

Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

**La réserve d'ordre public
en droit international privé suisse**

Personnes-Famille-Successions

Thèse
présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Simon Othenin-Girard
Avocat

Neuchâtel
1999

Monsieur Simon Othenin-Girard est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:

« La réserve d'ordre public en droit international privé suisse: Personnes - Famille - Successions ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 24 juin 1999

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

François Hainard

Cet ouvrage paraît également comme volume 110 de la série

Etudes suisses de droit international / Schweizer Studien zum Internationalen Recht, publiées par la Société suisse de droit international, Schulthess Juristische Medien SA

© Schulthess Juristische Medien SA, Zurich 1999

ISBN 3 7255 3982 0

Impression: Huber Druck AG, Entlebuch

à Carole

Avant-propos

C'est à plus d'un titre que je dois remercier ici M. François Knoepfler, professeur à l'Université de Neuchâtel: pour la richesse de son enseignement tout d'abord, qui m'a donné l'envie d'approfondir mes connaissances en droit international privé; pour l'aide qu'il m'a apportée tout au long de ce travail en sa qualité de directeur de thèse; pour la liberté et le temps qu'il m'a laissés dans ma tâche d'assistant à l'Université. Mes remerciements s'adressent également à M. Olivier Guillod, professeur à l'Université de Neuchâtel, directeur de l'Institut de droit de la santé, pour ses judicieux conseils en sa qualité de rapporteur, ainsi qu'à M. le professeur Bernard Dutoit, de l'Université de Lausanne, directeur du Centre de droit comparé et européen, qui a accepté de fonctionner, avec efficacité, comme rapporteur externe.

Mes remerciements s'adressent ensuite aux tribunaux et autorités administratives, en particulier aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil, à l'Office fédéral de l'état civil ainsi qu'à l'Office fédéral de la justice qui ont accepté de fouiller leurs archives pour me remettre plus de cent décisions inédites qui m'ont permis d'enrichir ce travail sur bien des points.

Merci à Carole, Alain, Doris et Michel qui ont tous quatre accepté de consacrer de nombreuses heures à relire, d'un regard critique et compétent, un manuscrit en mouvance. Sans leur soutien inconditionnel, cet ouvrage n'aurait pas vu le jour. Merci enfin à Blanche-Andrée et Victorine...

Table des matières

	Pages	N°
Table des matières.....	VII-XIV	
Abréviations.....	XV-XIX	
Bibliographie.....	XXI-XXXV	
A. Doctrine.....	XXI	
B. Travaux préparatoires.....	XXXV	
Introduction.....	I	1-7

**Partie générale: La réserve d'ordre public en droit
international privé suisse**

Chapitre I: Définition de la réserve d'ordre public en droit international privé.....	7	8-15
Chapitre II: Survol historique de la notion d'ordre public		
1. <i>Généralités</i>	17	16
2. <i>Emergence de la réserve d'ordre public</i>	17	17-37
3. <i>Conclusions</i>	27	38-43
Chapitre III: Aperçu de droit international privé comparé		
1. <i>Introduction</i>	31	44
2. <i>La réserve d'ordre public en droit international privé français</i>	31	45-48
3. <i>La réserve d'ordre public en droit international privé anglais et américain</i>	33	49-54
A. Grande-Bretagne.....	33	49-52
B. Etats-Unis d'Amérique.....	35	53-54
4. <i>La réserve d'ordre public en droit international privé allemand</i>	37	55-58
5. <i>La réserve d'ordre public en droit international privé italien</i>	39	59-61
Chapitre IV: Sources de la réserve d'ordre public en droit suisse		
1. <i>Introduction</i>	41	62
2. <i>Sources internes</i>	41	63-68
3. <i>Sources internationales</i>	45	69-72
Chapitre V: Quelques distinctions conceptuelles		
1. <i>Introduction</i>	49	73
2. <i>Réserve d'ordre public et clause d'exception</i>	49	74-84
3. <i>Réserve d'ordre public et fraude</i>	55	85-103
A. <i>Fraude à la loi</i>	55	85-93
B. <i>Fraude au jugement</i>	59	94-103
4. <i>Réserve d'ordre public et application du droit public étranger</i>	65	104-112
5. <i>Ordre public négatif, « ordre public positif » et lois d'application nécessaire de l'art. 18 LDIP</i>	72	113-135

6. <i>Ordre public en droit international privé (ou ordre public international) et dispositions impératives (ou ordre public interne)</i>	86	136-143
7. <i>Ordre public matériel et ordre public formel ou procédural</i>	92	144-173
A. Généralités.....	92	144-145
B. L'ordre public formel dans la LDIP.....	94	146-150
C. Conditions d'intervention de l'ordre public formel.....	97	151-158
D. Les différents motifs de refus de l'art. 27 al. 2 LDIP.....	102	159-168
a) <i>L'absence de citation régulière (art. 27 al. 2 lit. a LDIP)</i>	102	159-161
b) <i>La violation des principes fondamentaux de la procédure (art. 27 al. 2 lit. b LDIP)</i>	104	162-167
c) <i>Les exceptions de litispendance et de la chose jugée (art. 27 al. 2 lit. c LDIP)</i>	108	168
E. Effet de l'intervention.....	108	169
F. L'ordre public formel dans les conventions internationales ...	109	170-173
8. <i>Ordre public suisse et ordre public étranger</i>	111	174-198
A. Introduction.....	111	174
B. Diversité des conceptions de l'ordre public et fors à disposition des parties.....	111	175-176
C. Prise en considération de l'ordre public (positif et négatif) du système désigné par la règle de conflit du for.....	112	177-183
a) <i>Règles d'application nécessaire (ordre public positif) de la lex causae</i>	112	177-179
b) <i>Prise en considération de la réserve d'ordre public (ordre public négatif) de la lex causae</i>	115	180-183
D. Prise en considération des manifestations de l'ordre public d'un Etat non désigné par la règle de conflit.....	118	184-190
E. Ordre public étranger et reconnaissance/exécution des jugements étrangers.....	123	191-193
F. Conclusion.....	125	194
G. Illustrations.....	125	195-198

Chapitre VI: L'ordre public dans le mécanisme de la règle de conflit

1. <i>Introduction</i>	127	199
2. <i>Réserve d'ordre public et règle de conflit</i>	127	200-213
3. <i>Démarche en droit international privé et stade auquel intervient la réserve d'ordre public</i>	137	214-248
A. Application de la loi étrangère (effet direct).....	137	214-219
B. Reconnaissance et exécution (effet indirect).....	140	220-226
C. Excursus: la transcription des décisions et actes étrangers à l'état civil (art. 32 LDIP).....	144	227-233
a) <i>Généralités</i>	144	227-229
b) <i>Intervention de l'ordre public matériel</i>	148	230-231
c) <i>Art. 32 al. 3 LDIP et intervention de l'ordre public formel</i>	148	232-233

D. Réserve d'ordre public et voies de recours	151	234-248
a) <i>Introduction</i>	151	234
b) <i>Art. 17 LDIP et voies de recours</i>	151	235-237
c) <i>Art. 27 LDIP et voies de recours</i>	152	238-239
d) <i>Ordre public et voies de recours en matière d'arbitrage</i>	154	240-244
e) <i>Art. 32 LDIP et voies de recours</i>	158	245-247
f) <i>Conclusion</i>	159	248
4. L'interprétation restrictive de la réserve d'ordre public	160	249-252
5. Relativité et actualité de l'ordre public	163	253-269
A. <i>Introduction</i>	163	253
B. <i>Relativité dans le temps de l'ordre public</i>	163	254-259
C. <i>Actualité de l'ordre public</i>	167	260-269
a) <i>Le principe</i>	167	260-261
b) <i>Le fondement du principe et les exceptions</i>	168	262-265
D. <i>Relativité dans l'espace</i>	172	266-269
6. Les risques d'une application opportuniste de la réserve	175	270-278
7. L'ordre public et l'arbitrage international	181	279-298
A. <i>Introduction</i>	181	279-280
B. <i>Effet direct de l'ordre public et sentences arbitrales</i>	181	281-286
C. <i>Effet indirect de l'ordre public et sentences arbitrales</i>	185	287-289
D. <i>L'ordre public comme motif d'annulation d'une sentence arbitrale au sens de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP</i>	186	290-298
a) <i>Introduction</i>	186	290
b) <i>La nature de l'ordre public visé à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP</i>	187	291-298

Chapitre VII: Les théories de l'effet atténué de l'ordre public et des liens avec le for (*Binnenbeziehung/Inlandsbeziehung*)

1. Théorie de l'effet atténué	195	299-327
A. <i>Notion</i>	195	299-302
B. <i>Fondements théoriques</i>	196	303-309
C. <i>Aperçu de droit comparé</i>	200	310-315
a) <i>Droit international privé français</i>	200	310-314
b) <i>Droit international privé allemand</i>	203	315
D. <i>L'effet atténué en droit international privé suisse</i>	203	316-322
E. <i>Quelques critiques doctrinales</i>	207	323-327
2. Théorie des liens avec le for (<i>Binnenbeziehung</i>)	211	328-371
A. <i>Enoncé de la théorie</i>	211	328-329
B. <i>Fondements théoriques</i>	212	330-334
C. <i>Vers un ordre public transnational ?</i>	215	335-346
D. <i>Ordre public et droits fondamentaux</i>	222	347-354
E. <i>Aperçu de droit comparé</i>	229	355-361
a) <i>L'Inlandsbeziehung en droit international privé allemand</i>	229	355-356

b) <i>La réception de la théorie en droit international privé français</i>	231	357-361
F. <i>L'application de la théorie des liens avec le for en droit international privé suisse</i>	236	362-371
a) <i>La jurisprudence</i>	236	362-363
b) <i>Exigence d'une Binnenbeziehung: le silence de la LDIP</i>	238	364
c) <i>Les opinions doctrinales</i>	238	365-367
d) <i>Examen in concreto des liens suffisants avec le for</i>	240	368-370
e) <i>Application de la théorie en matière d'effet indirect</i>	242	371
3. <i>L'importance respective des deux théories (effet atténué et Binnenbeziehung)</i>	243	372-386
A. <i>Les limites et les risques de la théorie de l'effet atténué</i>	243	372-377
B. <i>L'importance de la théorie des liens avec le for</i>	247	378-385
C. <i>Conclusion</i>	251	386
Chapitre VIII: Effets de l'intervention de la réserve		
1. <i>Application du droit étranger (effet direct)</i>	253	387-434
A. <i>Introduction</i>	253	387-388
B. <i>Les solutions envisageables</i>	254	389-403
C. <i>Le droit international privé suisse</i>	264	404-420
D. <i>Notre position</i>	269	421-434
a) <i>Introduction</i>	269	421
b) <i>Réfutation de quelques méthodes</i>	270	422-426
c) <i>Quelques propositions</i>	274	427-434
2. <i>Reconnaissance et exécution d'actes étrangers (effet indirect)</i>	279	435-440
3. <i>Illustrations</i>	283	441-448
Chapitre IX: Résumé de la partie générale	287	449-475
Partie spéciale: Intervention de la réserve d'ordre public dans quelques chapitres choisis du droit international privé suisse des personnes, de la famille et des successions		
Chapitre I: Introduction	297	476-479
Chapitre II: Jouissance des droits civils et réserve d'ordre public	299	480-482
Chapitre III: Exercice des droits civils et réserve d'ordre public	303	483-487

Chapitre IV: Nom et réserve d'ordre public

1. En général.....	307	488-510
2. Changement de nom.....	322	511-515

Chapitre V: Changement de sexe et réserve d'ordre public

1. Introduction.....	327	516-517
2. Changement de sexe en Suisse: bref rappel du droit positif.....	328	518-519
3. Réserve d'ordre public: effet direct.....	330	520-538
A. Aperçu de droit international privé comparé.....	330	520-524
B. Droit international privé suisse.....	333	525-538
4. Réserve d'ordre public: effet indirect.....	340	539-548
A. Aperçu de droit international privé comparé.....	340	539
B. Droit international privé suisse.....	341	540-544
5. Illustrations.....	344	545-548

Chapitre VI: Conclusion du mariage et réserve d'ordre public

1. Les règles de conflit.....	347	549-552
2. Intervention de l'ordre public: effet direct.....	349	553-574
A. Remarques générales.....	349	553-555
B. Cas d'intervention de la réserve.....	352	556-568
C. Conséquences de l'intervention de la réserve.....	362	569
D. Mariages diplomatiques et consulaires; cérémonie religieuse.....	363	570-574
3. Intervention de l'ordre public: effet indirect.....	368	575-592
A. Reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger: l'art. 45 LDIP.....	368	575-576
B. Intervention de la réserve d'ordre public (art. 27 LDIP).....	370	577-592
a) Généralités.....	370	577-578
b) Casuistique.....	371	579-592
4. Illustrations.....	378	593-600
5. Ordre public et mariage polygamique.....	381	601-710
A. Introduction.....	381	601-608
B. Aperçu de droit international privé comparé.....	386	609-644
a) Allemagne.....	386	609-613
aa) Règle de conflit.....	386	609
bb) Célébration du mariage polygamique en Allemagne.....	386	610-611
cc) Reconnaissance en Allemagne des mariages polygamiques célébrés à l'étranger.....	387	612-613
b) Grande-Bretagne.....	388	614-625
aa) Introduction, notion de mariage polygamique.....	388	614
bb) Célébration du mariage polygamique en Angleterre.....	389	615
cc) Reconnaissance des unions polygamiques célébrées à l'étranger.....	390	616-625
c) France.....	395	626-644
aa) Règle de conflit.....	395	626-627
bb) Célébration du mariage polygamique en France.....	396	628-629

cc) Reconnaissance des mariages polygamiques célébrés à l'étranger.....	397	630-637
dd) Propositions de voies nouvelles.....	402	638-644
C. Mariage polygamique en droit international privé suisse.....	405	645-710
a) Effet direct.....	405	645-658
aa) Doctrine et jurisprudence.....	405	645-649
bb) Notre conception.....	408	650-658
b) Effet indirect.....	412	659-696
aa) Introduction.....	412	659-660
bb) Quelques positions doctrinales.....	413	661-665
cc) Jurisprudence et pratique.....	416	666-682
dd) Notre conception du droit positif suisse.....	425	683-696
c) Illustrations.....	431	697-710
6. Partenariat de couples homosexuels: champ d'intervention de la réserve d'ordre public.....	434	711-733
A. Introduction.....	434	711-713
B. Reconnaissance des unions homosexuelles conclues à l'étranger.....	438	714-729
a) Introduction.....	438	714
b) ATF 119 II 264, X.....	439	715-718
c) Opinions de quelques auteurs.....	440	719-721
d) Notre conception.....	442	722-729
C. Impossibilité de la création d'un partenariat en Suisse.....	447	730-733

Chapitre VII: Divorces, divorces privés, répudiations et réserve d'ordre public

1. Généralités.....	451	734-751
A. Introduction.....	451	734
B. Application du droit étranger (effet direct).....	451	735-745
a) En général.....	451	735-737
b) L'art. 61 al. 3 LDIP et l'ordre public « permissif » en matière de divorce.....	453	738-745
C. Reconnaissance et exécution (effet indirect).....	457	746-751
2. Divorce consulaire, diplomatique ou ecclésiastique; répudiations et formes privées de dissolution de l'union conjugale.....	462	752-821
A. Généralités.....	462	752
B. Application du droit étranger (effet direct).....	464	753-761
C. Reconnaissance et exécution (effet indirect).....	471	762-821
a) Aperçu de droit comparé.....	471	762-775
aa) France.....	471	762-764
bb) Grande-Bretagne.....	473	765-770
cc) Allemagne.....	477	771-775
b) Droit international privé suisse.....	480	776-821
aa) Situation antérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP.....	480	776-788
aaa) Les règles de conflit, aperçu de la jurisprudence.....	480	776-786
bbb) Les opinions de quelques auteurs.....	485	787-788

<i>bb) Situation postérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP</i>	487	789-821
<i>aaa) Travaux préparatoires</i>	487	789-790
<i>bbb) Quelques opinions doctrinales</i>	487	791
<i>ccc) Jurisprudence et pratique</i>	489	792-803
<i>ddd) Conclusion; notre conception</i>	498	804-816
<i>eee) De l'inopportunité d'une réglementation légale différente</i>	504	817-821

Chapitre VIII: Filiation par naissance, reconnaissance et réserve d'ordre public

<i>1. Introduction</i>	507	822-823
<i>2. Droit comparé</i>	507	824-840
A. France.....	507	824-830
<i>a) Règles de conflit</i>	507	824
<i>b) Intervention de l'ordre public</i>	509	825-830
B. Allemagne.....	514	831-839
<i>a) Règles de conflit</i>	514	831-834
<i>aa) EGBGB version 1986</i>	514	831-833
<i>bb) EGBGB version 1998</i>	514	834
<i>b) Intervention de la réserve d'ordre public</i>	515	835-839
C. Conclusion.....	518	840
<i>3. Droit international privé suisse</i>	519	841-886
A. Effet direct.....	519	841-870
<i>a) Règles de conflit</i>	519	841-846
<i>b) Intervention de la réserve</i>	523	847-870
<i>aa) Filiation par naissance</i>	523	847-859
<i>bb) Reconnaissance</i>	533	860-866
<i>cc) Contestation de la reconnaissance</i>	536	867-869
<i>dd) Légitimation en Suisse</i>	537	870
B. Effet indirect.....	538	871-880
<i>a) Conditions de la reconnaissance de situations acquises et de décisions rendues à l'étranger</i>	538	871-873
<i>b) Intervention de la réserve</i>	540	874-880
C. Illustrations.....	544	881-886

