Recht », Zeit. f. ausl. und IPR, t. IV/1930, p. 390 à 405, en part., p. 399, in fine): « ...es handelt sich um einen Hindu, der eine deutsche Frau heiraten wollte. Hier sei das Hindurecht anzuwenden gewesen. Nach Hindurecht bestehe die Vorschrift, dass ein Hindu auch eine Frau heiraten könne, die selbst nicht Hindu sei. Vereinfacht sei die Sache scheinbar dadurch gewesen, dass Indien englische Kolonie sei und die Engländer das Domizilprinzip anwendeten, also ohne weiteres das Recht des Wohnsitzes entscheidend sein liessen. Es habe sich nun die Frage ergeben, inwieweit dieses Domizilprinzip auch gegenüber den absoluten Vorschriften des Hindurechts Platz zu greifen hätte. Ueber diese Frage seien bereits vor längeren Jahren zwei Gutachten indischer Rechtsgelehrter eingeholt worden. Das erste Gutachten habe die Ehe eines Hindus im Ausland mit einer Frau, die nicht Hindu sei, für absolut ungültig gehalten; das zweite Gutachten habe sich dahin ausgesprochen: obgleich bisher diese Frage nicht als vollkommen zweifelsfrei angesprochen werden könne, da sie niemals genau entschieden worden wäre, sei der Gutachter der Auffassung, dass die Gerichte in Indien die Eheschliessung vor dem Standesbeamten in Deutschland für alle Zwecke mit Ausnahme der Geltendmachung der ehelichen Rechte als gültige Eheschliessung ansehen würden. Auf Grund des zweiten allerdings keineswegs klaren Gutachtens sei die

Deux thèses ont été soutenues :

Le renvoi est impossible. L'ordre public de la loi qui renvoie s'applique toujours et inconditionnellement (231).

Befreiung erteilt worden. Ob aber die Ehe gültig sei, bleibe ungewiss; infolge der unsicheren Rechtslage sei es nicht möglich hier eine sichere Entscheidung zu treffen. »

231) Nussbaum (op. cit., § 10, p. 67, n. 1) admet que la question est controversée, mais ajoute, pour sa part : « der ausländische ordre public geht den inländischen Richter nichts an, abgesehen vom Fall des renvoi; soweit durch die ausländische Vorbehaltsklausel eine allgemeine Kollisionsnorm des fremden Rechts für den einzelnen Fall eingeschränkt wird, liegt eine Rückverweisung nicht vor. » Le renvoi est impossible aussi, pour Melchior (op. cit., § 141, p. 211 à 214 et § 246, p. 371), Beck (op. cit., p. 88, n° 104), Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 70 ss., à propos du « rattachement secondaire »), Dietz (op. cit., p. 447 ss.). Ainsi jugé, par la cour d'appel de Zurich (Bl. Zü. R., t. XIII/1914, n° 173, p. 322 ss., du 22 mai 1913, arrêt cité par Lewald (op. cit., p. 566, n° 2) : « La loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée, du 20 avril 1892, dispose, dans son § 15, que la cession d'une part sociale ne peut être faite que par acte authentique. L'art. 11 EGzBGB renvoie, d'autre part, en ce qui concerne la forme des actes juridiques, à la loi du lieu de l'acte. Le tribunal zurichois a fait application de la loi allemande, malgré le renvoi de celle-ci à la loi suisse, parce qu'un jugement de la cour d'appel de Carlsruhe, rendu sur la même question, avait fait application de l'art. 30 EGzBGB. L'ordre public allemand a donc primé le renvoi à la loi suisse. Ainsi jugé, également, par le Tribunal d'Empire (RGE, t. CXXXII, p. 416, du 16 mai 1931, et Cl., 1932, p. 753) : Un Autrichien protestant avait épousé, à Odessa, une Lettonne israélite. Les deux conjoints se firent naturaliser italiens, par la suite. Selon le droit autrichien, le mariage célébré entre chrétiens et non-chrétiens n'est pas valable. Le mari intenta donc à sa femme une action en nullité de mariage. Le Tribunal d'Empire devait appliquer le droit italien, compétent, aux termes du DIP allemand, pour résoudre le litige. A son tour, le droit italien renvoie, en ce qui concerne la capacité de mariage, au droit d'origine des époux, lors de la célébration du mariage (droit autrichien). Mais, d'autre part, le droit italien s'oppose, d'ordre public, à l'application de l'empêchement à mariage *disparis cultus*. Les juges allemands ont, dès lors, retenu le seul droit italien. Dans le même sens, voir un arrêt du trib. civ. des Basses-Pyrénées (Dar.-Lapr., 1930, p. 690, du 28 mai 1930, aff. L. c. D° L.) et un arrêt du trib. civ. de la Seine (Cl., 1913, p. 598; Dar.-Lapr., 1913, p. 498, du 30 juillet 1912, aff. Vve Duran y Rivas c. la succession Duran y Rivas). En matière de divorce, dans le droit des Etats-Unis, c'est la *lex fori* qui fixe souverainement les causes légales de rupture judiciaire du lien conjugal (cf. Lorenzen, Rép., t. VII, « DIP aux Etats-Unis », n° 283 et 293, p. 338 et 340). Il y a donc renvoi à cette loi. Les tribunaux suisses n'ont, cependant, pas prononcé le divorce d'époux américains, sans rechercher si, malgré le renvoi fait à la loi suisse, l'ordre public de l'Etat des époux admettait les causes de divorce de la loi suisse. Voir arrêts du trib. de district de Zurich, du 10 juin 1914, (loi de l'Ohio), Rev. suis. jur., t. XIII/1916/17, p. 72; du 18 juin 1930, (loi du Minnesota), Rev. suis. jur., t. XXVII/1930/31, p. 87; du 7 octobre 1930, (loi du Wisconsin), Rev. suis. jur., t. XXVII/1930/31, p. 267; et un arrêt de la cour d'appel de Zurich, du 8 juin 1921, (loi de la Géorgie), Bl. Zü. R., t. XXI/1922, n° 3, p. 2. La question du renvoi à la *lex fori*, abstraitement considérée, est cependant des plus controversées. Pour Melchior (op. cit., § 143, p. 215 et 216), lorsque, selon ses règles de DIP, un Etat désigne la « *lex fori* » comme compétente pour régir un rapport de droit, c'est que, pour cet Etat, ce rapport de droit relève soit de la procédure, soit de l'ordre public. Dans les deux cas, l'Etat en question n'a pas voulu enten-

Le renvoi n'est pas touché par les dispositions d'ordre public de la loi qui renvoie, car celle-ci, par le renvoi, a renoncé à son ordre public (232).

Pour Levis, seule la première de ces deux thèses est juste; mais, comme elle doit subir certains tempéraments, il donne la règle suivante: « Si le droit étranger, compétent aux termes des règles de conflit du juge saisi, renvoie à la loi interne du juge saisi ou d'un pays tiers, cette loi est inapplicable, lorsque le droit interne de l'Etat qui renvoie est d'ordre public. L'inapplicabilité peut, toutefois, n'être que partielle. La loi nationale renvoie, p. ex., à la loi du domicile en matière de divorce. Or, pour des raisons d'ordre public, la loi nationale n'admet pas le divorce, s'il n'y a pas faute d'un des conjoints au moins. Le tribunal ne peut pas prononcer le divorce, conformément à la loi du domicile, pour cause de maladie mentale, p. ex. Le droit national soumet, supposons encore, la dévolution d'une succession au droit du domicile, mais exclut, d'ordre public, un des héritiers désignés par ce droit. L'ordre public national primera le droit du domicile compétent selon le renvoi. » (Voir jurisprudence sous n. 231). Cette doctrine est excellente. Toute la théorie du renvoi est basée sur l'application des règles de conflit étrangères; il n'existe donc aucune

---

dre par « *lex fori* », la loi du for étranger saisi de l'action judiciaire, mais uniquement la loi du for de cet Etat. Dès lors, tout renvoi est impossible. Cependant, le « Landgericht » de Munich (JW, 1921, p. 1471) a admis le renvoi, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1921, et a prononcé, conformément au droit allemand, le divorce d'époux new-yorkais. Admettent aussi le renvoi à la « *lex fori* », pour certaines matières tout au moins, Kahn (op. cit., t. I, p. 105, n. 39), Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 277), Niemeyer op. cit. IV, p. 151).

232) L'« Oberlandesgericht » de Carlsruhe, dans un arrêt du 16 juin 1909 (cité par Dietz, op. cit., p. 447 ss.; Levis, op. cit., p. 85 ss.; Frankenstein, op. cit. I, t. I, p. 71; Lewald, H., op. cit., p. 565), a prononcé le divorce d'époux argentins, domiciliés en Allemagne, par suite du prétendu renvoi du droit argentin. Le droit argentin, dit la cour, veut essentiellement soumettre les droits et obligations des époux à la loi du domicile, et ne reconnaît aucune limitation à l'application des lois étrangères, vis-à-vis de citoyens argentins. Levis (op. cit., p. 86) critique judicieusement cet arrêt: « Le droit argentin soumet les nationaux argentins, pour le droit du mariage, à la loi du domicile. Comme il prohibe, cependant, le divorce entre époux dont le mariage a été célébré en Argentine, le renvoi à la loi du domicile n'a donc de valeur que pour les mariages célébrés ailleurs qu'en Argentine. C'est ainsi que le trib. civ. de la Seine (Cl., 1917, p. 1020, aff. Rocholl) a prononcé le divorce d'Argentins domiciliés en France et dont le mariage n'avait pas été célébré en Argentine. L'« Oberlandesgericht » de Carlsruhe, par contre, a appliqué, par renvoi, le droit allemand à un divorce d'Argentins, domiciliés en Allemagne, mais dont le mariage avait été célébré en Argentine. Le tribunal a fait ici, à n'en pas douter, une application injustifiable de la loi allemande ». Melchior (op. cit., § 153, p. 229/30) approuve, cependant, cette décision, en alléguant que l'indissolubilité du mariage, contracté en Argentine par des Argentins, n'est d'ordre public que jusqu'à un certain point, en ce sens que les époux divorcés peuvent contracter à l'étranger un nouveau mariage valable en Argentine. Pour Reichel (op. cit. au début de notre titre deuxième, chapitre septième, p. 162), lorsque le droit d'origine renvoie, en matière de divorce, aux dispositions du droit de domicile, il faut retenir comme causes de divorce celles qui sont prévues

raison d'excepter la règle de conflit de l'ordre public. Le législateur étranger n'entend, certes, pas que le renvoi, qu'il fait à la loi d'un autre Etat, permette d'éluider l'ordre public de la loi interne. En examinant, dès lors, le DIP étranger, le juge saisi tiendra compte, pour établir la portée du renvoi, de tous les éléments de ce droit. Or l'ordre public en fait partie intégrante (233). A ce sujet, Arminjon (op. cit. II, p. 468/69) s'exprime ainsi: « Pour être logiques, les auteurs et la jurisprudence devraient également, sans réserve, observer toutes les règles d'ordre public de la loi compétente, s'il est vrai que cette loi doit être suivie dans son intégralité, comme le feraient les juges de l'Etat où elle a été édictée; on ne saurait, sans usurper la souveraineté de cet Etat, ne pas admettre toutes les exceptions que comportent les règles du DIP, et cela sans restriction. Personne ne l'a fait d'ailleurs. Fillet, lui-même, n'a pas osé aller jusque là. Il n'admet les règles d'ordre public de la loi compétente qu'autant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public du pays où l'on prétend les faire valoir. » La réserve de Fillet, que cite Arminjon, nous paraît pleinement justifiée. Car, en tenant compte de l'ordre public de la loi qui renvoie, le juge applique une règle de conflit étrangère normale qui, comme toute autre règle de conflit, peut désigner une loi étrangère

par la législation du domicile. Car, dit-il, le droit d'origine exprime ainsi, que, pour ses ressortissants à l'étranger, d'après sa propre volonté, les causes de divorce de la législation étrangère doivent être admises comme causes de divorce. Dans le même sens, Richard-Frassinon (op. cit., p. 257 à 260 et 277): « Le divorce de nationaux anglais ou américains sera prononcé en conformité avec le droit suisse (ou français), et alors même que la loi anglaise ou américaine ne reconnaît pas la cause invoquée (ainsi, cour de justice civile de Genève, Cl., 1914, p. 1381, du 8 février 1913, aff. Bound) »; Petitpierre (Rép., t. VII, « DIP de la Suisse », pour le divorce, n° 157, p. 162, et pour le mariage, n° 135, p. 160); Lerebours-Pigeonnière (op. cit. I, n° 350, p. 335) et Fiore (« Du mariage célébré à l'étranger, suivant la législation interne », Cl., 1886, p. 161 à 177, 299 à 312, et Cl., 1887, p. 46 à 54, 154 à 161, en part., Cl., 1886, p. 173). Simond (op. cit., n° 73, p. 99) corrige, à bon droit, l'absolu de cette opinion, en disant qu'« il ne convient pas simplement de noter le principe admis par l'Etat étranger, mais, au contraire, de rechercher si la jurisprudence de ce pays applique réellement ce principe. » Stauffer (op. cit. I, ad 7 c, n° 2, p. 17) admet, de son côté, que la Suisse tient compte du renvoi fait par la loi nationale à la loi du domicile, mais à la condition que l'Etat d'origine reconnaisse tous les mariages de ses ressortissants, si ces mariages sont valables selon la loi du domicile. Voir encore un arrêt du trib. civ. de la Seine, (Cl., 1919, p. 286; Dav.-Lapr., 1919, p. 513, du 11 juillet 1918, aff. Machain Cueto c. Lopp), selon lequel la France n'admet pas l'exception de la loi argentine défendant à un Argentin, marié en Argentine, mais divorcé aux Etats-Unis, un nouveau mariage, parce que le premier ne pouvait être dissous *a toto et mensa* qu'en Argentine.

233) Dans ce sens, voir la très intéressante décision du tribunal mixte anglo-allemand (rapportée dans notre chapitre sur l'ordre public devant le juge international). Dans cet arrêt, les juges déclarent applicable le droit allemand. Celui-ci renvoie au droit anglais qui, heurtant l'ordre public allemand, rend la loi allemande définitivement applicable. Le tribunal, dit Niboyet (Rép., t. X, « Ordre public », p. 167, n° 456), a considéré que l'ordre public faisait un tout avec le système allemand de DIP déclaré applicable.

contraire à l'ordre public du for. La loi compétente, aux termes de l'art. 7 c LCES, pour établir la capacité de contracter mariage, est la loi nationale des futurs époux. Supposons que ces derniers (ou l'un d'eux seulement) soient de nationalité anglaise. La législation anglaise soumet la capacité de contracter mariage à la loi du domicile. Elle excepte de cette règle les mariages des descendants du roi Georges II (Royal Marriage Act, 12, Géo. III. C. 11) qui, pour être valablement contractés, doivent toujours être précédés d'une autorisation du souverain (cf. Foote, op. cit., p. 134/35; Westlake, op. cit., § 25, p. 60). Cette disposition du droit anglais ne sera pas respectée par la Suisse, comme contraire à l'ordre public.

La plupart des législations n'ont pas prévu, *expressis verbis*, une limitation du renvoi par l'ordre public (234). Mais, nous l'avons vu, l'ordre public existe même en l'absence de toute disposition légale qui le consacrerait.

## CHAPITRE NEUVIEME

### L'ORDRE PUBLIC ET LA FRAUDE A LA LOI

#### *Bibliographie spéciale*

- ARMINJON. — I et II. (Voir notre bibliographie générale).  
— III. La fraude à la loi en droit international privé, (Cl., 1920, p. 409 à 419 et Cl., 1921, p. 62 à 71 et 419 à 427).  
BERTRAM. — *Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht*, thèse de Bonn, 1928.  
DESEBOIS. — La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, thèse de Paris, 1927.  
LIGEROPOLG. — I. Le problème de la fraude à la loi, thèse d'Aix-Marseille, 1928.  
— II. La fraude à la loi, (Rép., t. VIII, p. 439 à 487).  
NIBOYET. — I. (Voir notre bibliographie générale).  
— II. La fraude à la loi en droit international privé, (Rev. DI et lég. comp., t. LIII/1926, p. 485 à 508).  
VETSCH. — *Die Umgehung des Gesetzes*, thèse de Zurich, 1917.

L'ordre public ne doit pas être confondu avec la fraude à la loi. On peut comparer, d'une manière générale, la fraude à la loi à un cas

---

234) L'art 146 du code civil guatémalien, p. ex., (Matos: Rép., t. VIII, « DIP du Guatemala », p. 550, n° 22) dispose: « Le mariage célébré à l'étranger entre un Guatémalien et une étrangère, ou entre un étranger et une Guatémaliennne produira ses effets dans le territoire national, s'il a été contracté, suivant les formalités et conditions établies par les lois du pays de la célébration; mais ne seront pas reconnus les mariages contractés à l'étranger, en opposition avec les dispositions de l'art. 121 du code civil (cet art. énumère les cas où le mariage est im-

particulier de l'abus de droit, en ce sens qu'il consiste en un détournement des textes, et, par suite, des droits qu'ils confèrent, de leur but normal, de leur destination sociale. De son côté, l'abus de droit est assez malaisé à définir. On peut dire qu'il consiste en un détournement des droits de leur but, en une violation des droits dans leur esprit, quels que puissent être ces droits, sans distinguer s'ils visent à protéger l'intérêt général de la société ou des intérêts particuliers (Ligeropoulos, op. cit. II, p. 456, n<sup>o</sup> 62 et 63). Certains ont voulu voir, dans la fraude à la loi, la violation d'une règle destinée à protéger l'intérêt social, alors que l'abus de droit n'est que la lésion d'intérêts privés (Arminjon, op. cit. III, p. 418 ss., et op. cit. I, t. I, n<sup>o</sup> 108).