Chapitre IX: Adoption et réserve d'ordre public

<i>1. Introduction</i>	547	887-889
<i>2. Aperçu de droit international privé comparé</i>	549	890-902
A. France.....	549	890-895
B. Allemagne.....	553	896-901
C. Conclusion.....	558	902
<i>3. Droit international privé suisse</i>	558	903-938
A. Adoptions prononcées en Suisse.....	558	903-909
B. Adoptions prononcées à l'étranger.....	564	910-930
<i>a) Principe</i>	564	910-911
<i>b) Intervention de la réserve d'ordre public (effet indirect)</i>	566	912-927
<i>aa) En général</i>	566	912

bb) <i>L'intérêt de l'enfant</i>	567	913-914
cc) <i>Autres principes d'ordre public</i>	569	915-927
aaa) <i>Quelques arrêts et opinions de divers auteurs</i>	569	915-920
bbb) <i>Notre conception</i>	572	921-927
c) <i>Droit conventionnel</i>	577	928-930
C. <i>Adoption de l'enfant issu d'une maternité de substitution</i> (« mère porteuse »): quelques éléments de réflexion	579	931-936
D. <i>Illustrations</i>	582	937-938

Chapitre X: Droit des successions et réserve d'ordre public

1. <i>Introduction</i>	585	939-940
2. <i>Droit international privé comparé</i>	585	941-942
A. <i>France</i>	585	941
B. <i>Allemagne</i>	588	942
3. <i>Droit international privé suisse</i>	589	943-966
A. <i>Règles de conflit</i>	589	943-946
B. <i>Intervention de la réserve d'ordre public</i>	591	947-966
a) <i>Généralités</i>	591	947-952
b) <i>Le problème de la réserve héréditaire</i>	595	953-962
c) <i>Illustrations</i>	601	963-966

Conclusion

1. <i>Nécessité de la réserve d'ordre public</i>	603	968-972
2. <i>Conflits de valeurs en droit des personnes, de la famille et des successions</i>	605	973-978

Table des principaux arrêts et décisions cités	611-629

Index.....	631-644

Abréviations

a	ancien (p. ex. aEGBGB)
Abs.	Absatz
AG	Argovie (canton d')
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures (demi-canton d')
al.	alinéa(s)
A.L.	Law Reports. Appeal Cases, Londres
All ER	The All England Reports, Londres
AmtG	Amtsgericht
art.	article(s)
ASDI	Annuaire suisse de droit international/ Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Zurich
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
Avis ISDC	Recueil d'avis rendus par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Allemagne)
BE	Berne (canton de)
BerDGesVölkR	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen, Cologne/Berlin
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
BL	Bâle-Campagne (demi-canton de)
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats, Berne
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national, Berne
BS	Bâle-Ville (demi-canton de)
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'Arbitrage, Bâle
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen
CA.	Cour d'appel/Court of Appeal
Cass. fr.	Cour de cassation française (1 ^{ère} Chambre civile, sauf précision contraire)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCFr.	Code civil français
CCI	Chambre de commerce internationale
CCIt.	Code civil italien
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CIEC	Commission internationale de l'Etat civil
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CN	Conseil national

Cour Eur. D. H.	Cour européenne des Droits de l'Homme
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Cst. féd. (1874)	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
Cst. féd. (1999)	Constitution fédérale suisse de la Confédération suisse du 18 avril 1999
D.	Recueil Dalloz, Recueil Dalloz/Sirey (sans précision, partie jurisprudence), Paris
D. (année), Chr.	Recueil Dalloz/Sirey, Chroniques, Paris
D. (année), IR	Recueil Dalloz/Sirey, Informations rapides, Paris
D. (année), Somm.	Recueil Dalloz/Sirey, Sommaires commentés, Paris
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
DIP	droit international privé
éd.	édition
édit.	éditeur
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Allemagne)
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz, Schwyz
Fam. Law	Family Law, Bristol
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld
FF	Feuille fédérale, Berne
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
FR	Fribourg (canton de)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris
GE	Genève (canton de)
GL	Glaris (canton de)
GR	Grisons (canton des)
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis, St-Gall
GVP-ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, Zug
H.L.	House of Lords
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly, Londres
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen/Dordrecht
<i>if.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i</i>	<i>in initio</i>
IJLPF	International Journal of Law, Policy and Family, Oxford
<i>i.m.</i>	<i>in medio</i>
Int. J. of Fam. Law	International Journal of Law and the Family (1987-1995), Oxford
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bielefeld
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (=LDIP)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre [...], Berlin/Leipzig, puis Tübingen
ISDC	Institut suisse de droit comparé, Lausanne

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne
JCP	La Semaine juridique / Juris-Classeur périodique, édition générale, Paris
JDI	Journal du droit international (Clunet), Paris
JFL	University of Louisville Journal of Family Law, Brandeis Journal of Family Law (dès 1997), Louisville
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Jena
JT	Journal des tribunaux, Lausanne
J.T.	Journal des tribunaux, Bruxelles
JU	Jura (canton du)
JW	Juristische Wochenschrift, Berlin
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KB	King's Bench Division
KG	Kantonsgericht
Labeo	Labeo, Rassegna di diritto romano, Naples
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LG	Landgericht (Allemagne)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Lucerne
lit.	<i>littera</i>
LRDC	(ancienne) Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour
LU	Lucerne (canton de)
n.	note(s)
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalt (= LRDC)
NE	Neuchâtel (canton de)
N°	Numéro(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Munich/Francfort
NW	Nidwald (demi-canton de)
OG	Obergericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung, Vienne
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)
OW	Obwald (demi-canton de)
p.	page(s)
PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle, Lachen
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden/La prassi del Tribunale cantonale dei Grigioni, Coire
QB	Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen
RB-AR	Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege, Appenzell A. Rh., Herisau

RB-TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau, Frauenfeld
RB-UR	Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri, Atdorf
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye/ Boston/Londres
RCDIP	Revue critique de droit international privé, Paris
RDI	Rivista di diritto internazionale, Milan
RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Padova
RDS	Revue de droit suisse/Zeitschrift für schweizerisches Recht/Rivista di diritto svizzero, Bâle
RDT	Revue du droit de tutelle/Zeitschrift für Vormundtschaftswesen/Rivista di diritto tutelare, Zurich
REC	Revue de l'état civil/Zeitschrift für Zivilstandswesen/Rivista dello stato civile, Berne
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Berne
Recueil CEDH	Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Cologne/Berlin/Bonn/Munich (dès 1996; années antérieures, voir <i>infra</i> , Série A)
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage: bulletin du Comité français de l'arbitrage, Paris
RFDA	Revue française de droit administratif, Paris
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence/Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung, Fribourg
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig/Berlin
RIDC	Revue internationale de droit comparé, Paris
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel
RJTC	Recueil de jugements du Tribunal cantonal, Neuchâtel
RO	Recueil officiel des lois fédérales, Berne
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
RSDA	Revue suisse de droit des affaires/Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zurich
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen/Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, Zurich
RSJ	Revue suisse de jurisprudence/ Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois/Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Berne
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil, Paris
RTDF	Revue trimestrielle de droit familial, Bruxelles
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, Sion
Série A	Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A: arrêts et décisions, Cologne/Berlin/Bonn/Munich
SG	Saint-Gall (canton de)
SH	Schaffouse (canton de)
Sirey	Recueil Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, Paris

SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SO	Soleure (canton de)
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis, Soleure
ss	et suivant(e)s
StAZ	Das Standesamt: Zeitschrift für Standesamtswesen, Ehe- und Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Francfort-sur-le-Main
SZ	Schwyz (canton de)
t.	tome(s)
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé, Paris
Tciv	Tribunal civil
TD	Tribunal de district
TDPS	Traité de droit privé suisse, Fribourg
TG	Thurgovie (canton de)
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
TI	Tessin (canton du)
UR	Uri (canton d')
VD	Vaud (canton de)
v°	<i>verbo</i>
Vol.	volume
VS	Valais (canton du)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/ Heidelberg journal of international law, Stuttgart/Berlin
Zbl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zurich
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Vienne
ZG	Zoug (canton de)
ZH	Zurich (canton de)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich
ZvglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Heidelberg
ZZPInt.	Zeitschrift für Zivilprozess international: Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts, Cologne

Bibliographie

A. Doctrine

- ACOCCELLA Domenico, Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch-italienischen Rechtsverkehr, th. St-Gall 1989, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 1, St-Gall 1989;
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans, RSDIE 1992, p. 33-73 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Le droit international privé);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., L'impact de la religion sur l'ordre juridique, Cas de l'Egypte, Non-Musulmans en pays d'Islam, th. Fribourg 1978, Fribourg, 1979 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'impact de la religion);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Musulmans en terre européenne, Conflit entre foi et droit, PJA 1996, p. 42-53 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Musulmans en terre européenne);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Les musulmans face aux droits de l'homme, religion & droit & politique, Bochum 1994 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Les musulmans face aux droits de l'homme);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Mariages mixtes entre Suisses et étrangers Musulmans, brochure polyc., Institut suisse de droit comparé, 2^e éd., Lausanne 1996 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Mariages mixtes);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Le droit de famille dans le monde arabe: constante et défi, in FOLETS Marie-Claire (sous la direction de), Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement, Paris 1996, p. 155-193 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Le droit de famille);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., La dissolution extrajudiciaire du mariage. Répudiation et rachat en droit international privé suisse, RCDIP 1997, p. 631-648 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, La dissolution);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., La dissolution extrajudiciaire du mariage: répudiation et rachat en droit international privé suisse in Section suisse de la CIEC/Office fédéral de la justice (édit.), Mélanges édités à l'occasion de la 50^{ème} Assemblée générale de la Commission internationale de l'état civil, Neuchâtel 1997, p. 92-125 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, Mélanges CIEC);
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., La Suisse face à l'inégalité entre homme et femme en droit musulman, in Rapports suisses présentés au XV^{ème} Congrès international de droit comparé (Bristol, 27 juillet au 1^{er} août 1998), Publications de l'ISDC, vol. 34, Zurich 1998, p. 9-54 (*cité* ALDEEB ABU-SAHLIEH, La Suisse);
- ALEXANDRE Danièle, Les pouvoirs du juge de l'exequatur, th. Strasbourg 1969, Bibliothèque de droit privé, t. CVII, Paris 1970 (*cité* ALEXANDRE);
- ALEXANDRE Danièle, La protection de l'épouse contre la répudiation, in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, Actes des Journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, Paris 1993, p. 125-142 (*cité* ALEXANDRE, La protection);

- AMADÉO G., *Ordre public et droit privé négro-africain - Panorama juridique*, Revue juridique et politique: indépendance et coopération (organe de l'Institut international de droit d'expression française) 1958, p. 605-636 (*cité* AMADÉO, *Ordre public*);
- ANCEL Bertrand, *Le statut de la femme du polygame in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des Journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, Paris 1993, p. 105-123 (*cité* ANCEL, *Le statut de la femme du polygame*);
- ANCEL Bertrand/LEQUETTE Yves, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^e éd., Paris 1998 (*cité* ANCEL/LEQUETTE, *Grands arrêts*);
- ANGULO RODRIGUEZ Miguel de, *Du moment où il faut se placer pour apprécier l'ordre public international*, RCDIP 1972, p. 369-399;
- ARFAZADEH Homayoon, *L'ordre public du fond et l'annulation des sentences arbitrales en Suisse*, RSDIE 1995, p. 223-253;
- AUBERT Jean-François, *La transcription des divorces dans les registre de l'état civil suisse*, REC 1959, p. 336-346 et p. 368-376;
- AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 2^e éd., Paris 1997;
- BADIALI Giorgio, *Ordine Pubblico e diritto straniero*, Milan 1963;
- BALLARINO Tito, *Diritto internazionale privato*, 2^e éd., avec la collaboration d'Andrea BONOMI, Padoue 1996 (*cité* BALLARINO, DIP);
- BAR Christian von, *Internationales Privatrecht*, 2 vol., Munich 1987 et 1991;
- BARILE Giuseppe, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padoue 1969;
- BARTIN Étienne, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Paris 1930, 1932, 1935 (*cité* BARTIN, *Principes*);
- BATIFFOL Henri/LAGARDE Paul, *Droit international privé*, t. I, 8^e éd., Paris 1993 et t. II, 7^e éd., Paris 1983;
- BAUR Fritz, *Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zurich 1973, p. 1-20;
- BERGMANN Alexander/FERID Murad, *Internationales Ehe- und Kindschafts-recht*, 10 vol., 6^e éd., Francfort-sur-le-Main, 1983 ss (mises à jour périodiques);
- BERTI Stephen V., *Zur Anfechtung eines Schiedsentscheides wegen Unvereinbarkeit mit dem Ordre public nach Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG, in Rechtskollisionen*, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zurich 1995, p. 1-13 (*cité* BERTI, *Zur Anfechtung*);
- BISCHOFF J.-M., *Le mariage polygamique en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé 1980-81, t. II, p. 91-102;
- BLECKMANN Albert, *Sittenwidrigkeit wegen Verstosses gegen den ordre public international*, ZaöRV 34 (1974), p. 112-132;
- BONOMI Andrea, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l'ISDC, vol. 33, Zurich 1998 (*cité* BONOMI, *Le norme imperative*);
- BORN Gary B., *International Civil Litigation in United States Court*, 3^e éd., La Haye/Boston/Londres 1996;
- BOURDELOIS Béatrice, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris 1993;

- BRANLARD Jean-Paul, Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique, Bibliothèque de droit privé, tome 222, Paris 1993;
- BRUNN Johann Heinrich von, Der europäische ordre public, NJW 1962, p. 985-989;
- BUCHER Andreas, Droit international privé suisse, Tome I/1 Partie générale - Conflits de juridictions, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998 (*cit*é BUCHER, DIP I/1);
- BUCHER Andreas, Droit international privé suisse, Tome I/2 Partie générale - Droit applicable, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995 (*cit*é BUCHER, DIP I/2);
- BUCHER Andreas, Droit international privé suisse, Tome II: Personnes, Famille, Successions, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992 (*cit*é BUCHER, DIP II);
- BUCHER Andreas, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1988 (*cit*é BUCHER, Le nouvel arbitrage international);
- BUCHER Andreas, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI 239 (1993 II), p. 9-116 (*cit*é BUCHER, RCADI);
- BUCHER Andreas, Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes, Travaux du Comité français de droit international privé 1993-1995, Paris 1996, p. 209-228 (*cit*é BUCHER, Méthode des intérêts);
- BUCHER Andreas, L'application de la LDIP à l'état civil, REC 1993, p. 342-352 (*cit*é BUCHER, L'application);
- CANDRIAN Daniel, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, unter Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, italienischen, spanischen und liechtensteinischen Rechts, th. St-Gall 1994, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 15, St-Gall 1994 (*cit*é CANDRIAN, Scheidung und Trennung);
- CARLIER Jean-Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel, th., Louvain, Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Louvain, Bruxelles 1992 (*cit*é CARLIER, Autonomie de la volonté);
- CARLIER Jean-Yves, Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance de divorces et répudiations intervenus à l'étranger, RTDF 1991, p. 165ss (*cit*é CARLIER, Volonté);
- CARLIER Jean-Yves, Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives ?, in FOLETS Marie-Claire (sous la direction de), Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement, Paris 1996, p. 17-32 (*cit*é CARLIER, Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe);
- CARLIER Jean-Yves/VERWILGHEN Michel (édit.), Le statut personnel des Musulmans, droit comparé et droit international privé, Louvain-la-Neuve 1994;
- CARREAU Dominique/LAGARDE Paul/SYNVET Hervé, Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international, 2^e éd., 3 vol., Paris 1998 (*cit*é Répertoire, 2^e éd.), pour la 1^{ère} éd., voir *infra* FRANCESCAKIS;
- CHAPELLE A., Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, th. dactyl. Paris II, 1979;
- CHENAUX Jean-Luc, L'application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for: étude de l'article 18 du projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé, RDS 1988 I, p. 61-73;
- COLLIER J.G., Conflict of Laws, Cambridge 1987;
- CULLMANN Peter, Anerkennung polygamer Ehen in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1976, p. 313-315 (*cit*é CULLMANN, Anerkennung);