Quels que soient, en droit interne, la nature et le rôle de l'abus de droit, nous devons nous borner à rechercher si, en DIP, la fraude à la loi se distingue de l'ordre public, et, si oui, dans quelle mesure. Certains auteurs incorporent la notion de fraude à la loi à celle plus vaste de l'ordre public. « Je n'aperçois, dit Bartin (op. cit. I, p. 244 à 252 et op. cit. II, § 99, p. 263), qu'une seule différence; quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable résulte invariablement de l'objet même de cette loi, tandis qu'elle résulte accidentellement, quand elle est due à l'influence de l'idée de fraude à la loi, de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'éviter les dispositions de son statut personnel. Ces dispositions prennent alors, en fait, grâce à l'intention frauduleuse de la personne qui prétend s'y soustraire, le caractère de dispositions d'ordre public ». En d'autres termes, pour Bartin, la fraude à la loi se présenterait comme une atteinte à l'ordre public mais qui, pour exister, nécessiterait en plus de la condition ordinaire du trouble social, une intention frauduleuse (235).

Nous ne pouvons admettre le point de vue défendu par Bartin. Les dispositions de la loi nationale fraudée ne peuvent pas, momentanément, se transformer en des dispositions d'ordre public, en vertu de la fraude à la loi, si elles ne présentent pas ordinairement ce caractère d'ordre public et ne s'imposent pas généralement comme telles.

La doctrine et la jurisprudence allemandes vont plus loin

---

possible). Le « Legitimacy Act, 1926 » anglais (16 et 17 Geo. V c. 60) autorise la légitimation, par mariage subséquent, si le mariage a eu lieu dans le pays de domicile du père, et si ce pays connaît la légitimation par mariage subséquent (section 8 de la loi). La loi (sections 1 et 2) fait, toutefois, une réserve expresse à ce principe, en disposant qu'en tous les cas l'enfant adultérin ne pourra jamais être légitimé selon ce système.

Voir, d'autre part, pour la réserve tacite d'ordre public de la loi qui renvoie: Simond (op. cit., n<sup>o</sup> 73, p. 99); Lewald, W. (op. cit., p. 5); Daireaux (« De la condition légale des étrangers dans la République argentine », Cl., 1886, p. 286 à 298, en part., p. 291).

235) Voir, dans le même sens, Arminjon (op. cit. I, t. I, n<sup>o</sup> 110); Healy (op. cit., p. 486); Niboyet (op. cit. II, p. 503); Donnedieu de Vabres (op. cit. III supra au début de notre titre deuxième, chapitre deuxième, p. 499).

encore (236). Elles considèrent que le problème de la fraude à la loi n'existe qu'en vertu d'un artifice indigne d'intérêt et que la notion de l'ordre public suffit, dans les cas où elle interviendrait même sans fraude, à corriger les abus nés d'une intention frauduleuse.

D'autres auteurs, comme Beck (op. cit., p. 452, n° 188), estiment que la notion de la fraude à la loi n'existe pas, pour la raison qu'il n'est question que de savoir si, du point de vue d'un DIP donné, l'application d'un droit déterminé est prescrite de façon impérative ou non. Supposons que les règles du DIP suisse exigent, p. ex., que le droit interne suisse soit appliqué même aux époux qui, pour divorcer, ont renoncé à la nationalité helvétique et ont acquis un indigénat étranger. Si le divorce de ces époux est prononcé en vertu d'un droit étranger, il y a alors fausse application de la loi ou erreur de droit (« Gesetzverletzung »). Supposons, au contraire, qu'aux termes du DIP suisse, le droit interne de notre pays ne soit plus applicable au divorce de nos compatriotes naturalisés à l'étranger. Il s'ensuit que, si les époux sont divorcés, en vertu d'un droit étranger, le droit suisse n'est plus touché.

Mais, pour nous, la notion de la fraude à la loi a une existence propre (237). Comme l'abus de droit, elle est déterminée par la seule volonté des individus d'éviter la loi à laquelle ils seraient normalement soumis, en faisant un usage exagéré et abusif du droit qui leur est conféré de se soumettre (par changement de nationalité, de domicile, ou en vertu de la règle *locus regit actum*), à une loi étrangère. La répression de la fraude à la loi est un frein destiné à enrayer, non pas l'application de la loi étrangère, comme c'est le cas de l'ordre public, mais l'intention malicieuse des particuliers d'abuser de leur liberté élective de droits étrangers.

C'est donc, dans la question de la fraude à la loi, l'élément intentionnel qui est déterminant, tandis que, dans le problème de l'ordre public, c'est le contenu de la disposition légale étrangère qui emporte la conviction du juge (cf. Desbols, op. cit., p. 287).

L'art. 7 f, 1<sup>er</sup> al. LCES (voir le texte de cet art., sous n. 244 infra) fait voir clairement la différence entre les deux notions. La Suisse reconnaît la validité du mariage célébré à l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur, entre un oncle et une nièce suisses, bien qu'aux termes de l'art. 100 CCS, pareil mariage soit, dans notre pays, prohibé, au nom de l'ordre public. Cependant, si les parties ont contracté mariage à l'étranger, dans l'intention manifeste d'éviter les dispositions de la loi suisse, ce mariage, né de la fraude à la loi, ne sera pas valable en Suisse.

---

236) Dans ce sens, voir Melchior (op. cit., §§ 249 à 251, p. 376 à 381 et arrêts y cités); Bertram (op. cit., p. 81 ss.). En sens contraire, en faveur d'une notion indépendante de l'ordre public, Gutzwiller (JW, 1929, p. 3474 ss.) et Brändli (Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1925, col. 822).

237) Certains Etats des Etats-Unis, dit Bealy (op. cit., p. 486), ont même adopté, en matière de divorce, une loi, l'Uniform Marriage Evasion Act, qui réprime la fraude à la loi.

Dès l'instant donc que l'on sépare complètement le problème de la fraude à la loi de celui de l'ordre public, il faut admettre avec Niboyet (op. cit. I, n° 460, p. 576/577) que la répression de la fraude à la loi est destinée à sauvegarder, dans les rapports internationaux, le caractère impératif des lois (cf. Caleb, op. cit., p. 97 ss.). C'est un remède destiné à sanctionner les lois impératives, parce qu'il ne faut pas que, dans les rapports internationaux, la loi impérative devienne facultative (238). C'est bien là le rôle dévolu à la sanction de la fraude à la loi. Il n'est besoin, pour le juge du for, de rechercher s'il y a eu fraude à la loi que si la loi étrangère peut s'appliquer, sans heurter l'ordre public du for (239). Car l'ordre public constitue, dans tout cas de conflit de lois, la première raison d'élimination du droit étranger, raison qui dispense d'examiner les autres.

Il y a fraude à la loi, lorsque les actes ou les circonstances volontaires qui rendent applicable une loi étrangère ont eu pour cause déterminante le désir d'échapper à la loi compétente; il y a violation de l'ordre public, d'autre part, quand la loi du for serait blessée par l'application de la loi normalement compétente. Dans le cas de la fraude à la loi, la loi éludée n'est pas nécessairement la loi du for, elle peut être une loi étrangère; dans le cas de l'ordre public, la loi heurtée est nécessairement la seule loi du for.

La question de la fraude à la loi peut se présenter sous trois aspects différents (Ligeropoulo, op. cit. II, n° 44, p. 450).

238) Ensuite de son obscure terminologie, de droit public interne (dispositions impératives) et droit public international (ordre public en DIP), Laurent (op. cit., t. II, n° 299, p. 541) assimile la fraude à la loi à l'ordre public et confond ainsi la violation des dispositions d'ordre public avec l'inobservation abusive des dispositions impératives de la loi.

239) Vetsch (op. cit., p. 174) s'exprime, à ce propos, comme il suit: «...die Frage der Gesetzesumgehung wird nur in jenen Fällen praktisch, in welchen sonst die von den Parteien beabsichtigte Rechtswirkung eintreten könnte. Ist dies aus irgend einem anderen Grunde nicht der Fall, so erreichen die Parteien ja sowieso ihr Ziel nicht. Dies gilt nun auch, wenn die Anwendung der in Betracht kommenden fremden Vorschrift durch eine Vorbehaltsklausel des einheimischen Rechts ausgeschlossen ist;...» (Eod. loc., p. 175): «... wir sind mit der möglichsten Beschränkung des Begriffes des «ordre public» vollständig einverstanden; um so nötiger wird aber dadurch die Festhaltung des Umgehungsbegriffes!» Voir encore Trias de Bes («Conception du DIP, d'après la doctrine et la pratique en Espagne», Rec. Cours Acad. DI, t. XXXI, 1930/I, p. 623 à 708, en part., p. 667): «On peut admettre l'opinion qui fait de la fraude à la loi une notion autonome en DIP, en tant que remède permettant de ne pas appliquer la loi étrangère qui, normalement, devrait intervenir; au surplus, la justification de la réalité de la notion de fraude à la loi consiste justement dans sa séparation de la notion d'ordre public, qui fait qu'elle constitue un remède vis-à-vis d'actes sur lesquels l'ordre public est impuissant; la notion d'ordre public porte sur la loi, tandis que la notion de fraude porte sur l'esprit ou l'intention de l'acte réglé ou susceptible d'être réglementé par la loi; et il est évident qu'il se présente des cas de vraie fraude à la loi dans lesquels le droit qui règle la situation juridique créée à cause de la fraude ne heurte pas l'ordre public.»