- CULLMANN Peter, Die Behandlung polygamer Ehen im IPR von England, Frankreich und Deutschland, th. Bonn 1976 (*cit*é CULLMANN, Die Behandlung);
- DASSER Félix, Mit dem ordre public gegen italienisches Kindesrecht? Kritische Bemerkungen zu einem Urteil des Zürcher Obergerichts, RSJ 1988, p. 9-11;
- DÉPREZ Jean, Droit international privé et conflits de civilisation, Aspects méthodologiques, (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel), RCADI 217 (1988 IV), p. 9-372 (*cit*é DÉPREZ);
- DÉPREZ Jean, Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé, in FOGLETS Marie-Claire (sous la direction de), Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement, Paris 1996, p. 57-124 (*cit*é DÉPREZ, Statut personnel et pratiques familiales);
- DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre/WERRO Franz, Le mariage et le divorce, 4^e éd., Berne 1995;
- DICEY/MORRIS, On the Conflicts of law, 12^e éd. par COLLINS Lawrence *et alii*, Londres 1993 (*cit*é DICEY/MORRIS);
- DICEY/MORRIS, Fourth Cumulative Supplement to the Twelfth Edition, Londres 1997 (*cit*é DICEY/MORRIS, Supplement);
- DÖLLE Hans, Der Ordre public im internationalen Privatrecht, in Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin/Tübingen 1950, p. 397-415;
- DONZALLAZ Yves, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 3 vol., Berne 1996-1998 (*cit*é DONZALLAZ I à III);
- DÖRIG Adrian, Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz, th. St-Gall 1998, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 23, St-Gall/Lachen 1998;
- DROLSHAMMER Jens/SCHAERER Heinz; Die Verletzung des materiellen Ordre public als Verweigerungsgrund bei der Vollstreckung eines US-amerikanischen « *punitive-damages-Urteil* », RSJ 1986, p. 309-318;
- DUTOIT Bernard, Droit international privé suisse: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997 (*cit*é DUTOIT, Commentaire);
- DUTOIT Bernard, L'ordre public: caméléon du droit international privé ?, Mélanges Flattet, Lausanne 1985 p. 455-472 (*cit*é DUTOIT, L'ordre public);
- DUTOIT Bernard, Le nouveau droit international privé suisse de la famille, in Le nouveau droit international privé suisse, CEDIDAC vol. 9, 2^e éd., Lausanne 1989, p. 27-57 (*cit*é DUTOIT, Le nouveau droit international);
- DUTOIT Bernard/KNOEPFLER François/LALIVE Pierre/MERCIER Pierre, Répertoire de droit international privé suisse, Berne 1982 (vol. 1), 1983 (vol. 2) et 1986 (vol. 3) (*cit*é DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire);
- EKELMANS Marc, L'ordre public international et ses effets atténués, in Jean-François ROMAIN *et alii* (édit.), L'ordre public. Concept et applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1995, p. 283-303 (*cit*é EKELMANS, Effets atténués);
- ELGEDDAWY A. Kessmat, Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé, Paris 1971;

- ENINCHDNG Nelson, Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England, ICLQ 1996, p. 633-661;
- ERNE Monica, Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen, Zurich 1985;
- ETTER Kurt Herbert, Vom Einfluss des Souveränitätsgedankens auf das IPR, th. Zurich 1958, Zurich 1959;
- FADLALLAH Ibrahim, Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?, RCDIP 1981, p. 17-29;
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Bibliothèque de droit privé t. 272, Paris 1996;
- FIRSCHING Karl/VON HOFFMANN Bernd, Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts, 4^e éd., Munich 1995;
- FRANCESCHELLI Vincenzo, Il nuovo diritto internazionale privato. La legge n. 218/1995 di Riforma del sistema italiano, Milan 1995;
- FRANCESCAKIS Phocion (sous la direction de) Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international, Paris, 2 vol., Paris 1968-1969 (*cité* Encyclopédie); pour la 2^e éd., voir CARREAU *et alii*;
- FRANCESCAKIS Phocion, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leur rapports avec les règles de conflit de loi, RCDIP 1966, p. 1-18 (*cité* FRANCESCAKIS, Précisions);
- FRANCESCAKIS Phocion, Droit naturel et droit international privé, Mélanges offerts à Jacques Maury, t. I, Paris 1960, p. 113-152 (*cité* FRANCESCAKIS, Droit naturel);
- FRANCESCAKIS Phocion, Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public, Travaux du comité français de droit international privé 1966-1969, p. 149-178 (*cité* FRANCESCAKIS, Travaux du Comité);
- FRANKENSTEIN Ernst, Internationales Privatrecht, 4 vol., Berlin 1926/1929/1934/1935;
- GANNAGÉ Pierre, La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, RCDIP 1992, p. 425-454 (*cité* GANNAGÉ);
- GANNAGÉ Pierre, La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales, RCADI 164 (1979 III), p. 339-423 (*cité* GANNAGÉ, La coexistence);
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, 2^e éd., Paris 1996 (*cité* GAUDEMET-TALLON, Les Conventions);
- GAUDEMET-TALLON Hélène, La désunion du couple en droit international privé, RCADI t. 226 (1991-I), p. 9-279 (*cité* GAUDEMET-TALLON);
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Le droit français de l'adoption internationale, RIDC 1990, p. 567-597 (*cité* GAUDEMET-TALLON, Le droit français);
- GEIMER Reinhold, Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, Munich 1995 (*cité* GEIMER, Anerkennung);
- GEIMER Reinhold/SCHÜTZE Rolf A., Internationale Urteilerkennung, 3 vol., Munich 1971/1983/1984 (*cité* GEIMER/SCHÜTZE);
- GEIMER Reinhold/SCHÜTZE Rolf A., Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen, Munich 1997 (*cité* GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht);

- GEISER Thomas, Aspects juridiques de la transsexualité *in* Section suisse de la CIEC/Office fédéral de la justice (édit.), *Mélanges édités à l'occasion de la 50ème Assemblée générale de la Commission internationale de l'état civil*, Neuchâtel 1997, p. 33-46 (*cité* GEISER, Aspects);
- GEISER Thomas, Internationalprivatrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Entwurf zu einem Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft *in* Pink Cross/Lesbenorganisation Schweiz, Gesetzesvorschläge zur Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. Eine Eingabe ans Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Berne/Zürich 1997, p. 6-15 (*cité* GEISER, Partnerschaft);
- GEISINGER Elliott/RENOLD Marc-André, Arbitrage international, ordre public et reconnaissance en Suisse de sentences arbitrales étrangères, *in* F. KNOEPFLER (édit.), *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers. Ouverture ou repli ? Enseignement de 3^e cycle de droit 1987*, Fribourg 1988, p. 89-104;
- GOLDSTEIN Gérald, De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Etude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien, Montréal 1996 (*cité* GOLDSTEIN, Ordre public);
- GOTHOT Pierre/HOLLEAUX Dominique, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Paris 1985;
- GROSS Maurice, La reconnaissance de l'adoption étrangère en Suisse: conditions et effets, th. Lausanne 1986 (*cité* GROSS, La reconnaissance de l'adoption);
- GUIHO Pierre, La conception française de l'ordre public international en matière de filiation, *in* *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris 1991, p. 145-157 (*cité* GUIHO, La conception française);
- GUTZWILLER Max, Der "ordre public" im schweizerischen Internationalprivatrecht, *in* Symmikia G. S. Streit, vol. I, Athènes 1939, p. 457-476, publié également *in* *Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Aufsätze und Rede*, Bâle/Stuttgart 1964, p. 194 ss et *in* *Juristengenerationen und ihr Zeitgeist*, Zürich 1991, p. 430-448 (*cité* GUTZWILLER, Mélanges Streit);
- GUTZWILLER Max, Geschichte des Internationalprivatrechts - Von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen, Bâle/Stuttgart 1977 (*cité* GUTZWILLER, Geschichte);
- HABSCHEID Walther J., Die Schiedsgerichtsbarkeit und der Ordre public, *in* *Festschrift für Max KELLER zum 65. Geburtstag*, Zürich 1989, p. 575-587;
- HAGE J. Joris, Les conditions et conséquences médicales des interventions chirurgicales pour changer de sexe, *in* *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg 1995, p. 109-122;
- HAMMJE Petra, Droits fondamentaux et ordre public, RCDIP 1997, p. 1-31 (*cité* HAMMJE, Droits fondamentaux);
- HANISCH Hans, Professio juris, réserve légale et Pflichtteil, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 473-489 (*cité* HANISCH, Professio juris);
- HANOTIAU Bernard, Le droit international privé américain - Du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws, Paris/Bruxelles 1979;
- HEALY Thomas H., Théorie générale de l'ordre public, RCADI 9 (1925-IV), p. 407-557;
- HEINI Anton/KELLER Max/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul (édit.), IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, Zürich 1993 (*cité* IPRG Kommentar);

- HEINRICH Dieter, Elterliche Sorge in den islamischen Rechten und ordre public, IPRax 1993, p. 81-83;
- HEIZ Rudolf, Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluss der Public Policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht, th. Zurich 1958, Zürcher Studien zum internationalen Recht, vol. 29, Zurich 1959;
- HÉRON Jacques, Le morcellement des successions internationales, Paris 1986 (*cit*é HÉRON, Le morcellement);
- HOLLEAUX Dominique/FOYER Jacques/GEOUFFRE de la PRADELLE Géraud de, Droit international privé, Paris 1987;
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K. (édit.), Internationales Privatrecht, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 (*cit*é IPR Kommentar SPR);
- HORN Norbert, Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien. Neue Elemente eines internationalen ordre public, RabelsZ 1980, p. 423-454;
- IPRG-Kommentar, cf. ci-dessus HEINI Anton/KELLER Max/VISCHER Frank/VOLKEN Paul;
- IPR Kommentar SPR, cf. ci-dessus HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K.;
- ISSAD Mohand, Droit international privé, vol. I, Les règles de conflits, Paris 1986;
- JAENICKE Günther, Zur Frage des internationalen Ordre public, BerDGesVölkR 7 (1967), p. 77 ss;
- JAMETTI Marco A., Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter, th. Zurich 1961, Zürcher Studien zum internationalen Recht, vol. 31, Zurich 1961;
- JAMETTI GREINER Monique, Thailändische Privatscheidungen grundsätzlich anerkennbar, REC 1995, p. 169-171 (*cit*é JAMETTI GREINER, Thailändische Privatscheidungen);
- JAMETTI GREINER Monique, Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht, th. Bâle 1997, Schriftenreihe für Internationales Recht, vol. 80, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998 (*cit*é JAMETTI GREINER, Entscheidung);
- JAYME Erik, Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1989 (*cit*é JAYME, Methoden);
- JAYME Erik, Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, Cours général de droit international privé, RCADI 251 (1995 I), p. 9-268 (*cit*é JAYME, Identité culturelle);
- JERMINI Cesare, Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, th. Zurich 1997, Etudes suisses de droit international, vol. 100, Zurich 1997;
- KABANGE Clément, L'ordre public et le droit traditionnel, Revue juridique et politique: indépendance et coopération (organe de l'Institut international de droit d'expression française) 1972, p. 271-288 (*cit*é KABANGE, L'ordre public);
- KAHN Franz, Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) JherJb 39 (1898), p. 1 ss, également publié in Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Munich/Leipzig 1928, t. I, p. 161 ss;

- KAHN-FREUND Otto, *Reflections on Public Policy in english Conflict of Laws*, Transactions of the Grotius Society 39 (1953), p. 39 ss, également publié in *Selected Writings*, Londres 1978, p. 233-258;
- KARAQUILLO Jean-Pierre, *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Limoges 1977;
- KAUFMANN Horst, *Zur Geschichte der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel von den Glossatoren bis Bartolus*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Walter WILHELM éd., Francfort-sur-le-Main 1972, p. 66-88 (*cit* KAUFMANN, *Zur Geschichte*);
- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *L'ordre public d'envoi et l'annulation des sentences arbitrales internationales*, RSDIE 1993, p. 273-283;
- KEGEL Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 7^e éd., Munich 1995;
- KELLER Max/SIEHR Kurt, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich 1986;
- KNAPP Charles, *La notion d'ordre public dans les conflits de lois*, th. Neuchâtel, Mulhouse 1933 (*cit* KNAPP);
- KNAPP Charles, *Essai sur la nature juridique et la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en droit international privé*, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, p. 191-231 (*cit* KNAPP, *Essai sur la nature juridique et la sauvegarde*);
- KNOEPFLER François, *Le nom et quelques autres questions de l'état-civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain*, REC 1978, p. 305-323;
- KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe, *Droit international privé*, 2^e éd., Berne 1995 (*cit* KNOEPFLER/SCHWEIZER);
- KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe, *Règles de conflit et "justice matérielle" en droit de la famille*, in *Problèmes de droit de la famille*, Neuchâtel 1987, p. 93-111 (*cit* KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Règles de conflit*);
- KROPHOLLER Jan, *Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Tübingen 1994 (*cit* KROPHOLLER);
- KROPHOLLER Jan, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6^e éd., Heidelberg 1998 (*cit* KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*);
- KUTTLER Alfred, *Zur Frage der Beschränkung der Funktion des ordre public im internationalen Privatrecht*, RSJ 1951, p. 149-154;
- LABRUSSE Catherine, *La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère*, Travaux du comité français de droit international privé 1975-1977, p. 111-133;
- LAGARDE Paul, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, t. 15, Paris 1959 (*cit* LAGARDE, *Recherches*);
- LAGARDE Paul, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, Cours général de droit international privé, RCAD 196 (1986 I), p. 9-238 (*cit* LAGARDE, *Le principe de proximité*);
- LAGARDE Paul, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 263-282 (*cit* LAGARDE, *La théorie de l'ordre public*);
- LAGARDE Paul, *Public Policy*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. III/11, Tübingen/Dordrecht/Boston/Lancaster 1994 (*cit* LAGARDE, *Public Policy*);

- LALIVE Pierre, Droit public étranger et ordre public suisse, Eranion en l'honneur de G. S. Maridakis, t. III, Athènes 1964, p. 189-208 (*cit*é LALIVE, Droit public étranger);
- LALIVE Pierre, Tendances et méthodes en droit international privé, Cours général, Académie de droit international de la Haye, RCADI 155 (1977 II), p. 1-424, (*cit*é LALIVE, Tendances et méthodes);
- LALIVE Pierre, Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage interoational, Rev. arb. 1986, p. 329-373 (*cit*é LALIVE, Ordre public transnational);
- LALIVE Pierre/POUDRET Jean-François/REYMOND Claude, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989;
- LENZ Christian, Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter, th. Zurich 1992, Etudes suisses de droit international, vol. 77, Zurich 1992;
- LEVIN Daniel, Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung: eine kritische Würdigung des israelischen Familienrechts mit besonderer Berücksichtigung des jüdischen Scheidungsrechts aus der Sicht des schweizerischen internationalen Privatrechts, th. Zurich 1990, Zürcher Studien zum Privatrecht, vol. 80, Zurich 1991 (*cit*é LEVIN, Konflikte);
- LEWALD Hans, Règles générales des conflits de lois. Contributions à la technique du droit international privé, Bâle 1941 (*cit*é LEWALD, Règles générales);
- LEWALD Hans, La réglementation de l'ordre public sur le terrain des traités diplomatiques, RCDIP 1928, p. 149-167 (*cit*é LEWALD, la réglementation);
- LIBCHABER Rémy, L'exception d'ordre public en droit international privé, in L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Thèmes et Commentaires Dalloz, Paris 1996;
- LINKE Hartmut, Internationales Zivilprozessrecht, 2^e éd., Cologne 1995;
- LOUSSOUARN Yvon/BOUREL Pierre, Droit international privé, 5^e éd., Paris 1996;
- LÜDERITZ Alexander, Internationales Privatrecht, 2^e éd., Neuwied/ Kriftel/Berlin etc. 1992;
- LÜKE Gerhard/WALCHSHÖFER Alfred, Münchener Kommentar zur Zivil-prozessordnung, vol. 3 (§ 803-1048/EGZPO/GVG/EGGVG/Internationales Zivilprozessrecht), Munich 1992 (*cit*é München. Komment. ZPO);
- MAKAROV Alexander N., Die Haager internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel, in Ius et lex, Festgabe Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 303-324;
- MANDOFIA BERNEY Marina, Vérités de la filiation et procréation assistée: étude des droits suisse et français, th. Genève 1992, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1993;
- MARTI Hans, Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz (ordre public), th. Berne 1940, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, vol. 176, Berne 1940;
- MASMEJAN Denis, La localisation des personnes physiques en droit international privé, th. Lausanne 1993, Genève 1994;
- MAURY Jacques, L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public international et la fraude à la loi, Valladolid 1952 (*cit*é MAURY);
- MAURY Jacques, L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand. Convergences et divergences, RCDIP 1954, p. 7-27 (*cit*é MAURY, L'ordre public);
- MAYER Pierre, Droit international privé, 6^e éd., Paris 1998 (*cit*é MAYER);