A. — *On allègue une fraude dirigée contre la loi même du tribunal saisi.* Dans ce cas, le juge doit réprimer la fraude à la loi du for, toutes les fois qu'une disposition impérative de cette loi a été violée.

L'acte fait en fraude est annulé, mais non pas le moyen employé (naturalisation à l'étranger, transfert de domicile à l'étranger, soumission, en vertu de l'autonomie de la volonté, à une loi étrangère) pour commettre l'acte frauduleux. Ainsi, c'est à tort que la cour cass. française a déclaré, dans son arrêt du 18 mars 1878 (Slrey, 1878, I, p. 193), non avenue, en France, la naturalisation allemande de la princesse française de Beauvremont, parce que cette naturalisation avait été faite uniquement en vue d'obtenir le divorce prohibé par la loi française. Cette solution outrée avait été, auparavant déjà, celle de la cour d'appel de Paris (Cl., 1878, p. 268, du 30 juin 1877, aff. Vidal). On a, justement, fait observer, à ce propos (Lerebours-Pigeonnière, op. cit. II, n° 114, p. 118 et n° 263, p. 278, ainsi que Degand, Rép., t. V, « Divorce et séparation de corps », n° 67 à 69, p. 550/51 et n° 80 et 81, p. 554), que les juridictions de l'Etat, dont la loi est fraudée, n'ont pas qualité pour contester la validité d'une naturalisation étrangère ou d'un transfert de domicile à l'étranger. Aussi, certains auteurs (Frankenstein, op. cit. I, t. I, p. 168 et 175/176), tout en estimant, à bon droit, que la fraude à la loi ne rend pas non avenue le moyen employé en vue d'accomplir l'acte frauduleux, voudraient-ils rendre inefficaces ceux des actes réalisés qui seraient contraires à l'ordre public de la loi fraudée. Cette intervention de l'ordre public est fautive. Si l'Angleterre, p. ex., qui soumet le divorce à la loi du domicile, reconnaît la séparation *a vinculo*, prononcée entre époux étrangers à l'étranger, en tant que l'ordre public anglais n'en est pas touché, elle devrait également reconnaître, en tant qu'il est conforme à l'ordre public anglais, le divorce d'Anglais qui ont transféré leur domicile à l'étranger, aux seules fins d'y faire dissoudre judiciairement leur union. Or, si elle ne le fait pas (cf. Beck, op. cit., p. 433, n° 127, et Dicey-Keith, op. cit., p. 440 ss. et 893), c'est à cause de la fraude à la loi, dont la répression vise précisément à méconnaître les actes auxquels l'ordre public ne s'oppose pas, mais auxquels s'opposent les dispositions impératives de la loi éludée.

Nous avons posé en fait la nécessité de la répression de la fraude à la loi. Mais il n'est, peut-être pas toujours opportun de recourir à cette répression. Nous serions assez disposé à tolérer la fraude à la loi, lorsque le moyen employé pour frauder implique un changement (par naturalisation) du statut d'origine. Tout au plus, pourrait-on, à l'instar de l'Italie (dont les tribunaux ont reconnu les divorces frauduleux prononcés à l'étranger, — à Fiume, notamment, en vertu du droit hongrois, naguère encore en vigueur dans cette ville —), refuser, le cas échéant, la réintégration aux nationaux qui ont changé de patrie pour éluder leur loi d'origine (240). Mais il serait ridicule de ne pas

240) Voir sur ce point, Valéry (Cl., 1923, p. 659) et Ligeropoulo (op. cit. II, p. 482 et 483, n° 177 à 180).

considérer des individus devenus étrangers, et qui peuvent le rester, comme non divorcés, alors que leur loi nouvelle leur accorde ce statut. Au surplus, ce développement, fait en passant, n'a rien à voir avec la question que nous traitons ici.

B. — *Il y a eu fraude à une loi étrangère, mais par recours à la lex fori.* Cette situation se présentera, p. ex., dans le cas de dénationalisation ou de transfert de domicile à l'étranger en vue d'intenter une action judiciaire devant les juges du pays, dont la nationalité a été acquise, ou dans lequel le domicile a été fixé. Dans ce cas, les juges ne tiendront pas compte de la loi éludée, mais de la leur propre, car ils n'ont pas à se faire les gardiens des lois étrangères éludées (cf. Lerebours-Pigeonnière, op. cit. II, n° 263, p. 279, n. 1, et Ligeropoulo, op. cit. II, p. 451, n° 48 et 48bis, et la jurisprudence y citée) (241).

Dans deux arrêts, cependant (ATF, t. XLI, II, n° 53, p. 423, du 15 septembre 1915, aff. Kipke c. Drysch, et t. LIII, II, n° 17, p. 89, du 24 mars 1927, aff. Pomarolli c. Furrer), le TF s'est refusé à considérer certaines dispositions du droit suisse (308 CCS) comme d'ordre public, pour la raison, entre diverses autres, que le contraire faciliterait la fraude à la loi en faveur de la *lex fori*. Car, ajoute le TF, même si l'on admettait qu'en vertu d'une exception basée sur le fait même de la fraude, le fraudeur à la loi (dans les espèces précitées, par changement de domicile) ne fût pas autorisé à se prévaloir de l'ordre public, il ne serait pas possible de ne tolérer une exception à l'application de principe de la loi du for que dans les cas où la fraude à la loi serait dûment prouvée. Ce point de vue nous paraît absolument erroné. Le juge suisse ne doit pas subordonner le caractère d'ordre public, que peut prendre, dans une espèce donnée, une règle ou une institution de la *lex fori*, à la crainte de paraître favoriser, le cas échéant, une fraude à la loi étrangère, par recours à la loi du

---

241) Dans ce sens, Frankenstein (op. cit. I, t. I, p. 168): « Das Recht, den privatrechtlichen Folgen einer fremden Einbürgerung die Anerkennung zu versagen, steht nur den bisherigen Staaten zu, nicht dagegen einem dritten Staate. »

Cependant, la question de savoir si les magistrats de l'Etat, dont la législation a été rendue compétente par le moyen de la fraude à la loi, doivent refuser d'appliquer leur propre loi pour réprimer la fraude a été soulevée par le TF (ATF, t. XLIV, II, n° 81, p. 453, du 27 novembre 1918, aff. Uribarren), mais n'a pas été résolue. Dans un autre cas, cité par Roguin (op. cit. I, p. 118/119), le CF a refusé, en 1875, de laisser se remarier, en Suisse, une Française qui s'était fait naturaliser suisse, à la seule fin de pouvoir divorcer. Plus récemment (TF, 1927, I, p. 532, n° 19), le CF a attiré l'attention des autorités de l'état civil sur le fait « qu'en ce qui concerne la capacité personnelle de mariage des fiancés anglais, la validité du mariage dépendait de l'observation des lois du domicile du ou des fiancés. La jurisprudence anglaise admet comme domicile le lieu où la personne est fixée aux fins d'établissement de longue durée et sans intention d'éluider des prohibitions prévues par la loi anglaise. » Il y a là un phénomène intéressant de renvoi conditionnel qui oblige l'autorité suisse à tenir compte de la législation anglaise de DIP. Aux termes de la règle suisse de conflit, la loi nationale est compétente, mais celle-ci renvoie à la loi du domicile, sauf dans les cas de fraude.

for. Dans tous les cas où se pose la question de l'ordre public, celle-ci doit être, avant toute autre, examinée en soi et résolue indépendamment de n'importe quelles considérations étrangères à la valeur sociale et morale des lois en conflit. En d'autres termes, la répression d'une fraude à la loi étrangère n'incombe pas au juge du for.

Seuls, les traités peuvent imposer aux tribunaux l'obligation de tenir compte de la loi éludée. L'art. 8 de la convention de La Haye sur le divorce prescrit aux juges d'appliquer la dernière législation commune des époux. Cette disposition a entraîné, le 28 novembre 1928, la dénonciation de la convention, avec effet au 1<sup>er</sup> juin 1929, de la part de la Suisse. Car aussi longtemps que notre pays était partie à la convention, il ne pouvait pas prononcer le divorce d'une Suissesse mariée à un Italien, même si, après une séparation de corps, elle avait obtenu d'être réintégrée dans la nationalité suisse. Mais, il était faux, dans ce cas, de parler d'une limitation de l'ordre public suisse, comme l'a fait le TF (ATF, t. XLIII, II, n<sup>o</sup> 73, p. 553; Dar.-Lapr., 1921, p. 134, du 6 décembre 1917, aff. époux Arnaboldi; voir aussi l'arrêt du 23 mars 1922, aff. Blanchetti, confirmant la décision de la cour de justice civile de Genève, du 27 janvier 1922 (Sem. jud., 1922, p. 172; Dar.-Lapr., 1922/23, p. 345; Cl., 1922, p. 456). La Suisse ne pouvait simplement pas faire application de la loi d'origine nouvelle (loi suisse), obtenue en fraude de l'ancienne *lex patriae* (loi italienne). L'ordre public n'avait aucun rôle à jouer ici (242), d'autant moins que le divorce n'est pas d'ordre public en Suisse.

C. — *Il y a eu fraude à la loi, aux dépens et par le moyen de lois autres que la lex fori* (hypothèse du pays tiers).

Examinons, tout d'abord, le cas où les règles de conflit de la *lex fori* rendent compétente la loi du pays que les parties ont voulu rendre applicable par la fraude. En aucun cas, le juge ne se constituera gardien de la loi éludée, mais pourra, le cas échéant, refuser d'appliquer la loi éludée, si elle est contraire à l'ordre public du for. La solution proposée par Ligeropoulo (op. cit. II, p. 453, n<sup>os</sup> 52/52 bis et 53) et qui consacre le fameux effet réflexe, cher à Pillet et à Niboyet, nous paraît erronée. On ne saurait prétendre que « le juge doit s'opposer à une dérogation détournée à un ordre ou à une défense émanant d'un législateur étranger, mais en harmonie avec les institutions nationales du pays du juge ». En s'engageant dans la voie ouverte par Ligeropoulo et les auteurs cités par ce jurisconsulte (Arminjon, op. cit. I, t. I, p. 246, et t. II, p. 376; Niboyet, op. cit. II, p. 506 et 507), le juge ne devrait-il pas sanctionner, non pas seulement l'ordre public éludé, mais aussi les dispositions, même simplement impératives de la loi fraudée, si ces dispositions étaient conformes à celles de la législation du for? C'est ce qu'affirme Niboyet, lorsque (op. cit. I, n<sup>o</sup> 472, p. 590) il revient sur sa première conception du problème qui était, à l'instar de Bartin, d'assimiler la

---

242) Dans le sens de notre thèse, voir les remarques intéressantes de Dubois-Clavier, à propos de la jurisprudence des tribunaux belges qui invoquent, eux aussi, l'ordre public (Cl., 1932, p. 497/98).

fraude à la loi à l'ordre public: « Si, dit-il, on fait découler de l'ordre public la notion de la fraude à la loi, le juge du pays tiers acceptera celle des lois en présence qui correspond à sa propre notion de l'ordre public. Cela dépend donc de l'ordre public du pays tiers (proposition fautive, car, nous l'avons vu, le juge ne peut tenir compte de l'ordre public de sa législation; s'il y a similitude entre l'ordre public du pays tiers et l'ordre public du for, c'est une pure coïncidence). Si, au contraire, on rattache la répression de la fraude à la loi à l'idée de sanction des lois impératives, c'est différent. Le juge du pays tiers doit respecter la loi étrangère violée, parce qu'elle était la loi compétente. » Ainsi formulée, cette proposition paraît erronée. Il est indifférent au juge du pays tiers de savoir si une loi, primitivement compétente, a été violée, car il n'a pas à réprimer la fraude à une loi étrangère. La notion de fraude à la loi varie de pays à pays. Le juge appliquera donc la loi compétente aux termes du DIP du for, sous la seule réserve de l'ordre public du for.

Les règles de conflit de la *lex fori* peuvent, d'autre part, attribuer compétence à la loi du pays que les parties ont fraudée. Cette dernière est, dès lors, applicable sous la réserve de l'ordre public du for, et la fraude ne produit plus aucun effet.

Si les règles de conflit de la *lex fori* ne rendent compétentes, ni la loi éludée, ni la loi éludante, nous retrouvons les règles générales du DIP et la question de la fraude ne se pose plus.

Il nous faut encore parler des cas où, selon Ligeropoulos (op. cit. I, p. 182 à 185, et op. cit. II, n° 68 à 73, p. 458/59), il y aurait fraude à la loi, sans intention de fraude. Exemple: « Un Français ayant commis des actes pouvant entraîner la déchéance de la puissance paternelle, en vertu de la loi du 29 juillet 1889, et qui, d'autre part, a, postérieurement à ces actes, changé de nationalité pour des motifs légitimes, se prévaut de sa nationalité nouvelle, en invoquant des dispositions moins sévères de sa nouvelle loi nationale, pour repousser cette déchéance. La déchéance ne sera pas prononcée, dans ce cas, par application de la théorie de la fraude à la loi, mais par intervention de l'ordre public. Si la loi éludée, sans intention de fraude, était simplement impérative, au lieu d'être d'ordre public, elle ne saurait, en revanche, s'imposer au juge, car, dit Ligeropoulos (op. cit. II, n° 72, p. 459) « l'autorité de la loi n'est ici nullement ébranlée, si une telle loi se trouve écartée de bonne foi, quoique sans nécessité ».

Cette bizarre fiction de la fraude à la loi, sans intention de fraude, nous permet de constater combien la recherche de l'intention frauduleuse peut être délicate et sujette à la critique. La fraude à la loi est souvent invoquée pour tenter d'empêcher ou de méconnaître certains actes que l'ordre public ne peut atteindre et laisse échapper presque à regret (le divorce d'Anglais, p. ex., qui ont transféré, *mala fide*, leur domicile à l'étranger). Et, si l'ordre public qui ne tient compte que du contenu des lois est déjà trop vaste, dans quelles proportions ne risque pas d'être exagérée et arbitraire, la répression de la fraude à la loi qui, pour être efficace et juste, doit

peser l'intention des parties et se donner pour tâche de faire respecter les dispositions légales de nature simplement impérative.

Aussi, Beck (op. cit., p. 238, n° 30; p. 334, n° 13; p. 454, n° 195), dont nous avons déjà cité plus haut l'opinion, estime-t-il que le changement de loi applicable, dû à la volonté des intéressés, doit être réprimé, non seulement lorsque le texte de la loi dite éludée l'ordonne expressément, mais encore dans tous les cas où ladite loi veut impérativement être appliquée (cf. LCES, art. 7 h, 2° al.) (243). L'intention de fraude ne doit être prise en considération que lorsqu'une disposition légale, que Beck juge, sans doute, malencontreuse, le prescrit, *expressis verbis* (cf. LCES, art. 7 f.) (244).

Ainsi, la validité d'un mariage, célébré entre deux Suisses aux Etats-Unis, sera reconnue en Suisse, si les conjoints, dans l'ignorance des *impedimenta* de la loi éludée, se sont rendus en Amérique pour s'y marier, en opposition avec les causes de nullité prévues par leur loi nationale. Seul, l'ordre public pourra intervenir, le cas échéant, pour condamner le mariage en question (cf. Beck, op. cit., p. 232/33, n° 55 à 58). Les magistrats suisses, au contraire, ne prononceront pas le divorce, pour des causes, respectivement admises par la loi allemande et la loi suisse, survenues antérieurement au changement de statut politique de deux Italiens qui, ignorant même la prohibition édictée par leur loi nationale, se sont fait naturaliser Allemands pour divorcer. L'ordre public ne joue plus de rôle.

---

243) Cet art. a la teneur suivante:

« Un époux étranger qui habite la Suisse a le droit d'intenter son action en divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse.

La cause de divorce qui date d'une époque où les conjoints était régis par une loi différente de leur loi actuelle ne peut être invoquée que si elle est consacrée aussi par la législation sous l'empire de laquelle cette cause s'est produite.

Lorsque ces conditions sont remplies, le divorce d'époux étrangers est d'ailleurs prononcé selon la loi suisse. »

244) Cet art. a la teneur suivante:

« La validité d'un mariage célébré à l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur est reconnue en Suisse, à moins que les parties ne l'aient conclu à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par la loi suisse.

Le mariage qui n'est pas valable à teneur de la loi étrangère sous l'empire de laquelle il a été contracté ne peut être annulé en Suisse que s'il est annulable à teneur de la loi suisse. »

Sur l'interprétation des termes « intention manifeste d'éluder la loi », voir Beck (op. cit., p. 238 à 240, n° 80 à 84).

## CHAPITRE DIXIEME

### L'ORDRE PUBLIC DEVANT LE JUGE INTERNATIONAL

#### *Bibliographie spéciale*

GIDEL. — Recueil des arrêts des tribunaux arbitraux mixtes (abrégé ATAM).

GUTZWILLER. — Das internationale Privatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe, (Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen, t. III/1931, p. 123 à 152).

NIBOYET. — I. (Voir notre bibliographie générale).

— II. Quelques considérations sur la justice internationale et le droit international privé, (Mélanges Pillet, t. I, p. 153 à 177).