- MAYER Pierre, La Convention européenne des droit de l'homme et l'application des normes étrangères, RCDIP 1991, p. 651-665, (*cit*é MAYER, La Convention européenne des droit de l'homme);
- MAYER Pierre, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. arb. 1994, p. 615-652 (*cit*é MAYER, La sentence);
- MAYER Pierre, Les lois de police étrangères, JDI 1981, p. 330-331, (*cit*é MAYER, Les lois de police);
- MEIJERS Eduard Maurits, Etudes d'histoire du droit international privé, Paris 1967;
- MEISE Helmut, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht, th., Hambourg 1965;
- MERCIER Pierre, Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation, Genève 1972;
- MERON Yankov, L'accommodation de la répudiation rousulmane, RIDC 1995, p. 921-939;
- MEZIOU Kalthoum, Maghreb: évolution du droit de la famille et perspectives comparatives, in FOBLETS Marie-Claire (sous la direction de), Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement, Paris 1996, p. 209-224 (*cit*é MEZIOU, Maghreb);
- MONÉGER Françoise, Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?, JDI 1992, p. 347-355 (*cit*é MONÉGER);
- MONÉGER Françoise, Aspects théoriques et pratiques du mariage polygamique en France, in Islam/Laïcité, CERJAF 1992 p. 55 (*cit*é MONÉGER, Aspects théoriques);
- MDNÉGER Françoise, La polygamie en questions, JCP 1990 I, 3460 (*cit*é MONÉGER, La polygamie);
- MOSCONI Franco, Exceptions to the operation of choice of law rules, RCADI 217 (1989 V), p. 9-214;
- MÜLLER Beat, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich Schuldrechts, th., St-Gall 1994;
- München. Komment., cf. SONNENBERGER;
- MURET André, Le mariage en Suisse des étrangers (étude de droit international privé), th., Lausanne 1933;
- NEUHAUS Paul Heinrich, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlin et Tübingen 1962;
- NEUMAYER Karl Heinz, Zur positiven Funktion des kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, in Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, t. II, Tübingen 1963, p. 179-208;
- NIBOYET J.-P., Traité de droit international privé français, 7 vol. + tables, Paris 1938-1950, 2^e éd. des vol. I 1947 et II 1951;
- NIEDERER Werner, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zurich 1954 (*cit*é NIEDERER, Einführung);
- NIEDERER Werner, Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, RDS 1943 I, p. 1-24 (*cit*é NIEDERER, RDS);
- NIEDERMANN Marco, Die ordre public-Klauseln in den Vollstreckungsverträgen des Bundes und den kantonalen Zivilprozessgesetzen, th. Zurich 1976, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, vol. 19, Zurich 1976;

- NORDIN Michael, Umfang der kollisionsrechtlichen Verweisung. Insbesondere: Art. 13 IPRG, Anwendung fremden Rechts, einschliesslich fremder Teilrechtsordnungen und fremden Wirtschafts- und Staatsvertragsrechts, th. St-Gall 1996, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 19, St-Gall 1996;
- NORRIE Kenneth McK, Reproductive technology, transsexualism and homosexuality: new problems for international private law, ICLQ 1994 (43), p. 757-775;
- NORTH P.M./FAWCETT J.J., Private International Law, 12^e éd., Londres 1992;
- OTHENIN-GIRARD Simon, La transcription des décisions et des actes étrangers à l'état civil (art. 32 LDIP et 137 OEC), REC 1998, p. 163-175 (cité OTHENIN-GIRARD, Transcription);
- PATOCCHI Paolo Michele, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe, th. Genève 1985, Etudes suisse de droit international, vol. 42, Genève 1985 (cité PATOCCHI, Règles de rattachement);
- PIOTET Paul, Des effets en Suisse d'un mariage polygamique, REC 1976, p. 123-126;
- RAAPE Leo/STURM Fritz, Internationales Privatrecht, vol. I, 6^e éd., Munich 1977;
- RAMSAUER Adrian, Alternativentwurf zum Eherecht: Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe ins Schweizerische Zivilgesetzbuch, in Pink Cross/Leshenorganisation Schweiz, Gesetzesvorschläge zur Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. Eine Eingabe ans Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Berne/Zürich 1997, p. 16-22 (cité RAMSAUER, Partnerschaft);
- REICHART Peter Andreas, Der Renvoi im schweizerischen internationalen Privatrecht - Funktion und Bedeutung, th. Zürich 1995, Etudes suisses de droit international, vol. 94, Zürich 1996;
- REID Russel W., Aspects psychiatriques et psychologiques du transsexualisme, in Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg 1995, p. 25-51;
- REVILLARD, Mariel, Droit international privé et pratique notariale, 4^e éd., Paris 1998 (cité REVILLARD, Pratique notariale);
- RIETMANN H., IPR-Namensbestimmung im national-gemischter Ehe, REC 1990, p. 37-40;
- RIGAUX François, Droit international privé, t. I: Théorie générale, 2^e éd., Bruxelles 1987;
- RIGAUX François/FALLON Marc, Droit international privé, t. II: Droit positif belge, 2^e éd., Bruxelles 1993;
- RODOTÀ Stefano, Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme, in Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg 1995, p. 17-24;
- ROMAIN Jean-François, L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme, in Jean-François ROMAIN et alii (édit.), L'ordre public. Concept et applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique/Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1995, p. 5-61 (cité ROMAIN, Droits de l'homme);
- SATMER Franz, Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln, th. Zürich 1994, Etudes suisses de droit international, vol. 89, Zürich 1994;
- SCHACK Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2^e éd., Munich 1996;

- SCHNITZER Adolf F., Handbuch des internationalen Privatrecht, 4^e éd., Bâle 1957 (vol. I) et 1958 (vol. II);
- SCHNYDER Anton K., Das neue IPR-Gesetz, 2^e éd., Zurich 1990 (*cit* SCHNYDER);
- SCHNYDER Anton K., Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht. Unter besonderer Würdigung des Entwurfs zu einem schweizerischen IPR-Gesetz, th. Zurich 1981, *Etudes suisses de droit international*, vol. 23, Zurich 1981 (*cit* SCHNYDER, Die Anwendung);
- SCHULTHESS Hans C., Das verfahrensrechtliche Ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, th. Zurich 1980, Zurich 1981;
- SCHURIG Klaus, Lois d'application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation ?, in Wolfgang HOLL/Ulrich KLINKE (édit.), Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht, Referate eines Symposium der Alexander von Humboldt-stiftung, Cologne 1985 p. 55 ss;
- SCHWANDER Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., St-Gall 1990 (*cit* SCHWANDER, Einführung, AT);
- SCHWANDER Ivo, Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil, St-Gall 1997 (*cit* SCHWANDER, Einführung, BT);
- SCHWANDER Ivo, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, 2 vol., St-Gall 1985 (*cit* SCHWANDER, Familienrecht);
- SCHWANDER Ivo, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, th. Fribourg 1975, *Etudes suisses de droit international*, vol. 1, Zurich 1975 (*cit* SCHWANDER, Lois d'application immédiate);
- SCHWANDER Ivo, Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsrecht im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, PJA 1993, p. 1400-1411 (*cit* SCHWANDER, Diskriminierungsverbot);
- SCHWUNG Siegfried, Die Rechtsfolgen aus der Anwendung des ordre public-Klausel im internationalen Privatrecht, th., Mayence 1983 (*cit* SCHWUNG, Die Rechtsfolgen);
- SCHWUNG Siegfried, Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den ordre public, *RabelsZ* 1985, p. 407-425 (*cit* SCHWUNG, Das Ersatzrecht);
- SCOLES Eugene/HAY Peter, Conflict of Laws, 2^e éd., St-Paul, Minn. 1992;
- SCYBOZ Georges/BRACONI Andrea, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, *RFJ* 1993, p. 215-230;
- SIEGENTHALER Toni, Fascination des mers du sud et mariage, problèmes de la bigamie et de la tenue des registres, *REC* 1985, p. 295-298;
- SIEHR Kurt, Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Internationales Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ordre public, *RabelsZ* 1972, p. 93-115;
- SIEHR Kurt /TEJURA Leena, Anerkennung ausländischer Adoptionen in der Schweiz, *RSJ* 1993, p. 277-281;
- SIMITIS Konstantin, Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, *Marbourg* 1960;
- SOERGEL Hans Th./SIEBERT Wolfgang, Bürgerliches Gesetzbuch, vol. 7 (Einführungsgesetz), 10^e éd., par KEGEL, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence 1970 (*cit* SOERGEL/KEGEL);

- SONNENBERGER Hans-Jürgen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 10: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-38), Internationales Privatrecht, 3^e éd., Munich 1998, (*cit*é München. Komment.);
- SPERDUTTI Giuseppe, Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, RCDIP 1977, p. 257-270;
- SPICKHOFF Andreas, Der Ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung-Struktur-Konkretisierung, th. Göttingen 1988/1989, Neuwied/Francfort 1989;
- STAUDINGERS J. von, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB, Internationales Eherecht (Art. 13-17), Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen (§ 606, 606a, 621, 328 ZPO; Art. 7 § 1 FamRAnG) par VON BAR Christian/SPELLENBERG Ulrich, 12^e éd., Berlin 1986 (*cit*é VON BAR/STAUDINGER, SPELLENBERG/STAUDINGER);
- STAUFFER Wilhelm, Praxis zum NAG, Zurich 1973 (*cit*é STAUFFER, Praxis);
- STAUFFER Wilhelm, Nachtrag zum NAG, Zurich 1977 (*cit*é STAUFFER, Nachtrag);
- STÖCKER Hans A., Vom ordre-public-Vorbehalt zur international-privatrechtlichen Härteklausele, StAZ 1970, p. 325 ss (*cit*é STÖCKER, Vom ordre-public-Vorbehalt);
- STÖCKER Hans A., Internationaler ordre public zum Schutz der Menschenrechte. Internationalprivatrechtliche Aspekte des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Sache Marckx, StAZ 1981, p. 16 ss (*cit*é STÖCKER, Internationaler ordre public);
- STÖCKER Hans A., Der internationale ordre public im Familien- und Familienerbrecht, RabelsZ 1974, p. 79-127 (*cit*é STÖCKER, RabelsZ);
- STOJAN Teddy Svatopluk, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen, th. Zurich 1986, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, vol. 72, Zurich 1986;
- TSAI Psi-Song, Ehescheidung, Anerkennung ausländischer Ehescheidungen und Wiederverheiratung im internationalen Privatrecht, th. Fribourg 1973, Etudes suisses de droit international, vol. 2, Zurich 1975;
- VALLINDAS, Le principe de l'élasticité de la réserve de l'ordre public et les réserves spécialisées, Revue hellénique de droit international 1950, p. 270 ss;
- VANDER ELST Raymond, Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate, in Mélanges offerts à Fernand Legros, Bruxelles 1985, p. 653-667;
- VANDER ELST Raymond/WESER Martha/JENARD Paul, Droit international privé belge et droit conventionnel international, 2 vol., Bruxelles 1983 et 1985;
- VAN ITERSSEN Dorothee, Aspects internationaux des décisions de changement de sexe, in Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam (14-16 avril 1993), Strasbourg 1995, p. 189-200;
- VAUCHER René Frank, Le statut des étrangers en Suisse selon le droit civil et en matière d'assistance sociale, RDS 1967 II, p. 489-643;
- VISCHER Frank, Droit international privé, Traité de droit privé suisse, Fribourg 1974 (*cit*é VISCHER, Droit international privé);
- VISCHER Frank, General Course on Private International Law, RCADI 232 (1992 I), p. 9-255 (*cit*é VISCHER, General Course);

- VISCHER Frank, Status und Wirkung aus des Sicht des schweizerischen IPR, in Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, p. 661-690 (*cit*é VISCHER, Status und Wirkung);
- VISCHER Frank, Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz, *RabelsZ* 1989, p. 438-461, (*cit*é VISCHER, Zwingendes Recht);
- VISCHER Frank, Der ordre public im Familienrecht, *REC* 1969, p. 324-334 (*cit*é VISCHER, Der ordre public);
- VISCHER Frank/VON PLANTA Andreas, Internationales Privatrecht, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1982;
- VITTA Edoardo, L'ordre public en matière de divorce et de nullité de mariage dans la jurisprudence italienne, *RCDIP* 1965, p. 267-278;
- VDSEER Nathalie, Die Theorie der "lois d'application immédiate" im Internationalen Privatrecht. Untersuchung zur zwingenden Anwendung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts gemäss Art. 18 IPRG, th. Bâle, Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, vol. 59, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993;
- WALDER Hans Ulrich, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1989;
- WALTER Gerhard, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 1998;
- WALTER Gerhard/BOSCH Wolfgang/BRÖNNIMANN Jürgen, Internationales Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz: Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Berne 1991;
- WATTÉ Nadine, Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé, Bruxelles 1987 (*cit*é WATTÉ, Droits et devoirs);
- WEBER H., Die Lehre vom ordre public international mit Berücksichtigung der schweizerischen Praxis, th., Zurich 1922;
- WEITZ Barbara, Inlandsbeziehung und ordre public in der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht, Schriftenreihe der wissenschaftlichen Gesellschaft für Personenstandswesen und verwandte Gebiete, Francfort-sur-le-Main 1981;
- WENGLER Wilhelm, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12^e éd., t. VI: Internationales Privatrecht, 2 vol., Berlin/New York 1981 (*cit*é WENGLER, RGRK);
- WIETHÖLTER Rudolf, Zur Frage des internationalen ordre public, *BerDGesVölkR* 7 (1967), p. 133 ss;
- WILL Michael R., Les conditions juridiques d'une intervention médicale pour changer de sexe: la situation en droit comparé, in *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam (14-16 avril 1993), Strasbourg 1995, p. 81-108;
- WUPPERMANN Michael, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiete des Familienrechts, Francfort-sur-le-Main 1977;

B. Travaux préparatoires

Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) - Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, *Etudes suisses de droit international*, vol. 13, Zurich 1979 (*cité* Schlussbericht);

Loi fédérale sur le droit international privé, Projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif, *Etudes suisses de droit international*, vol. 12, Zurich 1978 (*cité* Projet LDIP);

Loi fédérale sur le droit international privé, Présentation des réponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la commission d'experts et au rapport, Berne 1980 (dactyl.) (*cité* Consultation);

Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255-501 (*cité* Message);

Nota bene

Les ouvrages indiqués ci-dessus seront cités du seul nom d'auteur figurant en majuscule et de la référence (p. ex. LABRUSSE, p. 82); lorsque plusieurs contributions d'un auteur figurent dans l'appareil de référence, nous indiquerons le nom et un titre abrégé (p. ex. BUCHER, DIP I/2, N° 1). D'autres références moins fréquemment citées figurent dans les notes de bas de page.

Introduction

1. *Un sujet classique.* En 1933, Charles KNAPP affirmait déjà : « si les hommes de science de tous les pays veulent bien reprendre la question avec la volonté de la résoudre, nous sommes persuadés que l'on arrivera à donner à l'ordre public un caractère et des attributs toujours mieux définis »¹. Depuis fort longtemps, notre survol historique (ch. II) en atteste, l'ordre public fait couler des flots d'encre, comme peu de sujets en droit international privé. De nombreux auteurs, stigmatisant de faux problèmes et renversant quelques convictions bien assises, ont tenté d'apporter un regard novateur sur cette notion dont ils ont décortiqué les éléments. Il s'agit d'un sujet classique qui mérite d'être réexaminé périodiquement, tant sous l'angle des méthodes du droit international privé que sous celui de l'évolution des mœurs et des valeurs des sociétés concernées, dès lors qu'il rayonne sur le mécanisme conflictuel et qu'il exerce une influence importante sur la résolution des affaires civiles internationales.

2. *Problématique.* La méthode conflictualiste classique, héritée de SAVIGNY, repose sur le postulat de l'indifférence au résultat et de l'égalité de traitement de la loi étrangère et de la loi du for. Le législateur adopte des règles de conflit désignant, au moyen d'un critère de rattachement, la loi la plus étroitement liée au rapport de base ou celle qu'il juge la mieux adaptée à une situation internationale particulière. Même s'il cherche à garantir une forme de justice conflictuelle en adoptant des règles de conflit proches de la réalité sociale et qu'il s'assure parfois, par leur intermédiaire, du respect du but social de certaines règles du for, le législateur ne peut éviter ce saut dans l'inconnu, ce « *Sprung ins Dunkle* » dont parlait RAAPE², conséquence nécessaire de la désignation d'une règle étrangère par la règle de conflit. Lorsque le résultat auquel conduit l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'un acte étranger heurte les valeurs fondamentales du for ou de l'Etat de la reconnaissance au point de causer un trouble à l'ordre social, l'exception d'ordre public permet au juge et à l'autorité de la reconnaissance de faire obstacle à l'application de ce droit étranger ou à la reconnaissance de cet acte. La réserve d'ordre public et l'ordre public sont deux notions distinctes qui peuvent être définies (ch. I). Il est vain de vouloir circonscrire une fois pour toutes le contenu, relatif et fluctuant, des valeurs essentielles que la réserve d'ordre public protège; il est envisageable d'appivoiser ce « *caméléon* », pour reprendre l'excellente métaphore de B. DUTOIT³, en étudiant la physiologie

¹ KNAPP, p. 1.

² RAAPE, IPR, 4^e éd., p. 87 repris in RAAPE/STURM, t. I, p. 199.