Nous avons étudié, jusqu'ici, la nature et le rôle de l'ordre public devant le juge national. Niboyet (Rép., t. X, « Ordre public », n° 439 à 457, p. 164 à 163) a posé la question de l'ordre public devant la justice internationale. « Le juge international appliquera, tout d'abord, les dispositions écrites ou coutumières du droit des gens, et tout ce qui n'est pas conforme à ce droit des gens doit céder le pas, à raison de la primauté absolue qui lui appartient dans les rapports internationaux. » D'aucuns ont voulu créer, nous l'avons vu, un ordre public dit vraiment international (répression de la piraterie, de la traite des blanches, de la contrebande, du trafic des stupéfiants, etc.) (245); mais cette notion ne correspond à aucune nécessité, car l'ordre public dit vraiment international se confond avec les règles du droit des gens positif. « Telle règle, ajoute Niboyet, fait-elle partie du droit des gens, que sa violation appelle une sanction, au contraire, n'est-elle pas du droit des gens positif que le juge peut agir en toute liberté. C'est ainsi que les juges de la Cour permanente de Justice internationale ont condamné, au nom du droit international commun, toute mesure d'expropriation ordonnée dans certains pays depuis la dernière guerre. Car seul un traité peut ordonner ces me-

---

245) Dans ce sens, Gutzwiller (op. cit., p. 151/52) estime que les tribunaux arbitraux mixtes, institués par les traités de paix, sont seulement soumis à un ordre public qui leur est propre et qui serait l'ordre public vraiment international: « Gilt nicht der in allen Landesrechten ausdrücklich oder stillschweigend anerkannte IPR-Satz, wonach die Berücksichtigung der an sich anwendbaren Rechtsordnung unter Umständen ausgeschlossen ist, auch für das Gemischte Schiedsgericht mit der entsprechenden Bedeutung, dass diese Ausnahme dann eintritt, wenn jene Rechtsordnung den der Völkerrechtsgemeinschaft eigentümlichen Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufen würde? Mit anderen Worten, gibt es nicht auch für diese Gerichte einen ordre public international im eigentlichen, im wahren Sinne? Die Antwort kann nach der hier über das Wesen dieser Gerichte vorgetragenen Auffassung nicht zweifelhaft sein. »

sures, qui ne sont valides que dans la mesure convenue dans le traité (cf. l'arrêt, du 25 mai 1926, aff. relative à certains Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, Recueil des Arrêts, n° 7, p. 22). Niboyet cite d'autres cas (cod. loc., n° 444 à 448, p. 165).

Mais il arrive que l'ordre public proprement dit soit invoqué devant le juge international. Deux Etats se sont, p. ex., mis d'accord pour saisir une juridiction internationale d'un procès privé et il se pose, à ce sujet, une question d'ordre public. Le juge qui n'appartient ni à l'une, ni à l'autre des parties ne peut pas assurer le respect de l'ordre public national de l'un des pays. Niboyet (cod. loc., n° 454, p. 166), tout en reconnaissant que cette question touche à l'un des points cruciaux de la justice internationale pour les litiges privés, parce que la souveraineté et l'indépendance des divers Etats se trouvent en jeu, ne propose pas de solution. Il ne voit d'issue que dans la rédaction du compromis où cette difficulté apparaîtrait et serait résolue. Les parties pourraient décider, p. ex., que la Cour statuera comme le ferait le tribunal national qui aurait été compétent d'après les règles normales de compétence. Cette solution n'est guère satisfaisante, car, le plus souvent, les parties ne prendront pas, dans le compromis, toutes les précautions désirables. A notre avis, il faut raisonner ainsi: Comme la Cour permanente de justice internationale l'a proclamé (voir arrêts, n° 14, p. 46, et n° 15, p. 124, aff. des emprunts serbe et brésilien, Recueil des Arrêts, série A, n° 20 et n° 21), « il ne serait pas conforme à la fonction qu'exerce la Cour lorsqu'elle applique une loi nationale que de l'obliger à faire abstraction de la jurisprudence. Il serait particulièrement délicat de le faire là où il s'agit d'ordre public et quand les textes ne se prononcent pas directement sur la question dont il s'agit ». Les juges de la Cour n'ont donc qu'à tenir compte de l'ordre public de la loi applicable. Les Etats qui sont convenus de porter leurs litiges de droit privé devant une juridiction internationale, sont censés avoir renoncé à se prévaloir de leur ordre public pour faire échec à l'application de la loi reconnue compétente par le tribunal et pour se refuser, le cas échéant, à exécuter la décision rendue. Par voie de compromis ou de traité international, les Etats ont, cependant, la faculté de réserver leur ordre public au cas où, conformément à la jurisprudence constante de ces Etats, il interviendrait normalement à l'encontre de la loi étrangère, si le juge était national. A défaut de réserve expresse, il n'y a pas d'ordre public qui tienne; les Etats, qui sont souverains, se soumettent librement à la juridiction internationale, précisément, pour empêcher que des litiges ne restent sans solution ou ne reçoivent qu'une solution arbitraire (246). Ils créent ainsi le véritable DIP dans lequel l'ordre public, — qui, ici plus qu'ailleurs, ne serait

---

246) Il va de soi qu'un Etat n'est tenu de renoncer à se prévaloir de l'ordre public, pour refuser l'exécution d'une sentence prononcée par un tribunal international, que dans les limites du compromis ou du traité qui le lie à l'autre Etat, partie au litige (cf. Nussbaum, op. cit., § 10, p. 70, n. 4).

qu'un moyen d'éviter certaines obligations et de tourner la justice —, n'a plus de rôle à jouer (247).

Il faut, cependant, admettre la réserve que signale Nussbaum (op. cit., § 10, p. 70). Lorsqu'une cour judiciaire internationale (un tribunal mixte, p. ex.), instituée entre deux Etats A et B, doit se prononcer sur un marché différentiel soumis au droit d'un Etat tiers C, elle sera tenue de repousser l'action fondée sur ce marché, si ce dernier est contraire aussi bien à l'ordre public de l'Etat A qu'à celui de l'Etat B.

D'autre part, lorsque le juge international déclare telle loi nationale compétente, il entend aussi bien les dispositions de droit matériel que celles de DIP de cette loi (248). Dès lors, se pose le problème du renvoi. Le tribunal mixte anglo-allemand a été appelé, le 17 novembre 1926 (ATAM, t. V, p. 632, aff. Weiser et Cie c. les Hoirs Louis Dürr; cf, aussi, Niboyet, op. cit. II, p. 170/71, et Rép., t. X, « Ordre public », n° 456, p. 167), à s'occuper d'un point de droit intéressant. Il s'agissait de la prescription extinctive d'obligation. Le tribunal a commencé par déclarer compétent le DIP allemand qui renvoyait à la loi anglaise. La loi anglaise heurtant, à son tour, l'ordre public allemand, le juge a appliqué le droit allemand, quant au fond. Niboyet (op. cit. II, p. 171) déclare cette solution tout à fait inadmissible, car, « en faisant dépendre l'ordre public de la loi du pays dont le système de DIP s'applique, le juge a confondu deux questions distinctes; il a oublié le lien certain qui unit le juge et la notion de l'ordre public applicable. Il devait tenir compte de sa propre conception ». Comment des juges internationaux réunis en collège, tiendraient-ils compte « de leurs propres conceptions de l'ordre public »? Ces conceptions ne refléteraient-elles pas, même involontairement, celles de leur pays ou celles de l'Etat qui, dans le litige, leur est le plus sympathique? Ces conceptions, souvent arbitraires, ne seraient-elles pas divergentes, et, alors, laquelle choisir parmi celles qui seraient représentées? Quoi qu'en dise donc Niboyet, le tribunal, — dès l'instant qu'il a déclaré la loi allemande applicable, pour des raisons que nous n'avons pas à rechercher ici —, devait, selon la doctrine consacrée par la Cour permanente de justice internationale, tenir compte de la jurisprudence allemande, surtout là où il s'agit d'ordre public.

L'arrêt est donc sain. En outre, il admet, à bon droit, que l'ordre public de l'Etat, dont la loi s'est, par renvoi, dessaisie du litige, limite la portée de la loi devenue compétente par ce même renvoi (voir à ce propos notre chapitre sur l'ordre public et le renvoi).

---

247) Voir, dans un sens analogue, Witenberg (« Les tribunaux arbitraux mixtes et le DIP », Cl., 1931, p. 991 à 1003, en part., p. 1001/02).

248) En sens contraire, Gutzwiller (op. cit., p. 149 et 151).

## APPENDICE

### LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FEDERAL SUISSE, EN MATIERE D'ORDRE PUBLIC

Arrivé au terme de notre étude sur la théorie générale de l'ordre public, nous nous proposons de passer brièvement en revue les quelques arrêts dans lesquels le TF a eu l'occasion d'invoquer la fameuse exception, soit pour en faire l'application, soit pour en rejeter le concours. Mais, pour l'avoir déjà fait en détail, dans les chapitres qui précèdent, nous ne reprendrons pas l'examen des décisions relatives au refus, fondé sur des motifs d'ordre public, de reconnaître ou d'exécuter des décisions judiciaires étrangères; à l'application de mesures politiques étrangères, parfois repoussée pour des raisons erronées d'ordre public; à l'ordre public dit intertemporal bien distinct de l'ordre public dit international. Nous avons uniquement l'intention de mentionner ici les dispositions du CCS et du CO qui, dans le domaine des conflits de lois internationaux, ont posé à l'esprit de nos magistrats la question de l'ordre public. Le DIP suisse consacrant, dans sa majeure partie, le rattachement à la loi du domicile, qui le plus souvent n'est autre que la loi du for, la notion de l'ordre public ne peut, nécessairement, pas intervenir aussi fréquemment que dans les systèmes fondés principalement sur le rattachement à la loi nationale. Aussi, les décisions du TF sur l'ordre public ne sont-elles pas très nombreuses. En revanche, le Dép. féd. just. et pol. a eu, maintes fois, l'occasion de signaler aux autorités administratives, spécialement aux bureaux de l'état civil qui se trouvent sous sa surveillance, ou aux représentants diplomatiques et consulaires de la Suisse, les dispositions du CCS qui, selon son opinion, sont d'ordre public. Mais, comme cette opinion ne lie, en aucun cas, les tribunaux et qu'en l'absence de décisions judiciaires, elle ne représente qu'une interprétation de la loi, plus autorisée que d'autres, il est vrai, mais sujette, elle aussi, à révision, nous ne nous y attarderons pas. Le lecteur pourra, à ce sujet, consulter avec fruit les ouvrages de Salls et de Burckhardt, cités dans notre bibliographie. A simple titre de renseignement, relevons le caractère d'ordre public attribué aux art.: 100 CCS, relatif à l'empêchement à mariage, résultant de la parenté et de l'alliance; 103 CCS, concernant le délai de non-remariage imposé à la veuve, à l'épouse divorcée et à la femme, dont le mariage a été déclaré nul; 105 à 119 CCS, se rapportant à la célébration du mariage par les soins d'un officier de l'état civil suisse, et repoussant la célébration du mariage devant un ministre du culte ou dans les ambassades, légations et consulats accrédités en Suisse; 116 et 117 CCS, ayant trait à la comparution personnelle des fiancés devant l'officier de l'état civil pour la célébration de leur mariage; 120 CCS, visant les cas

de nullité absolue du mariage; 150 CCS, sur le décal de non-remariage imposé à la partie reconnue coupable dans un jugement de divorce; 132 à 158 CCS, en tant qu'ils obligent les époux désunis, domiciliés en Suisse, à porter leur action en divorce ou en séparation de corps devant les juges suisses, et non pas devant des arbitres ou des ecclésiastiques. Plusieurs auteurs, plus ou moins bien inspirés, ajoutent aux dispositions précitées, une quantité d'autres que nous ne croyons pas utile de citer, parce qu'ainsi que nous l'avons constamment souligné, aucune disposition du droit du for, même celles qu'a désignées le Dép. féd. just. et pol., ne peut *a priori* s'imposer dans un conflit de lois. Certaines règles ou institutions de la *lex fori* ont certes, plus de chances que d'autres, de s'appliquer à l'encontre de lois étrangères, mais c'est au seul magistrat qu'il appartient, selon les espèces, d'en apprécier la valeur. C'est la raison pour laquelle nous nous en tenons dans le présent chapitre à la jurisprudence du TF.

Jugeant d'un point de vue erroné, le TF (ATF, t. XL, II, n° 42, p. 233, du 21 mars 1914, aff. Hackerbräu de Munich S. A. c. Bauer) a estimé que le point de savoir si un contrat, obligant, pendant une durée de quinze ans, un restaurateur à acheter de la bière exclusivement auprès d'une brasserie déterminée, ne peut être tranché que par application du droit suisse, parce qu'il s'agit d'une question d'ordre public. Le contrat a, d'ailleurs, été reconnu valable, au regard des art. 27 CCS et 20 CO, relatifs à l'inaliénabilité de la liberté humaine et à la nullité des contrats illicites ou contraires aux mœurs. Dans un autre arrêt (ATF, t. XLVI, II, n° 85, p. 490, du 14 décembre 1920, aff. Union S. A. c. Laweczky), le TF a profondément modifié son point de vue sur la valeur d'ordre public des articles précités. Abandonnant sa critiquable jurisprudence, il a estimé, dans un revirement un peu audacieux, qu'un contrat, valable selon les lois de protection autrichiennes (Schutzgesetze), ne peut qu'être conforme à l'ordre public suisse et qu'il n'y avait, dès lors, pas lieu d'appliquer exclusivement l'art. 20 CO. Cette interprétation de l'ordre public fut confirmée dans un autre arrêt (ATF, t. LI, II, n° 53, p. 327, du 10 septembre 1925, aff. Dupenloup c. Cecoli) aux termes duquel: « si une action, reconnue fondée d'après le droit étranger peut se heurter à l'ordre public du pays où elle est ouverte, il n'en est, évidemment, plus ainsi, lorsque la demande est rejetée, en application même du droit étranger ». Ces arrêts, dont les considérants ont de quoi surprendre, peuvent, néanmoins, se justifier d'un précédent (ATF, t. XXXVIII, II, n° 112, p. 731, du 12 juillet 1912, aff. Leussen c. Weingärtner) dans lequel les juges fédéraux ont pris soin de préciser que la *lex fori* a été appliquée, pour repousser une action judiciaire fondée sur des actes juridiques interdits par le législateur, parce que ces actes ne peuvent, en aucun cas, être reconnus par les tribunaux, et non pas parce que le droit du for est toujours et seul compétent pour apprécier la validité de ces actes. Car, ajoute le TF, cette dernière opinion pourrait avoir comme conséquences que des actes juridiques, non valables selon les dispositions du droit étranger, moralement plus strictes que celles du droit du

for, devraient, le cas échéant, être admis par le juge suisse. Il convient donc d'examiner dans chaque espèce si l'acte juridique n'est pas condamné déjà par le droit étranger auquel il est normalement soumis. Si tel n'est pas le cas, la question peut alors se poser de savoir si l'ordre public suisse n'est pas digne d'intervenir. Cet arrêt, parfaitement sain, ne pouvait cependant pas autoriser le TF à affirmer d'emblée, dans la deuxième et la troisième espèces précitées, que la validité d'un contrat admise ou condamnée, selon le droit étranger, résolvait, sans autre examen de la valeur morale des lois en conflit, le point de savoir si ce contrat était conforme ou contraire à l'ordre public suisse.

L'art. 173 CCS, excluant, pendant le mariage, l'exécution forcée de la part de l'un des époux contre l'autre, a donné lieu, du point de vue de l'ordre public à plusieurs décisions fondamentales du TF. Dans un premier arrêt (ATF, t. XLII, III, n° 58, p. 348, du 5 septembre 1916, aff. D<sup>e</sup> Parplies c. Zurich), nos magistrats fédéraux ont prononcé que les dispositions dont il s'agit, visant la protection de l'union conjugale, sont d'ordre public, et peuvent, dès lors, être invoquées par tous les époux domiciliés en Suisse. Car le législateur n'a pu vouloir, en ce qui concerne l'exécution forcée, placer l'époux habitant l'étranger dans une situation meilleure que si ce dernier habitait la Suisse. Dans de plus récents arrêts (ATF, t. XLVII, III, n° 10, p. 27, du 6 mai 1921, aff. Winkler; t. LIII, III, n° 9, p. 37, du 3 mai 1927, aff. D<sup>e</sup> Guggenheim; t. LVI, III, n° 43, p. 173, du 10 octobre 1930, aff. D<sup>e</sup> Schoenhofer) le TF a dénié à la disposition précitée une portée d'ordre public, en ce sens que des époux n'habitants pas la Suisse, et dont le mariage est soumis au droit étranger, quant à ses effets personnels et quant au régime matrimonial, ne peuvent se mettre au bénéfice de cette disposition.

Il y a déjà quelques années, le TF a, incidemment, eu l'occasion de proclamer d'ordre public l'art. 177, 3<sup>e</sup> al. CCS, aux termes duquel les obligations que la femme assume envers les tiers dans l'intérêt du mari ne sont valables que si elles ont été approuvées par l'autorité tutélaire (ATF, t. XL, II, n° 56, p. 322, du 14 juillet 1914, aff. Willmann c. Felder). Mais comme cet arrêt n'a pas été rendu pour résoudre un conflit de lois international, il est préférable d'attendre d'autres décisions jurisprudentielles pour connaître exactement la valeur de la disposition susmentionnée, du point de vue de l'ordre public.

L'art. 182 CCS, en particulier le 1<sup>er</sup> al. de cet art., selon lequel les époux sont soumis, de plein droit, au régime de la séparation de biens, dès que les créanciers de l'un d'eux subissent une perte dans sa faillite, est aussi d'ordre public (ATF, t. XLVIII, III, n° 3, p. 8, du 31 janvier 1922, aff. Fils de R. Picard et C<sup>ie</sup>). La séparation de biens régit alors aussi bien les rapports pécuniaires des époux entre eux que ceux des époux avec les tiers, quoi qu'ait disposé, par ailleurs, le droit étranger (droit allemand, en l'espèce), jusqu'alors applicable, en vertu des art. 19 et 32 LCES, aux rapports pécuniaires des époux entre eux.