³ DUTOIT, L'ordre public, p. 455 ss.

complexe de sa pigmentation changeante, mais il est impossible de prévoir la couleur qu'il revêtira demain. Manifestant une réaction de défense des valeurs du for à l'encontre d'un élément d'extranéité auquel l'ordre juridique, par le jeu des règles de conflit, serait en principe perméable, la réserve d'ordre public n'apporte pas toujours la réponse idéale à la résolution d'un problème. La fréquence d'intervention de la réserve est parfois révélatrice de l'inadaptation de la règle de conflit à l'évolution de la société; la réserve ne constitue alors qu'un pis-aller transitoire, avant l'adoption de nouvelles règles de conflit ou d'une clause spéciale d'ordre public. Il est cependant essentiel de saisir les mécanismes fondamentaux de la réserve, puisqu'elle sera toujours appelée à intervenir à l'encontre de règles ou d'actes étrangers, à moins d'adopter un système de droit international privé radicalement différent. Quand bien même une certaine dose d'insécurité participe inévitablement de l'indispensable souplesse d'une clause conçue en termes généraux et qui fait appel au pouvoir d'appréciation de l'interprète, il est utile de fixer des règles d'interprétation de la réserve d'ordre public, afin que ce mécanisme correcteur ne soit pas cause d'une insécurité juridique excessive pour les parties à une relation juridique internationale.

3. *Plan de la partie générale.* Après avoir défini la réserve (ch. I), effectué un survol historique (ch. II), brossé un aperçu de droit comparé (ch. III) et énuméré les sources (ch. IV), nous distinguerons la réserve d'autres notions (ch. V), notamment de la clause d'exception, de la fraude et de la problématique de l'application du droit public étranger; nous étudierons les liens qu'entretient la réserve avec le droit impératif, avec les lois d'application nécessaire, l'ordre public formel ainsi qu'avec l'ordre public étranger. Nous traiterons ensuite de l'ordre public dans le mécanisme de la règle de conflit (chap. VI). Nous étudierons enfin la question centrale des théories de l'effet atténué et des liens avec le for (*Binnenbeziehung/Inlandsbeziehung*, ch. VII), avant de passer aux effets de l'intervention de l'ordre public (ch. VIII).

4. *Partie spéciale. a) Méthode.* La partie spéciale est consacrée à l'étude de chapitres choisis du droit des personnes, de la famille et des successions; elle illustre les résultats auxquels nous sommes parvenu dans la partie générale; leur mise en œuvre nous conduira parfois à en poursuivre l'analyse. Nous espérons que cette partie de notre travail présentera quelque utilité pour les praticiens; nous sommes néanmoins conscient que c'est elle qui subira le plus vite les assauts du temps, les valeurs essentielles de l'ordre juridique étant susceptibles de se modifier à moyenne échéance, à la faveur d'une révision législative du droit interne ou, plus simplement, au gré de l'évolution des mentalités. Bien que notre étude ne constitue pas un travail de droit comparé, nous avons décidé d'examiner, lorsque la matière le rendait nécessaire, le droit international privé

d'autres Etats. Les droits allemand et français ont fait l'objet d'une attention particulière. Ces deux Etats sont à l'origine de doctrines importantes, la théorie de l'effet atténué et celle des liens avec le for (*Binnenbeziehung* ou *Inlandsbeziehung*), qui sont fondamentales pour comprendre le mécanisme d'intervention de la réserve. La France et l'Allemagne accueillent une immigration importante en provenance de pays de traditions juridiques différentes, de sorte que l'intervention éventuelle de la réserve d'ordre public est souvent évoquée devant leurs tribunaux; leur jurisprudence et leur doctrine, abondantes et de grande qualité, nous semblent incontournables. Plus ponctuellement, nous avons examiné les solutions retenues par les systèmes de droit international privé d'autres Etats, comme l'Italie et la Grande-Bretagne. Enfin, nous nous sommes efforcé d'exposer notre opinion au sujet de questions particulièrement controversées, en évitant dans toute la mesure du possible de nous replier sur ce positivisme étriqué auquel risque parfois de conduire une codification et contre lequel mettait en garde P. LALIVE⁴.

5. b) *Le droit des personnes, de la famille et des successions, champ d'intervention privilégié de la réserve.* Nous avons choisi d'étudier la réserve d'ordre public en droit international privé des personnes, de la famille et des successions. Il est parfaitement possible d'extrapoler les observations et propositions figurant dans la partie générale de notre étude à l'intervention de la réserve dans d'autres domaines, tels que les droits réels, le droit des obligations ou le droit des sociétés. Si nous avons traité du droit des personnes, du droit de la famille et du droit des successions dans la partie spéciale, c'est parce que ces matières représentent le champ d'intervention privilégié de la réserve d'ordre public. Contrairement au droit des contrats ou au droit commercial, ces règles diffèrent (encore et probablement pour longtemps) très fortement d'un pays ou d'un continent à l'autre, ce qui contribue à produire des conflits apparemment irréductibles dans les relations civiles internationales. Ainsi, certains pays connaissent l'institution du partenariat homosexuel alors que d'autres répriment les relations homosexuelles. De nombreuses législations tolèrent la polygamie et la répudiation, fermement condamnées dans d'autres sociétés. Certains droits connaissent le divorce privé, alors que, pour d'autres, le divorce relève de la compétence exclusive des tribunaux étatiques. Certains Etats jugent essentiel que l'action en recherche de paternité soit ouverte très largement aux enfants, alors que d'autres la prohibent encore. Tel Etat admet et régit la maternité de substitution, interdite ailleurs. Régissant la situation juridique de l'individu et de la cellule de base de la société, ces branches du droit entretiennent des liens étroits, parfois interdépendants, avec les valeurs éthiques fondamentales,

⁴ Pierre LALIVE, Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain, RSDIE 1994, p. 3 ss (6).

qu'elles soient laïques ou religieuses, du système juridique envisagé. Les modèles personnels et familiaux relèvent de traditions solidement ancrées dans le terreau social. Lorsque les individus traversent les frontières, la forte disparité des législations en ce domaine donne évidemment lieu à des conflits de valeurs que la réserve d'ordre public permet de gérer. C'est un lieu commun que de souligner qu'avec le développement des communications, le brassage des populations s'est fortement accentué dans la seconde moitié du XX^e siècle; du fait des vagues d'immigration de populations en quête de refuge ou de meilleures conditions économiques, les différents Etats occidentaux se sont trouvés toujours davantage confrontés à des institutions du droit de la famille et des personnes inconnues de leur système, certaines d'entre elles se révélant particulièrement choquantes dans leur application pratique et heurtant des dogmes bien établis de la morale collective ou du moins majoritaire.

6. c) *Enjeu de l'intervention de la réserve pour les parties.* Les individus sont très directement concernés par l'intervention de la réserve à l'encontre d'un droit ou d'un acte étrangers. Ils en subissent directement les effets, dans leur sphère la plus intime et non seulement dans leur patrimoine; en droit des personnes, de la famille et des successions, il est fondamental de trouver des solutions permettant de sauvegarder les valeurs du for ou de l'Etat de la reconnaissance tout en évitant que la discontinuité, qui caractérise les relations civiles internationales, ne cause une atteinte disproportionnée aux intérêts légitimes des particuliers. En raison de la dureté des conséquences en découlant, un refus de reconnaissance peut se révéler parfois bien plus inacceptable que la reconnaissance d'une institution inconnue du for, qui paraît de prime abord choquante. Nous tenterons de démontrer que la théorie des liens avec le for fournit des solutions très satisfaisantes.

7. d) *Plan de la partie spéciale.* Après une brève introduction (ch. I), nous traiterons de la jouissance (ch. II) et de l'exercice (ch. III) des droits civils ainsi que du nom (ch. IV). Comme pour les autres sujets de la partie spéciale, après avoir examiné, de manière relativement succincte, les cas dans lesquels la réserve peut être appelée à intervenir, nous avons choisi d'aborder, de façon plus détaillée, un sujet qui nous paraissait mériter davantage d'attention, parce qu'il pose des problèmes spécifiques. En droit des personnes, nous traiterons du phénomène du transsexualisme sous l'angle de l'ordre public (ch. V). Nous aborderons ensuite la conclusion du mariage (ch. VI). A l'instar de la répudiation, la polygamie est un sujet classique du droit international privé, en particulier dans la doctrine et la jurisprudence des anciens Etats coloniaux et de tous les pays dans lesquels vit une importante communauté musulmane; depuis la parution de l'étude de P. MERCIER, ces institutions n'ont que peu été

examinées en droit suisse⁵. Nous avons pensé qu'il était utile de les inclure dans notre étude. Nous étudierons la réaction de la réserve à l'encontre du partenariat homosexuel, sujet qui présente la difficulté (ou l'avantage !) d'avoir été encore peu étudié par les auteurs. Nous traiterons rapidement du divorce avant de concentrer notre étude sur les répudiations et les formes privées de dissolution de l'union conjugale (ch. VII). Le chapitre suivant (ch. VIII) sera consacré à la filiation par naissance et à la reconnaissance. Les adoptions internationales et les maternités de substitution constituent deux autres sujets d'actualité que nous souhaitons évoquer (ch. IX). Enfin, le dernier chapitre concerne le droit des successions, et plus spécialement le problème de la réserve héréditaire (ch. X).

⁵ A l'exception d'ALDEEB ABU-SAHLEH (cf. les différentes contributions citées dans la bibliographie).

Partie générale:

La réserve d'ordre public en droit international privé suisse

Chapitre I: Définition de la réserve d'ordre public en droit international privé

8. *Définition proposée.* La réserve d'ordre public peut se définir comme une clause générale du droit international privé constituant un correctif exceptionnel qui permet au juge ou à l'autorité d'évincer une loi étrangère applicable en vertu des règles de conflit de lois ou de refuser de donner effet dans le système considéré à une décision étrangère ou à une situation régulièrement créée à l'étranger, parce que cela engendrerait des résultats extrêmement choquants dans l'Etat dans lequel siège le juge ou l'autorité.

9. *Développement.* Il s'agit d'une clause générale et d'un moyen ultime parce que son intervention n'est pas limitée à un secteur précis du droit international privé et ne vise que les cas les plus graves dans lesquels les principes fondamentaux de l'ordre juridique du for sont gravement heurtés par l'application de la loi, la reconnaissance ou l'exécution de l'acte étranger. Ce moyen n'intervient qu'après l'application des règles de conflit (de lois ou de juridictions) du système considéré. L'application d'un droit étranger à une relation internationale repose sur la présomption qu'un minimum de valeurs sont partagées par les Etats à l'origine des différentes lois entrant en ligne de compte; lorsque cette communauté fait défaut et que la loi étrangère, telle qu'elle est appliquée dans un cas concret par le juge du for, se révèle être en désaccord absolu avec les valeurs essentielles du for, le juge l'évincera⁶. Pareillement, les règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et actes étrangers postulent également cette communauté de droit entre les différents systèmes impliqués, de sorte que la reconnaissance ou l'exécution d'un acte seront refusées lorsqu'elles conduisent à des résultats inconciliables avec certaines valeurs cardinales. La définition de la réserve précitée, proposée par la doctrine moderne⁷, distingue bien l'effet direct et l'effet indirect de l'ordre public. En effet, la réserve joue son rôle à deux stades distincts: elle intervient tantôt à l'encontre du résultat auquel conduit l'application par le juge

⁶ Voir p. ex. LIBCHABER, p. 65: « Ce qui provoque la répulsion du for, c'est la mise en présence d'institutions avec lesquelles il ne se reconnaît aucune communauté de fond et qui en tant que telle le heurtent moins par les choix fondamentaux qu'elles opèrent que par l'impossibilité à y reconnaître un minimum de valeurs partagées ».

⁷ KELLER/SIEHR, § 42 I, p. 536; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 350; SCHWANDER, Einführung AT, N° 472; pour des définitions assez proches: BUCHER, DIP I/2, N° 413; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ss ad art. 17; AUDIT, N° 300, 265.

d'une loi désignée par les règles de conflit du for; il s'agit là de l'effet direct de l'ordre public. Tantôt, la réserve intervient à l'encontre d'un acte étranger dont la reconnaissance ou l'*exequatur* est demandé ou d'une situation régulièrement créée à l'étranger qu'il s'agit de reconnaître dans l'Etat du for. On aura reconnu l'effet indirect. Enfin, cette définition souligne la nécessité d'examiner concrètement le résultat auquel aboutirait l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance de l'acte étranger; ce n'est pas la loi en tant que telle ou le jugement étranger lui-même qui sont jugés, abstraitement, au regard des conceptions fondamentales du for, mais l'application concrète du droit au cas d'espèce qui est soumis au juge et les effets concrets de la reconnaissance dans l'Etat du for d'un jugement ou d'une situation valablement créés à l'étranger⁸.

10. *Distinction entre réserve d'ordre public et ordre public.* Il faut prendre garde de bien distinguer la réserve d'ordre public et l'ordre public. La réserve est le moyen technique permettant de faire intervenir l'ordre public du for dans le mécanisme de la règle de conflit (de lois ou de juridictions), tandis que l'ordre public est une notion matérielle, un ensemble de valeurs. L'ordre public apparaît comme le contenu, tandis que la réserve est le contenant. La doctrine⁹ et la jurisprudence¹⁰ soulignent, de manière presque traditionnelle, l'impossibilité de définir précisément la notion d'ordre public. Cette affirmation est exacte en tant qu'elle se rapporte au contenu de l'ordre public, qui est en constante évolution et ne se laisse dépeindre que provisoirement, d'une manière relative, pour une matière déterminée, au sein d'un ordre juridique particulier et à une époque donnée. L'ordre public est une notion indéterminée quant à son contenu, un « *standard* »¹¹, une « *directive juridique générale* » qui comprend un ensemble de valeurs fondamentales de la société du for¹². Usant du large

⁸ Le principe de l'appréciation concrète sera traité *infra*, N° 215 ss, 223 ss.

⁹ Voir p. ex. KROPHOLLER, § 36 III 1: « *Eine genaue Formulierung des o.p. scheitert schon an seiner erwähnten Relativität* »; VISCHER/VON PLANTA, p. 20-21; KELLER/SIEHR, p. 545; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 5 ad art. 17; OUTOIT, L'ordre public, p. 456 et Commentaire, N° 3 ad art. 17; BUCHER, DIP I/2, N° 420; pour MALAURIE, L'ordre public et le contrat, Reims 1953, p. 3 (cité par ROMAIN, Droits de l'homme, p. 8), « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* ».

¹⁰ P. ex. ATF 64 II 88 (97), *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft et Siemens & Halske AG*; 84 I 119 (122), *Kreissparkasse Waiblingen*; 120 II 155 (168), *Emirats Arabes Unis et consorts*.

¹¹ Voir les importants développements de GOLDSTEIN, Ordre public, p. 23 ss (« *le standard comporte une référence à une normalité extra-juridique* »).

¹² Voir BUCHER, RCADI, p. 25 et DIP I/2, N° 421 (pour cet auteur, l'ordre public comprend les valeurs « *de l'ordre juridique du for* », ce qui est en parfaite harmonie avec sa conception [cf. *infra* N° 132 ss] des règles d'ordre public). Voir la définition in Gérard CORNU (sous la direction de), Vocabulaire juridique, 5^e éd., Paris 1996, V° Ordre public, II: « *Ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (C.civ., a. 6) mais aussi des lois*

pouvoir d'appréciation que la loi lui reconnaît¹³, le juge est investi, par le législateur, de la mission de sauvegarder les valeurs fondamentales de notre ordre juridique dans les relations internationales. L'ordre public se prête parfaitement à une définition, à condition que celle-ci reste très générale; certes, une telle définition fera appel à de nouvelles notions indéterminées. Une définition légale trop précise, tendant à énumérer les cas dans lesquels l'ordre public est heurté, serait rapidement dépassée par la perpétuelle évolution des conceptions sociales et morales du for et serait vouée à l'échec; en outre, il est impossible de dire abstraitement qu'une loi ou un jugement est contraire à l'ordre public. Enfin, il est peu réaliste de prétendre vouloir énumérer de façon exhaustive les cas d'application de la réserve, tant est absolue et imprévisible la diversité des législations susceptibles de heurter les conceptions fondamentales du for. Les clauses spéciales d'ordre public concrétisent certaines valeurs du for dans un domaine particulier. En droit positif, elles sont ponctuelles (art. 61 al. 3, 135 al. 2, 137 al. 2 LDIP) et n'ont pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des matières régies par la loi.

11. *Terminologie.* Le terme « public » est relativement trompeur¹⁴ si on le conçoit dans son acception courante en droit. L'ordre public du droit international privé ne découle pas du droit public et n'a pas pour fonction de défendre la souveraineté du for à l'encontre de lois ou de jugements étrangers; comme nous le verrons, cette terminologie date d'une époque à laquelle la conception territorialiste et les considérations de souveraineté exerçaient une influence décisive sur le système des conflits de lois. En allemand, le terme « *Vorbehaltsklausel* » permet d'éviter toute confusion conceptuelle; en français, on pourrait certes songer à se servir de l'expression « *clause de réserve* »; ces termes, parce qu'ils ne se réfèrent pas à la substance du concept mais à la technique d'éviction, ne sont cependant guère suggestifs et risquent d'entretenir une dangereuse confusion avec la clause d'exception. L'expression d'« *exception d'ordre public* » a le mérite de souligner le caractère exceptionnel

étrangères et des actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction) ». Voir également: Géraldine BELLARD/ Eric RQUIER/ Xiao-Yan WANG, Glossaire de droit international privé, Bruxelles 1992, V° Ordre public: « ensemble de principes, jugés fondamentaux, d'un ordre juridique déterminé, auxquels il n'est pas permis de déroger. (...) 2. Exception d': Mise en œuvre de ces principes qui fait obstacle à l'application d'une norme juridique étrangère jugée incompatible avec l'ordre public ou à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision étrangère contraire à l'ordre public ».

¹³ Les termes « incompatible » (art. 17 LDIP) et « manifestement incompatible » (art. 27 al. 1 LDIP), renvoient à l'art. 4 CC. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, I/1, Einleitung, N° 72 ad art. 4 CC sur les *Kannvorschriften*. Cf. ATF 120 II 155 (168), *Emirats Arabes Unis et consorts*: « (...) d'autant plus qu'elle porte sur une notion juridique indéterminée - l'ordre public - qu'il est difficile de cerner et de définir une fois pour toutes ».

¹⁴ Voir JAYME, *Methoden*, p. 61-63.

de l'intervention de l'ordre public, mais comprend également l'adjectif « public ». Quant à des expressions telles que « *clause de sauvegarde des principes fondamentaux du for* », ou « *réserve de l'ordre social* », elles ont relativement peu de chance de s'imposer dans la pratique, de sorte que nous y renoncerons¹⁵. L'expression française « *ordre public* » est largement consacrée en droit international privé à telle enseigne qu'on peut en lire la traduction littérale dans de nombreuses langues¹⁶ lorsqu'elle n'est pas simplement utilisée en français à l'étranger¹⁷.

12. *Définitions dans les codifications.* La plupart des codifications du droit international privé¹⁸ contiennent une réserve d'ordre public expresse, tout en s'abstenant de définir le contenu de l'ordre public, laissant aux tribunaux et à la doctrine le soin de le concrétiser au gré des cas d'espèce. Ainsi, l'art. 17 LDIP parle de « *résultat incompatible avec l'ordre public suisse* », l'art. 3081 du Code civil du Québec¹⁹, d'incompatibilité avec « *l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales* », l'art. 5 de la loi turque du 20 mai 1982²⁰, d'« *ordre public turc* », le § 7 al. 1 de la loi hongroise du 31 mai 1979, de « *l'ordre public hongrois* »²¹, l'art. 12 § 3 du titre préliminaire du Code civil espagnol, de « *l'ordre public* »²², l'art. 8 lit. a de la loi roumaine, de « *l'ordre public du droit international roumain* »²³, l'art. 16 de la loi italienne du 31 mai 1995 affirme que la loi étrangère n'est pas appliquée si « *ses effets sont contraires à l'ordre public* »²⁴. D'autres lois décrivent sommairement le contenu de l'ordre public, en faisant référence aux valeurs fondamentales, aux principes essentiels de leur ordre juridique: l'art. 142 du code de la famille bulgare fait

¹⁵ LAURENT évitait l'expression d'« *ordre public* », lui préférant « *lois relatives aux droits de la société* » (cité par JAYME, *Methoden*, p. 63, note 151; JAYME/HERTH, François Laurent und das internationale Privatrecht, IPRax 1988, p. 126), expression qui ne rend malheureusement pas compte de la dimension négative de la réserve.

¹⁶ P. ex. en italien: « *ordine pubblico* »; en anglais: « *public policy* »; en allemand: « *öffentliche Ordnung* »; en espagnol: « *orden publico* ».

¹⁷ Cf. p. ex. la note marginale de l'art. 6 EGBGB; la version française a été introduite à l'initiative de la Commission juridique du *Bundestag* (cf. JAYME, *Methoden*, p. 10; BT-Drucks 10/5632, reproduit in JAYME, *Methoden*, p. 73 ss), pour éviter toute confusion avec le concept d'« *öffentliche Ordnung* » utilisé dans d'autres domaines (p. ex. en droit administratif).

¹⁸ Pour une présentation très complète de droit comparé, voir LAGARDE, *Public policy*, p. 5 ss.

¹⁹ Loi du 18 décembre 1991 (codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec), in RCDIP 1992, p. 574 ss.

²⁰ Traduction en français in RCDIP 1983, p. 141.

²¹ Traduction en français in RCDIP 1981, p. 158.

²² Traduction en français in RCDIP 1976, p. 397.

²³ Loi N° 105 du 22 septembre 1992, traduction en français in RCDIP 1994, p. 172.

²⁴ Loi N° 218 du 31 mai 1995, traduction en français in RCDIP 1996, p. 174 ss (177).

mention d'incompatibilité avec les « principes fondamentaux du droit » de ce pays²⁵, l'art. 6 EGBGB, de « wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts », le § 6 de la loi autrichienne, de résultat incompatible avec les « Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung »²⁶. L'art. 22 du Code civil portugais²⁷ se réfère à l'atteinte « aux principes fondamentaux de l'ordre public international de l'Etat portugais ». L'art. 4 de la loi de l'ex-Yougoslavie du 15 juillet 1982 mentionnait les « fondements de l'ordre social fixé par la Constitution de la République »²⁸, le § 4 de la loi de l'ex-RDA, « les principes fondamentaux de l'ordre étatique ou juridique »²⁹. Cette technique n'est pas limitée aux Etats européens: pour ne prendre que ces quelques exemples, que l'on pourrait multiplier, l'art. 10 du Code des personnes et de la famille du Burundi parle de contrariété « à l'ordre public, l'intérêt social ou la morale burundais »³⁰, le projet de la Ligue des Etats arabes d'un code arabe unifié des transactions, de « contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs »³¹; les règles chinoises en

²⁵ Traduction en français in RCDIP 1989, p. 823; même formule dans la loi polonaise de 1965 (RCDIP 1966, p. 323).

²⁶ Traduction en français in RCDIP 1979, p. 176. Voir également l'art. 6 de la loi du 19 septembre 1996 de la Principauté du Liechtenstein (texte in RabelsZ 1997, p. 545; traduction française RCDIP 1997, p. 858): « (...) das mit den Grundwertungen der liechtensteinischen Rechtsordnung unvereinbar ist ».

²⁷ Loi N° 47-344 du 25 novembre 1966, traduction en français in RCDIP 1968, p. 369.

²⁸ Loi du 15 juillet 1982, traduction en français in RCDIP 1983, p. 353; comparer, pour l'ex-URSS, I.S. PERETERSKI/S.B. KRYLOW, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, Berlin 1962, p. 53: « Ein ausländisches Gesetz wird in der UdSSR nicht angewendet, wenn sich seine Anwendung als unvereinbar mit den Grundlagen der politischen und ökonomischen Ordnung der UdSSR erweist ». L'art. 158 de la loi russe du 31 mai 1991 sur les principes de la législation civile (RCDIP 1997, p. 144) précise que le droit étranger n'est pas applicable dans les cas où son application « serait contraire aux principes de l'ordre juridique (ordre public) ». L'alinéa 2 stipule que « le refus d'appliquer le droit étranger ne peut être fondé sur la seule différence des régimes politiques ou économiques de l'Etat étranger ou de l'URSS ». Voir également l'art. 167 du Code russe de la famille du 8 décembre 1995 (RCDIP 1997, p. 148) et l'art. 1228 du projet de Code civil de la Fédération de Russie (IPRax 1998, p. 54).

²⁹ Loi du 5 décembre 1975, traduction française in RCDIP 1977, p. 260.

³⁰ RCDIP 1981, p. 584 (596).

³¹ Art. 89, RCDIP 1984, p. 383, note Sami ALDEEB ABU-SAHLEH (p. 392 sur la situation dans les différents Etats arabes); pour l'Egypte, voir la présentation complète (conflits interpersonnels et internationaux) par ALDEEB, L'impact de la religion, p. 174 ss et 187 ss, citant (p. 189) l'opinion minoritaire de Hamid ZAKI pour qui la loi étrangère ne doit être écartée que si la contradiction avec le droit musulman est criante, blesse le sentiment général et heurte de façon sensible l'ordre social égyptien. Voir également l'art. 27 du Code des transactions civiles des Emirats arabes unis, de décembre 1985, (RCDIP 1986, p. 390) excluant l'application de la loi étrangère lorsqu'elle est « contraire au droit musulman, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », ce qui paraît très large.

appellent aux « *intérêts publics et sociaux de la République populaire de Chine* »³².

13. *Définitions judiciaires.* Certains tribunaux créent des formules, qui sont parfois maintenues de longues années. Comme le relève T. BALLARINO³³, ces formules ont le mérite de souligner que le recours à la réserve doit être exceptionnel, quand bien même leur tendance à la dramatisation pleine d'emphase prête parfois à sourire. Selon le Tribunal fédéral suisse, la réserve d'ordre public intervient lorsque « *le sentiment national du droit est violé d'une manière insupportable* »³⁴, lorsque « *des normes essentielles du droit suisse sont violées* »³⁵, plus récemment, quand l'application du droit étranger « *aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs ou le sentiment du droit dans notre pays* »³⁶, ce qui ne peut être décidé que sur la base des circonstances concrètes du cas particulier³⁷. A l'étranger, les définitions jurisprudentielles de l'ordre public sont très proches de celle-ci. Pour le *Bundesgerichtshof* allemand, il faut examiner si « *das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach inländischer Vorstellung untragbar*

³² Principes généraux du Code civil de la RPC du 12 avril 1986, traduits in RCDIP 1987, p. 465; pour une présentation de la réserve d'ordre public en droit international privé chinois, voir Harro VON SENGGER/Xu GUOJIAN, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China*, 2 vol., Publications ISDC N° 21 et 22, Zurich 1994, t. I, p. 189 ss.

³³ BALLARINO, DIP, p. 293.

³⁴ ATF 64 II 88 (98), *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft et Siemens & Halske AG*: « *Wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde* »; 76 I 121 (129), *Biedermann*; 81 I 139 (145), *D.*; 84 I 39 (50), *Baumgartner & Co AG*; 84 I 119 (122), *Kreissparkasse Waiblingen*; 85 I 39 (47), *Hoepffner*; 90 I 112 (118), *Mekki*: « *(...) heurten, d'une manière intolérable, le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse* »; 93 I 49 (58), *Egetran SA*; 93 II 379 (382), *Rothenberger*; 96 I 396 (397) *H.*; 103 Ia 531 (532), *United Financial Group Inc.*; 107 Ia 198 (199), *Kano Trading Ltd*; 109 Ib 232 (235), *dame B.*; 111 Ia 12 (14), *Beyeler Machines SA*: « *porte atteinte au sentiment suisse de la justice* ».

³⁵ ATF 76 I 121 (129) *Biedermann*; 81 I 139 (145), *D.*; 84 I 119 (122), *Kreissparkasse Waiblingen*; 85 I 39 (47), *Hoepffner*; 93 I 49 (58), *Egetran SA*: « *porte atteinte aux règles fondamentales de l'ordre juridique* »; 93 II 379 (382), *Rothenberger*; 97 I 151 (157), *Müller*; 103 Ia 531 (532), *United Financial Group Inc.*; 107 Ia 198 (199), *Kano Trading Ltd*: « *mit schweizerischer Rechsauffassung gänzlich unvereinbar ist* »; 109 Ib 232 (235), *dame B.*; dans les ATF 84 I 119 (122), *Kreissparkasse Waiblingen* et 93 II 379 (382), *Rothenberger*: « *wenn das schweizerische Rechtsdenken zwingend den Vorrang gegenüber dem anwendbaren (oder angewendeten) ausländischen Recht erheischt* ». Les ATF 111 Ia 12 (14), *Beyeler Machines SA*, 116 II 634 (636), *E. AG* et 119 II 264 (266), *X.* se réfèrent à des « *principes fondamentaux du droit suisse* »: « *wenn sie fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt und daher mit Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist* ».

³⁶ ATF 117 II 494 (501), *C. Inc.*

³⁷ ATF 84 I 119 (122) *Kreissparkasse Waiblingen*.

erscheint »³⁸. En France, la Cour de cassation souligne le caractère absolu des valeurs du for en parlant de « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »³⁹ ou de « conceptions fondamentales du droit français »⁴⁰, alors que la doctrine ajoute les « principes qui constituent les fondements politiques, sociaux de la civilisation française »⁴¹ ou « la sauvegarde de certaines politiques législatives »⁴². Aux Etats-Unis, l'on peut citer la célèbre définition du juge CARDOZO, pour qui le droit étranger doit être évincé s'il « would at least violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep rooted tradition of the common weal »⁴³. Au Royaume-Uni, le juge SCARMAN estimait qu'une cour anglaise devait refuser d'appliquer une loi « which outrages its sense of justice and decency »⁴⁴. En Italie, la Cour de cassation s'est parfois référée aux « principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un certo momento storico »⁴⁵, mais ne s'en tient pas à une formule immuable⁴⁶. Plus

³⁸ BGH, 16 septembre 1993, BGHZ 123, p. 263 (270); BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312 (330); BGHZ, 28 avril 1988, BGHZ 104, p. 240 (243); la formule du BGH était identique sous l'empire de l'ancienne version de l'art. 6 EGBGB, soit l'art. 30 aEGBGB: cf. BGH, 20 juin 1979, BGHZ 75, p. 32 (43); BGH, 17 septembre 1968, BGHZ, 50 p. 370 (376); BGH, 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 123 (130) et BGH, 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 132 (140). Sur l'évolution de cette définition, voir SONNENBERGER, München. Komment., N° 57 ss ad art. 6.

³⁹ Cass. fr., 25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP 1949, p. 89

⁴⁰ Cass. fr., 12 mai 1987, *Weyrich-Laroche*, JDI 1988, p. 101, cité par BUCHER, RCADI, p. 25.

⁴¹ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE/LOUSSOUARN, Droit international privé, 9^e éd., N° 379.

⁴² BATIFFOL/LAGARDE, N° 359; MAYER, N° 200.

⁴³ *Loucks v Standard Oil Company of New York*, 224 NY 99, 111, 120, NE 198, 202 (1918), cité par BUCHER, RCADI, p. 24, MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 35 ad art. 17 et par NORTH/FAWCETT, p. 128. Selon HANOTIAU, Le droit international privé américain, Bruxelles/Paris 1979, p. 314, la définition de CARDOZO fait unanimité (cf. David D. SIEGEL, *Conflicts in a Nutshell*, St.-Paul Minn. 1982, p. 178).

⁴⁴ *Re Fuld's Estate* (No 3), [1965] 3 All ER 776, cité par NORTH/FAWCETT, p. 128. Voir également *Oppenheimer v Cattermole*, [1975] 1 All ER 538: « A law of this sort constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all », cité par DICEY/MORRIS, p. 88. En Belgique, la doctrine cite Cass., 4 mai 1950, *Vigouroux*, JDI 1952, p. 284, affirmant qu'une loi n'est d'ordre public que pour autant que le législateur ait voulu consacrer « un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi », voir également Cass, 27 février 1986, J.T. 1987, p. 52 et la note de Nadine WATTÉ, p. 53.

⁴⁵ Cass. it., 8 janvier 1981, RDIPP 1981, p. 787; voir également Cass. it., 13 janvier 1977, Foro it. 1977 I, p. 604.

⁴⁶ Voir la jurisprudence citée par CAPOTORTI/STARACE *et alii*, La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, Repertorio 1967-1990, Milan 1991, p. 1388 ss et BALLARINO, DIP, p. 292 et 294.

récemment, elle évoquait « *i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento in un determinato momento storico e trovano la loro espressione nei principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati, che impediscono, in caso di contrasto, l'applicazione della legge straniera* »⁴⁷.

14. *Doctrine. Sobriquets.* Peut-être parce qu'elle craint que la réserve de l'ordre public ne se transforme en un doux oreiller de paresse pour certains interprètes redoutant les difficultés inhérentes à l'application d'un droit étranger d'un abord peu aisé et dont ils se méfient parfois, la doctrine n'est pas tendre avec cette notion dont elle se plaît à souligner les contours mal définis. Certains auteurs l'affublent de sobriquets plus ou moins heureux; Ph. FRANCESCOAKIS⁴⁸ a recensé ce « *concours de qualificatifs, imaginé comme pour exorciser la notion* » sous la forme d'une surprenante litanie que la lecture d'auteurs plus récents permet de compléter: l'ordre public serait une « *formule passe-partout* »⁴⁹, une « *louche formule* »⁵⁰ un « *paragraphe de caoutchouc* »⁵¹, « *l'enfant terrible du droit international privé* »⁵², un « *mot servant en cas d'embarras à tenir lieu de raison* »⁵³, le « *coin d'ombre de la science du droit* », un « *rocher de Sisyphe* »⁵⁴, une « *notion sournoise* »⁵⁵, une « *arme dangereuse* »⁵⁶, un « *parachute* »⁵⁷, un « *cheval fougueux* »⁵⁸, une « *guillotine* »⁵⁹ ou une « *valve de sécurité* »⁶⁰. Les jugements les plus sévères se trouvent sous la plume des juristes de la défunte URSS, au temps où prévalait la doctrine communiste: ainsi, I. S. PERETERSKI/S. B. KRYLOW estimaient que la réserve correspondait à la tendance du droit bourgeois à l'époque de l'impérialisme et l'assimilaient à un pur moyen de combat politique (antisoviétique) à disposition du juge⁶¹.