A diverses reprises, le TF a été appelé à dénier toute valeur d'ordre public aux dispositions de l'art. 308 CCS, fixant à un an après la naissance l'expiration du délai imparté aux intéressés pour intenter une action en paternité (ATF, t. XLI, II, n° 53, p. 423, du 15 septembre 1915, aff. Kipke c. Drysch; t. XLV, II, n° 76, p. 505, du 22 octobre 1919, aff. Zwinzscher c. Raue; t. LI, I, n° 18, p. 101, du 15 mai 1925, aff. Secrétariat des tuteurs professionnels allemands c. Cour d'appel de Berne). Dans les espèces rapportées, le droit allemand, ignorant ce délai, a été déclaré applicable.

Dans un arrêt (ATF, t. LIII, II, n° 17, p. 89, du 24 mars 1927, aff. Pomarolli c. Furrer), le TF a reconnu la conformité du droit autrichien, ignorant l'*exceptio plurium concubentium* (art. 315 CCS), avec l'ordre public suisse.

Par une confusion regrettable entre la territorialité normale, fondée sur la *lex rei sitae*, et la territorialité exceptionnelle de l'ordre public, le TF a prononcé (ATF, t. XLII, III, n° 32, p. 173, du 30 mars 1916, aff. Masse en faillite Wyss et Frutiger c. Industrie du fer du Palatinat rhénan) que l'art. 717 CCS, relatif au constitut possessoire, est d'ordre public.

L'ordre public a été invoqué, au sujet de la compensation des dettes et des créances. Le TF s'est, à bon droit, refusé d'appliquer les dispositions de l'art. 120 CO, entrant en ligne de compte, pour écarter, d'ordre public, l'application du droit autrichien, selon lequel la compensation n'a nul besoin d'être opérée dans la même procédure entre créancier et débiteur (ATF, t. LI, I, n° 2, p. 3, du 20 février 1925, aff. Jecker S. A. c. Geonafta S. A.).

Il y a lieu de critiquer l'arrêt (ATF, t. XLI, II, n° 17, p. 141, du 25 février 1915, aff. Hildebrand c. Schoop), dans lequel le TF a, d'emblée, fait de l'art. 163, 3° al. CO une disposition d'ordre public, sans tenir compte des prescriptions contenues dans le droit étranger entrant en ligne de compte. Cet art. dispose que le juge doit réduire, lorsqu'il les estime excessives, les clauses pénales stipulées en vue de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'un contrat.

Dans une série d'arrêts, le TF a prononcé que les art. 513 ss. CO, disposant que le jeu et le pari ainsi que les marchés différentiels et autres marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de bourse, quand ils offrent les caractères du jeu ou du pari, ne donnent aucun droit de créance, sont indubitablement d'ordre public (ATF, t. XII, n° 54, p. 376, du 1<sup>er</sup> mai 1886, aff. Titzck et C<sup>ie</sup> c. Post et Lappé; t. XIII, n° 82, p. 498, du 16 décembre 1887, aff. Briadi c. Burat; t. XX, n° 84, p. 444, du 20 avril 1894, aff. Hess c. Kummer; t. XXII, n° 29, p. 150, du 14 mars 1896, aff. Mahler c. Reiche et C<sup>ie</sup>; t. XXII, n° 90, p. 540, du 22 mai 1896, aff. Latham c. Bianchi; t. XXIII, I, n° 40, p. 250, du 26 février 1897, aff. Bernhard c. Moser; t. XXXI, II, n° 9, p. 55, du 10 février 1905, aff. Scheffer et Drascher c. Masse en faillite Hofer). Le TF s'en est tenu aux dispositions du droit suisse comme à un impératif catégorique et n'a pas estimé utile, contrairement à toute bonne doctrine, de rechercher si le droit étranger entrant en ligne de compte n'aurait pas pu, vu sa simi-

litude avec la *lex fori*, être respecté par cette dernière. Au surplus, si la définition du jeu ou du pari est facile à donner, il n'en va pas de même de celle du marché différentiel condamné. Pour qu'il y ait marché différentiel contraire à l'ordre public, il faut que « les parties contractantes aient manifesté d'une manière indubitable, soit expressément, soit par des actes conciliants, leur intention concordante, non point d'acheter ou de vendre, mais bien d'exclure la livraison de la marchandise et de résoudre le contrat par le paiement des différences résultant des variations entre le prix d'achat et le cours à l'expiration du terme. Le cas échéant, la jeunesse du défendeur, son inexpérience, son ignorance de certaines branches du commerce, la disproportion entre ses ressources et les engagements qu'il contracte devront être aussi considérés comme des circonstances décisives ». En matière de marchés différentiels, en outre, l'exception de jeu peut être opposée au commissionnaire (ATF, t. XIII, n° 82, p. 498, et t. XXXI, II, n° 9, p. 55, précités).

Pour terminer, signalons encore, proche de celles qui ont été rendues dans le domaine du jeu et du pari, une décision déjà ancienne, concernant les loteries étrangères qui, d'après l'art. 515 CO, ne jouissent, en Suisse, de la protection de la loi que si l'autorité compétente a permis la vente des billets. (ATF, t. X, n° 92, p. 563, du 11 octobre 1884, aff. Hasler). Dans cet arrêt, il a été jugé qu'un contrat, relatif au placement d'une somme d'argent dans une loterie et au partage des gains éventuels en résultant, n'est pas contraire à l'ordre public, même si la loterie est, en soi, interdite par l'autorité.

---

## TABLE DES MATIÈRES

<b>BIBLIOGRAPHIE :</b>	
Ouvrages et articles généraux .....	VII
Revue .....	XIV
<b>ABREVIATIONS</b> .....	XV
<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>TITRE PRELIMINAIRE : La notion du pré-ordre public dans la communauté de droit des nations dites civilisées</b> .....	4
<b>TITRE PREMIER: Exposé de la doctrine et du droit positif</b> .....	21
<b>CHAPITRE I : Ecole savignienne</b> .....	23
Doctrines de Savigny .....	23
Doctrines de von Bar .....	26
Doctrines de Mommsen .....	29
<b>CHAPITRE II : Ecole franco-italienne</b> .....	30
Premiers doctrinaires .....	31
Doctrines de Mancini .....	31
Doctrines d'Esperson .....	32
Doctrines de Pescatore .....	33
Doctrinaire de la dualité de l'ordre public .....	33
Doctrines de Brocher .....	33
Doctrines de Weiss .....	36
Doctrinaire d'une nouvelle école statutaire .....	37
Doctrines de Laurent .....	37
Doctrines de Fiore .....	39
Doctrines de Fedozzi .....	40
Doctrines de Rolin .....	41
Doctrines de Despagnet .....	42
Doctrines de Valéry .....	43
Doctrinaires de la méthode énumérative .....	44
Doctrines de Bustamante y Sirven .....	44
Doctrines de Laghi .....	48
<b>CHAPITRE III : Ecole anglo-américaine</b> .....	48
<b>CHAPITRE IV : Ecole des points de contact ou de rattachement</b> .....	51
Doctrines de Zitelmann .....	53
Doctrines de Kahn .....	57
Doctrines de Fink .....	61
Doctrines d'Arminjon .....	64
Doctrines de Lorenzen .....	66
Doctrines de Pilenko .....	67
<b>CHAPITRE V : Doctrines particulières</b> .....	69
Doctrines de Pillet .....	69
Doctrines de Bartin .....	73
Doctrines de Niboyet et de Cahb .....	75
Doctrines de Varelles-Sommères .....	76
Doctrines de Frankenstein .....	78

<b>CHAPITRE VI : Principales législations contenant des dispositions générales sur l'ordre public</b> .....	82
France .....	82
Italie .....	83
Espagne .....	84
Belgique .....	85
Allemagne .....	86
Grèce .....	89
Japon .....	90
Pologne .....	90
Brésil .....	91
Argentine .....	91
Honduras .....	92
Russie .....	92
Cité du Vatican .....	93
Suisse .....	93
<b>TITRE DEUXIEME : Exposé analytique de l'ordre public</b> .....	96
<b>CHAPITRE I : La nature de l'ordre public</b> .....	96
<b>CHAPITRE II : L'ordre public dans les diverses disciplines du droit</b> .....	109
Droit public .....	111
Droit pénal .....	113
Procédures civile et pénale .....	115
Organisation judiciaire .....	117
Droit des gens .....	119
<b>CHAPITRE III : L'ordre public, le respect des droits acquis et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers</b> .....	121
<b>CHAPITRE IV : Limitations à la réserve générale de l'ordre public</b> .....	132
<b>CHAPITRE V : Les mesures d'ordre politique et l'ordre public</b> ..	148
Temps de paix .....	151
Temps de guerre .....	153
Temps de l'après-guerre .....	157
<b>CHAPITRE VI : L'ordre public des conflits de lois internationaux et l'ordre public des conflits de lois interprovinciaux</b> .....	159
<b>CHAPITRE VII : L'ordre public des conflits de lois dans l'espace et l'ordre public des conflits de lois dans le temps</b> .....	168
<b>CHAPITRE VIII : L'ordre public et le renvoi</b> .....	179
<b>CHAPITRE IX : L'ordre public et la fraude à la loi</b> .....	186
<b>CHAPITRE X : L'ordre public devant le juge international</b> ..	195
<b>APPENDICE : La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, en matière d'ordre public</b> .....	198