⁴⁷ Cass. it., 10 mars 1995, RDI 1996, p. 1068.

⁴⁸ FRANCESCOAKIS, p. 151.

⁴⁹ KAHN, cité par FRANCESCOAKIS, Travaux du comité, p. 151.

⁵⁰ VAREILLES-SOMMIERES, cité par FRANCESCOAKIS, Travaux du comité, p. 151

⁵¹ WURZEL, cité par FRANCESCOAKIS, Travaux du comité, p. 151

⁵² FRAGISTAS, cité par FRANCESCOAKIS, Travaux du comité, p. 151 et BALLARINO, DIP, p. 289.

⁵³ HOLLEAUX, D. 1961, p. 578.

⁵⁴ KAHN, cité par SCHWANDER, Lois d'application immédiate, p. 35

⁵⁵ KNAPP, p. 1

⁵⁶ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 248 *in fine*.

⁵⁷ MAURY, cité par FRANCESCOAKIS, Travaux du comité, p. 151.

⁵⁸ Le juge anglais BURROUGH, cité par ROMAIN, Droits de l'homme, p. 8.

⁵⁹ DASSER, cité *infra*, N° 850, note 2043.

⁶⁰ BALLARINO, DIP, p. 289.

⁶¹ Voir l'opinion des juristes soviétiques: I. S. PERETERSKI/S. B. KRYLOW, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, Berlin 1962, p. 55-57: « *Die Vorbehaltsklausel ist im bürgerlichen Recht ein politisches Korrektiv, das die allgemeine Kollisionsnorm vom*

15. *Le caméléon*. B. DUTOIT nous semble avoir consacré le meilleur sobriquet, en comparant la réserve à un « caméléon » adaptant sa couleur au gré des changements socioculturels⁶². C'est la tâche de la doctrine d'analyser les mécanismes de l'intervention de cette réserve, d'en contenir l'expansion qui, poussée à son comble par la dérogation presque systématique à l'application de la règle de conflit, risquerait de la vider de sa substance. Il faut à tout prix éviter que cette incursion du droit naturel dans les conflits de lois ne déséquilibre violemment la réglementation des situations internationales. Il ne faut pas pour autant exterminer le caméléon de l'ordre public qui occupe une place indispensable dans cette forme d'écosystème que constitue le droit international privé; il faut l'appivoiser, faire en sorte qu'il n'empiète pas sur la chasse gardée de ses congénères et n'engloutisse pas tout ce qui se trouve à portée de sa langue.

konkreten Inhalt eines bestimmten ausländischen Gesetzes abhängig macht. Zugleich trägt sie in die Anwendung des ausländischen Rechts Unsicherheit und Unbestimmtheit hinein (...). Ein derartiger Grundsatz entspricht voll und ganz den Tendenzen des bürgerlichen Rechts in der Epoche des Imperialismus. (...) Damit wurde dieser Begriff als Mittel des politischen Kampfes gegen die sowjetischen Interessen ausgenutzt (...). Da der Begriff des ordre public nicht im Gesetz fixiert ist, hat der bürgerliche Richter die Möglichkeit, sich hinter diesem Begriff in all den Fällen zu verstecken, in denen er aus politischen Erwägungen diese oder jene Norm des ausländischen Rechts nicht anwenden will ». Ces auteurs réservaient toutefois l'ordre public soviétique, en des termes très larges (cf. *supra*, note 28) !

⁶² DUTOIT, *L'ordre public*, p. 456.

Chapitre II: Survol historique de la notion d'ordre public

1. Généralités

16. *Généralités.* Les moyens techniques permettant d'assurer la défense des valeurs essentielles d'une société et leur mise en œuvre face à une situation d'extranéité sont relatifs, dans le temps et dans l'espace, à l'instar de ces valeurs elles-mêmes⁶³. La problématique découlant de la confrontation des valeurs fondamentales d'une société avec des règles et des décisions étrangères est ancienne. Il nous paraissait intéressant de mettre en lumière la lente évolution du concept d'ordre public en donnant quelques indications sur les principaux courants ayant marqué la doctrine en la matière⁶⁴. Dans les lignes qui suivent, nous n'avons pas toujours pu limiter strictement notre examen à la seule réserve d'ordre public; il était parfois nécessaire à la compréhension de donner un aperçu de la place assignée à ce que nous appelons, dans la terminologie contemporaine, « *l'ordre public positif* », les « *lois d'application immédiate* » ou « *lois d'application nécessaire* »⁶⁵.

2. Emergence de la réserve d'ordre public

17. *Origine de la question.* La question de la réserve d'ordre public s'est posée relativement tard dans le développement du droit. Elle présuppose un système dans lequel la loi étrangère est déclarée applicable à une relation juridique présentant certains éléments d'extranéité. Les recherches effectuées sur les droits de l'Antiquité n'ont jusqu'à présent pas permis de découvrir de mécanismes annonciateurs de la réserve⁶⁶ si tant est que la problématique du droit étranger applicable se soit posée à cette époque⁶⁷.

⁶³ Sur la relativité spatiale et temporelle de l'ordre public, cf. *infra*, N° 253 ss.

⁶⁴ Voir SPICKHOFF, p. 27-60; voir également KNAPP, p. 21 ss; LAGARDE, Public Policy, p. 3-8; GOLDSTEIN, Ordre public, p. 45-48. Pour les lois d'application immédiate, voir SCHWANDER, p. 125 ss.

⁶⁵ Cf. *infra*, N° 126 pour la terminologie.

⁶⁶ Voir les indications de KAUFMANN, Zur Geschichte, p. 68-69.

⁶⁷ Sur les difficultés à connaître le système romain des conflits de lois, cf., entre autres, Gerhard WESENBERG, Zur Frage eines römischen internationalen Privatrechts, Labeo 1957, p. 227-231; Fritz SCHWIND, Internationales Privatrecht und römisches Recht, Labeo 1965, p. 311-315; Werner NIEDERER, Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu, RCDIP 1960, p. 137-150; Antonio GUARINO, Diritto privato romano, Naples 1997, p. 173-174.

18. *ALDRICUS*. Pour le juriste *ALDRICUS* (XII^e siècle), le juge devait appliquer à des personnes provenant de différents systèmes juridiques la coutume « *quae potior et utilior videtur; debet enim iudicare secundum quod melius ei visum fuerit* »⁶⁸. Une telle doctrine pouvait naturellement se passer de la réserve d'ordre public, dès lors que le juge pouvait tenir compte des exigences d'équité du for en choisissant librement le droit applicable⁶⁹.

19. *Développements chez les canonistes*. Un courant de l'école des canonistes proposait d'appliquer la coutume du défendeur, à moins que celle du demandeur se révèle plus favorable au défendeur. En revanche, la coutume du demandeur s'appliquait toujours si elle correspondait davantage à la vérité (!)⁷⁰. Ces auteurs suggéraient donc d'évaluer le contenu de la règle étrangère à l'aune des critères de justice du for. L'institution de la *restitutio in integrum* a pu être utilisée pour évincer la coutume locale du lieu de conclusion d'un contrat, que l'un des cocontractants ne connaissait pas, lorsqu'elle conduisait à une lésion manifeste. Certains y voient les bases du concept de réserve d'ordre public⁷¹, analyse qui n'est pas incontestée⁷².

20. *BARTOLE DE SAXOFERATO*. C'est à *BARTOLE DE SAXOFERATO* (XIV^e) que l'on attribue généralement⁷³ l'une des premières esquisses de la réserve, certes encore bien éloignée de la clause générale qui figure dans les codifications contemporaines. S'agissant des statuts qui régissent les personnes, le juriste distinguait entre les *statuta favorabilia* qui pouvaient avoir des effets extraterritoriaux et les *statuta odiosa* qui n'en avaient pas. *BARTOLE* citait, à titre d'exemple, la « *question anglaise* » : la succession d'un Anglais possédant des biens en Italie est soumise à la loi anglaise; comme celle-ci attribue tous les

⁶⁸ *Dissensiones dominorum*, p. 153, cité par KAUFMANN, *Zur Geschichte*, p. 70 et SPICKHOFF, p. 27; sur *ALDRICUS*, voir notamment GUTZWILLER, *Geschichte*, p. 14 ss et Fritz SCHWIND, *L'influsso di Bartolo sulla evoluzione del diritto internazionale privato*, in *Bartolo da Sassoferrato, studi e documenti per il VI centenario*, 2 vol., Milan 1962, t. I, p. 505 ss (509).

⁶⁹ Cf. SPICKHOFF, p. 27-28, p. 70; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 354.

⁷⁰ HUGUCCIO (XI^e siècle): « *si consuetudo actoris magis videtur consona veritati* », cité par SPICKHOFF, p. 28; KAUFMANN, *Zur Geschichte*, p. 72. Voir en outre SPICKHOFF, p. 29 et KAUFMANN, *Zur Geschichte*, p. 74, au sujet de Johannes FABER qui propose d'examiner si la coutume étrangère, en matière de contrat, représente, au regard du droit romain, une *laesio enormis*.

⁷¹ Karl NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrecht bis Bartolus*, Munich/Berlin/Leipzig 1916, t. II, p. 148.

⁷² SPICKHOFF, p. 29; KAUFMANN, p. 75. S'agit-il plutôt d'un problème de hiérarchie des normes, le droit canon constituant une source supérieure ?

⁷³ Voir cependant les prémices chez Guillaume de CUN présentées par KAUFMANN, *Zur Geschichte*, p. 77 ss (*italis consuetudo est odiosa, ergo restringenda*).

biens à l'ainé, alors que selon le droit commun tous les descendants héritent à parts égales, ce statut est odieux et ne sera pas appliqué en Italie; de même, le statut qui enlève aux filles le droit de succéder ne doit pas s'appliquer aux biens situés en d'autres lieux que la cité dont il émane⁷⁴. Il s'agissait donc d'une catégorie de lois qui ne s'appliquaient pas à l'étranger et non d'une clause de réserve évinçant une loi normalement applicable. A l'époque, la plupart des conflits surgissaient entre les coutumes de provinces d'une même inspiration romaine et chrétienne, de sorte que de tels conflits de valeurs ne se posaient guère, ce qui explique que cette théorie ne se soit pas répandue rapidement⁷⁵.

21. DUMOULIN. Charles DUMOULIN (XVI^e siècle) reprit la théorie des statuts odieux. Dans un passage, que M. GUTZWILLER met en évidence⁷⁶, C. DUMOULIN déclare qu'il existe des statuts qui n'ont pas été adoptés « *in sola ratione conservandorum bonorum sui territorii sed in ratione boni universi et in causa habente concursus iustitiae naturalis vel iuris communis* ». Pour cet auteur, les statuts des pays avec lesquels l'Etat se trouvait en guerre ne devaient pas être appliqués. Comme le relève A. SPICKHOFF⁷⁷, on voit pour la première fois que l'émergence de l'idée de nation contribue à créer un cas d'exclusion de l'application de la loi étrangère fondée sur les intérêts de politique étatique. Certains auteurs français du XVII^e siècle utilisèrent l'expression de « *coutume exorbitante du droit commun* »⁷⁸, catégorie correspondant aux *statuta odiosa* de BARTOLE.

⁷⁴ Voir SPICKHOFF, p. 30; KAUFMANN, *Zur Geschichte*, p. 83; GUTZWILLER, *Geschichte*, p. 36 ss (p. 44 au sujet de BALDE, qui a repris cette distinction); GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, RCADI 29 (1929 IV), p. 291 ss (319-329); Willy ONCLIN, *La doctrine de Bartole sur les conflits de lois et son influence en Belgique*, in Bartolo da Sassoferrato précité (*supra*, note 68), t. II, p. 373 ss.

⁷⁵ Sic BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 354, avec un exemple d'éviction d'une norme étrangère, jugée abusive par la Haute Cour des Pays-Bas (1704), cité par Eduard Maurits MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge*, RCADI 49 (1934 III), p. 547 ss (669).

⁷⁶ GUTZWILLER, *Geschichte*, p. 80, note 25.

⁷⁷ SPICKHOFF, p. 33.

⁷⁸ BOUHIER (Observations sur la coutume de Bourgogne, ch. XXIII, N. 62) distingue les « *lois exorbitantes du droit commun ou manifestement injustes* », voir H. RICHARD, *La place du Président Bouhier dans l'histoire du droit international privé*, *Mémoire de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 32^e fasc. (1973/1974), p. 87 ss (112-117); Philippe de RENUSSON (*extraordinaire, exorbitante du droit commun*) cité par GUTZWILLER, p. 110. Cf. également FROLAND (XVIII^e) cité par GUTZWILLER, p. 240, note 84: « (...) qu'il ne faudra point avoir égard à la stipulation qui est une clause dure, extraordinaire, incivile et par le secours de laquelle on veut donner effet aux dispositions d'une coutume que DU MOULIN et les autres juriconsultes français disent être exorbitante du droit commun ».

22. *MENCKEN*. G. L. *MENCKEN*, auteur allemand du XVIII^e siècle, semblait réserver l'ordre public, en affirmant que la volonté des parties faisait loi, « *ne quid ex publica lege corrumpant* »⁷⁹.

23. *Les premières codifications*. Les premières codifications (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* [1756], *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* [1794] et Code civil français [1804]) s'inspirèrent fortement de la théorie des statuts⁸⁰. C'est la doctrine qui s'est attachée à établir les bases d'un concept d'ordre public moderne dépassant cette conception.

24. *VON WÄCHTER*. Carl Georg von WÄCHTER (1842)⁸¹ estimait que l'application de la loi étrangère pouvait conduire à reconnaître des droits qui heurtaient des principes moraux ou religieux, la conception du droit et de la justice, les exigences de l'ordre public (*Anforderungen der öffentlichen Ordnung*), la sécurité des transactions et le bien-être économique des citoyens. Il donnait pour exemple l'esclavage, le droit à des intérêts usuraires et la reconnaissance des dettes de jeu. Cet auteur n'en a cependant pas conclu à l'existence d'une réserve du droit du for à l'encontre de la loi applicable; il proposait de façonner les règles de conflit de manière à éviter la problématique liée à l'ordre public, ce qu'il prétendait faire en déduisant les règles de conflit du sens et de l'esprit du droit matériel.

25. *STORY et FOELIX*. Jean-Jacques-Gaspard FOELIX (1843)⁸² a diffusé en Europe les idées de l'américain Joseph STORY (1834)⁸³; en matière d'ordre public, FOELIX reprit l'opinion de STORY en affirmant qu'« *aucune nation ne renonce, en faveur des institutions d'une autre, à l'application des principes fondamentaux de son gouvernement; elle ne se laisse pas imposer des doctrines qui, selon sa manière de voir, sous le point de vue moral ou politique, sont incompatibles avec sa propre sécurité, son propre bien-être, ou avec la*

⁷⁹ Cité par GUTZWILLER, *Geschichte*, p. 224.

⁸⁰ SPICKHOFF, p. 35; VON BAR, IPR I, N° 457, 459 et 462; GUTZWILLER, RCADI, t. 29 (1929 IV), p. 336-338; GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 46-47.

⁸¹ Carl Georg von WÄCHTER, *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, AcP 25 (1842) p. 1 ss (6), cité par SPICKHOFF, p. 37 et LAGARDE, *Public Policy*, p. 4. Les dates indiquées en regard des auteurs correspondent à celles de la publication de l'œuvre topique en matière d'ordre public à laquelle se réfère notre texte.

⁸² FOELIX, *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, Paris 1843.

⁸³ Joseph STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston 1834; sur cet auteur, voir notamment, Ernest G. LORENZEN, *A propos du centenaire des Commentaires de Story sur les conflits de lois*, RCDIP 1935, p. 295-318.

conscientieuse observation de ses devoirs ou de la justice »⁸⁴. Cet auteur citait la polygamie et l'inceste, les dispositions contraires à la morale, l'esclavage ainsi que les lois « fondées sur un égoïsme étroit, et consacrant des faveurs ou privilèges au profit de leurs nationaux ».

26. VON SAVIGNY. Friedrich Carl von SAVIGNY (1849) a apporté une contribution fondamentale au développement de la théorie de la réserve d'ordre public. Sans utiliser le concept d'ordre public, SAVIGNY distinguait deux situations dans lesquelles la loi étrangère ne devait pas être appliquée, en dérogation au rattachement désigné par la règle de conflit, elle-même fondée sur le « siège » du rapport juridique. Dans ces cas, il faudrait appliquer la loi du for⁸⁵. Il s'agirait tout d'abord de l'application de certaines règles « *von streng positiver, zwingender Natur* », adoptées dans l'intérêt général et non dans l'intérêt individuel⁸⁶. Toutes les lois impératives (internes) ne seraient pas coercitives au point de faire exception au rattachement. Il conviendrait d'examiner le but poursuivi par le législateur; lorsque l'étude des travaux préparatoires ne permet pas de le découvrir, il y aurait lieu de se référer à la nature de la loi. Les lois absolument coercitives seraient celles qui sont situées hors du pur domaine du droit, de sorte qu'elles n'ont pas été édictées uniquement en vue et à cause des personnes⁸⁷. A titre d'exemple, cet auteur citait les lois portant prohibition de la polygamie ou celles qui restreignaient l'accès à la propriété immobilière pour les Juifs. De telles prohibitions s'appliqueraient à toute personne se trouvant sur le territoire de l'Etat dont émane la législation, mais ne déploieraient pas d'effet à l'extérieur. Le second cas dans lequel le droit étranger ne devrait pas être appliqué serait celui des institutions juridiques inconnues du for, comme l'esclavage et la mort civile⁸⁸. Cette forme d'exclusion correspond à la réserve, sans que le terme n'apparaisse toutefois sous la plume de cet auteur. La proposition de SAVIGNY influencera durablement les conceptions; l'approche dualiste de l'ordre public positif et

⁸⁴ FOELIX, *op. cit.*, p. 19; voir également STORY, *op. cit.*, § 25-26 (et § 328, p. 483 en matière de contrat); sur la précocité de la conception de STORY, voir SPICKHOFF, p. 52-53.

⁸⁵ Friedrich Carl von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Berlin 1849, § 349, p. 32.

⁸⁶ SAVIGNY, *op. cit.*, § 349, p. 33.

⁸⁷ « Eine andere Klasse der absoluten Gesetze dagegen hat ihren Grund und Zweck ausser dem reinen, in seinem abstrakten Dasein aufgefassten, Rechtsgebiet, sodass sie erlassen werden nicht lediglich um der Personen willen, welche die Träger der Rechte sind » (*op. cit.*, p. 35-36).

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 37.

négalif⁸⁹ est un héritage de SAVIGNY. L'un des premiers, il a conçu l'ordre public, dans son effet négatif, comme une exception à la règle de conflit⁹⁰.

27. *MANCINI*. La doctrine de Pasquale Stanislao MANCINI (1874) est plus proche de la théorie des statutistes que de celle de SAVIGNY⁹¹. Selon MANCINI, certaines règles fondamentales du for devraient s'appliquer sur le territoire national pour autant qu'elles expriment l'ordre public du for. L'ordre public est traité comme un facteur de rattachement autonome, sur un plan d'égalité avec la nationalité et l'autonomie de la volonté et non comme une exception au rattachement inscrit dans la règle de conflit. L'application de la loi étrangère est restreinte par l'application du droit territorial de l'ordre juridique du for. La loi étrangère est écartée indépendamment de son contenu, en raison de la force particulière des normes du for⁹². La conception de MANCINI se reflétait dans le texte de l'art. 12 du CCIt. (1865)⁹³.

28. *LAURENT*. François LAURENT (1880)⁹⁴ s'est rallié aux thèses de MANCINI. En matière d'ordre public, il opposait le « *droit social* », d'application territoriale, au droit privé soumis à la loi de la nationalité. Cette

⁸⁹ Voir notamment, sur le plan législatif, les textes, cités par SPICKHOFF, p. 39-40, ayant subi l'influence de la théorie de SAVIGNY: l'art. 19 du BGB de Saxe, le § 35 du projet GEBHARDS, et l'art. 30 aEGBGB.

⁹⁰ Il parle en effet d'exception, par exemple en p. 38: « *Die in den gegenwärtigen Paragraphen abgehandelten Ausnahmen von den sonst geltenden Regeln der Collision (...)* ». Sur l'influence de SAVIGNY, KNAPP, p. 24 et note 33.

⁹¹ SPICKHOFF, p. 47-48; KAHN, p. 161, 164, 194, 225 ss (« *moderne Statutenlehre* »).

⁹² Pour MANCINI, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, Clunet 1874 [vol. 1], p. 221-239, 285-304, (extrait tiré de la p. 297), l'ordre public comprendrait « *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 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, leur refuser tout effet et toute exécution sur son territoire* ».

⁹³ « *Nonostante 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, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* ». LAGARDE, Public Policy, p. 5-6 et note 19, relève qu'une disposition semblable figurait dans le Code civil espagnol de 1888 et dans les codes civils d'Argentine et du Nicaragua.

⁹⁴ Voir KNAPP, p. 37-38.

notion de droit social, dans l'acception particulière que lui donne LAURENT, fut reprise par plusieurs auteurs, avec des nuances⁹⁵.

29. *VON BAR*. Carl Ludwig von BAR (1889) insistait sur le caractère exceptionnel de la réserve, conçue comme un « *Sicherheitsventil* »⁹⁶. Il a le mérite d'avoir proposé la formulation succincte d'une réserve: « *Die Anwendung auswärtigen Rechts ist insoweit ausgeschlossen, als sie dazu dienen würde, im Gebiete des Staates Rechtsverhältnisse zu verwirklichen oder Handlungen und Leistungen zu erzwingen, welche nach der Gesetzgebung des Staates daselbst nicht geduldet beziehungsweise daselbst nicht erzwungen werden sollen* ». ⁹⁷ Cet auteur s'attachait à souligner la nécessité d'apprécier de façon concrète le trouble à l'ordre public⁹⁸. C'est à lui que nous devons une métaphore champêtre destinée à distinguer l'effet direct et l'effet indirect: nous sommes certes en droit de couper les rameaux qui s'avancent sur notre territoire, mais le tronc qui a ses racines à l'étranger est soustrait à notre action. Si le rameau qui s'avance sur notre territoire n'y cause pas de dégâts, il ne faut pas le détruire sous le prétexte que le tronc transplanté sur notre territoire juridique ne pourrait y être toléré⁹⁹. Ainsi, il était d'avis que les autorités ne devaient pas refuser aux enfants légitimes nés à l'étranger de l'une ou l'autre des femmes d'un mari polygame le bénéfice de l'action en pétition d'hérédité pour réclamer une propriété située sur le sol allemand¹⁰⁰.

30. *BUSTAMANTE*. Antonio BUSTAMANTE Y SIRVEN (1893) est l'auteur d'une monographie sur l'ordre public, parue à la Havane¹⁰¹. Il proposait de distinguer les lois d'ordre public interne, applicables aux nationaux seulement, des lois d'ordre public international, s'imposant aux étrangers comme aux nationaux. Les lois d'ordre public international seraient celles qui ont pour objet l'Etat et forment son droit, de sorte qu'en renonçant à les appliquer, on porterait

⁹⁵ Cf. KNAPP, p. 37 ss, pour l'exposé des conceptions de François LAURENT, Pasquale FIORE, Prospero FEDOZZI et Albéric ROLIN.

⁹⁶ Carl Ludwig von BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht*, t. I, Hannover 1889, p. 132, cité par SPICKHOFF, p. 40; voir également KNAPP, p. 26-29.

⁹⁷ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁸ SPICKHOFF, p. 41 qui relève que cet auteur faisait intervenir la réserve de façon très restreinte dans le cadre de la résolution de questions préjudicielles, à moins qu'une relation juridique heurte directement l'ordre public.

⁹⁹ Cité par KNAPP, p. 26-27.

¹⁰⁰ Sur l'influence de VON BAR sur la conception d'autres auteurs, voir KNAPP, p. 28, note 41.

¹⁰¹ Antonio BUSTAMANTE y SIRVEN, *El orden publico*, La Havane 1893; voir KNAPP, p. 44-47.

atteinte aux fondements essentiels de l'Etat. Ces lois impératives et territoriales ne seraient pas exceptionnelles¹⁰².

31. ZITELMANN. Ernst ZITELMANN (1897) diffusa l'expression, promise à un avenir durable, de « *Vorbehaltsklausel* ». Il constatait que la réserve pouvait être examinée sous deux angles, en ce sens qu'elle prescrivait la non-application de la loi étrangère ou exigeait que soit appliquée la loi du for, il s'agirait des deux faces de la même médaille¹⁰³. Il était d'avis que la réserve d'ordre public constituait une règle de conflit, dès lors que son intervention aboutissait à l'application de la loi du for¹⁰⁴. E. ZITELMANN consacra quelques passages à l'interprétation concrète de la réserve et à la relativité de l'ordre public¹⁰⁵; il distinguait enfin les effets directs et indirects de la réserve; dans le premier cas, une violation de l'ordre public pourrait être retenue sans plus ample examen; dans le second, il faudrait procéder à une pesée d'intérêts, en tenant compte du lien des faits avec le for¹⁰⁶. On peut voir dans cette dernière opinion l'émergence de la théorie des liens avec le for (*Inlandsbeziehung*).

32. KAHN. Franz KAHN (1898) a sévèrement critiqué la théorie de l'ordre public, en tant qu'elle était conçue comme une clause d'exception, conception dominante à l'époque¹⁰⁷. L'ordre public serait la partie encore inconnue et inachevée du droit international privé (« *der noch unerkannte und der noch unfertige Teil des internationalen Privatrechts* »)¹⁰⁸. En premier lieu, il

¹⁰² Voir KNAPP, p. 44 ss, sur la méthode énumérative utilisée par cet auteur: selon lui, sont des lois d'ordre public international, les règles de conflit de lois (!), le droit politique, administratif, pénal et de procédure, les lois civiles et commerciales de caractère essentiellement moral (forme du mariage, interdiction du divorce, etc.), les lois civiles et commerciales de caractère essentiellement économique (droit réel immobilier, régimes matrimoniaux etc.), les lois civiles de caractère essentiellement politique et juridique (interdiction de la substitution fidéicommissaire, etc.). Sur l'influence de cette doctrine, voir KNAPP, p. 47, note 58, avec le texte de l'art. 3 du Code Bustamante.

¹⁰³ Ernst ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. 1, Leipzig 1897, p. 321 ss, cité par SPICKHOFF, p. 41.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 332.

¹⁰⁵ SPICKHOFF, p. 42.

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 355 ss, cité par SPICKHOFF, p. 43; ZITELMANN, cité par KNAPP, p. 56, note 69: « *Das kann nur statthaben, 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* ».

¹⁰⁷ Franz KAHN, *Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)*, JherJb 39 (1898), p. 1 ss, également publié in *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München/Leipzig 1928, tome 1, p. 161 ss. Nous suivons la pagination de cette dernière publication.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 251.

n'existerait pas de lois d'ordre public qui seraient absolument contraignantes¹⁰⁹. En second lieu, la réserve ne serait pas un moyen exceptionnel d'évincer la loi étrangère mais interviendrait fréquemment¹¹⁰. Un critère de rattachement définirait le champ d'application de chaque règle matérielle; ce critère pourrait varier en fonction des intérêts poursuivis par la norme. Chaque fois que la réserve interviendrait, il ne s'agirait pas d'une exception au rattachement, mais de l'application d'une règle du for qui contiendrait une nouvelle règle (spéciale) de conflit¹¹¹. Cette situation découlerait du manque de soin du législateur dans le choix des facteurs de rattachement. La doctrine devrait s'attacher à définir ces critères de rattachement subsidiaires qui permettraient à la *lex fori* de s'appliquer dans l'intérêt de l'ordre public même si la règle de conflit ordinaire ne la désignait pas¹¹². Les liens avec le for pourraient justifier une application directe de la loi du for et exclure les conséquences choquantes qu'entraînerait l'application de la loi étrangère.

33. *BARTIN*. Pour Étienne BARTIN (1899), l'ordre public interviendrait lorsque l'Etat du for « ne se reconnaît plus de communauté internationale avec un autre Etat, sur le cas particulier dont le juge doit connaître »¹¹³. E. BARTIN tirait les conséquences d'une idée chère à SAVIGNY, pour qui l'application de la règle étrangère se fonde sur la communauté de civilisation. Le rejet de la loi étrangère contraire à l'ordre public correspondrait « 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 »¹¹⁴. L'ordre public apparaîtrait sous la forme d'une exception; il s'agirait d'une substitution exceptionnelle de la loi du for, intervention motivée par la différence excessive et choquante de l'esprit de la législation désignée par la règle de conflit¹¹⁵.

34. *PILLET*. Antoine PILLET (1890 et 1923) estimait que l'ordre public intervenait toutes les fois qu'il y avait défaut de communauté juridique des législations matérielles. Il distinguait les lois dictées directement par l'intérêt public de celles qui servent les intérêts des particuliers. Les premières, qui sauvegardent les bases de la communauté, seraient des lois d'ordre public, qu'il

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 183.

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 168 ss.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 251.

¹¹² *Op. cit.*, p. 252, cette recherche doit se faire au cas par cas (p. 254).

¹¹³ Étienne BARTIN, *Études de droit international privé*, Paris 1899, p. 234-235, cité par KNAPP, p. 73.

¹¹⁴ BARTIN, *Adoption et transmission héréditaire*, JDI 1932, p. 5 ss (18), cité par KNAPP, p. 73.

¹¹⁵ BARTIN, *Principes*, t. I, p. 268.

qualifiait de lois de garantie sociale¹¹⁶. Il s'agirait de « *celles auxquelles il sera nécessaire d'attribuer ce caractère. (...) il faudra qu'elle[s] soi[en]t indispensable[s] à cet ordre public, que l'absence de [leurs] dispositions ait pour résultat de détruire l'ordre public* »¹¹⁷. Il y aurait lieu de déterminer le but social de ces lois, afin d'en déduire « *la société particulière la plus intéressée à l'observation de sa loi et par suite quelle loi doit être observée* »¹¹⁸. L'ordre public ne serait pas exceptionnel: « *entre la territorialité de certaines lois et la personnalité d'autres lois* », il n'y aurait pas « *une règle et une exception, mais deux règles parallèles ayant également leur origine dans le respect de la souveraineté d'autrui et destinées à s'appliquer côte à côte toutes les fois où elles ne viennent pas se heurter* »¹¹⁹. Enfin, c'est à cet auteur que l'on doit les ébauches de la théorie de l'effet atténué. S'agissant des droits acquis à l'étranger, l'ordre public n'interviendrait pas avec la même amplitude; pour A. PILLET, « *bien des situations qui dans le pays même ne pourraient pas être régulièrement fondées, y sont acceptées lorsqu'elles viennent de l'étranger et peuvent y développer leurs effets, au moins certains d'entre eux* »¹²⁰.

35. WEISS. Au début du siècle, André WEISS (1912) reprit la distinction entre ordre public interne et ordre public international. Il concevait l'ordre public international comme une partie de l'ordre public interne dont il formerait une subdivision¹²¹. L'ordre public international comprendrait le droit public et le droit constitutionnel, les lois sur l'organisation de la propriété foncière, les lois de procédure, les lois pénales et toutes les lois que le juge déclare d'ordre public, après avoir recherché l'intention du législateur. Selon A. WEISS, si le but du législateur était « *de pourvoir à l'intérêt général, ou tout au moins à l'idée parfois erronée que le législateur s'en est faite, sous le rapport économique, moral ou religieux, et que cet intérêt général semble devoir être compromis par l'application d'une législation étrangère, le juge ne doit pas*

¹¹⁶ Antoine PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble et Paris 1890, p. 2, 18, 40; PILLET, JDI 1894, p. 417, 419 ss, 711, 714 ss, cité par SPICKHEDFF, p. 47; PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris et Grenoble 1923, t. I, p. 110 ss.

¹¹⁷ Antoine PILLET, *De l'ordre public en droit international privé*, Grenoble 1890, publié dans les *Mélanges PILLET*, Paris 1929, t. I, p. 407-515, p. 426 cité par KNAPP, p. 69-70. Les lois d'ordre public 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* » (op. cit., p. 429).

¹¹⁸ PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris et Grenoble 1923, t. I, p. 114.

¹¹⁹ PILLET, *Traité pratique*, p. 118; KNAPP, p. 69 note que PILLET avait soutenu l'inverse (caractère exceptionnel de l'ordre public) précédemment (*De l'ordre public*, p. 426).

¹²⁰ PILLET, *Traité pratique*, op. cit., p. 123.

¹²¹ André WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^e éd., 3 vol., Paris 1912, t. III, p. 97; voir KNAPP, p. 36-37.

*hésiter à laisser cette dernière de côté et à trancher par la lex fori le différend dont il est saisi »*¹²².

36. NIBOYET. Il semble que c'est à J.-P. NIBOYET (1928) que l'on doit l'usage de l'expression d'« *exception* » d'ordre public¹²³, formule permettant de marquer le caractère exceptionnel de son intervention¹²⁴.

37. ARMINJON. P. ARMINJON (1929)¹²⁵ proposa la notion de « *rattachement purement national* » recouvrant toutes les exceptions que comportent les règles de rattachement dans chaque système juridique. Cette notion permettrait d'aboutir à une solution juste en apportant un tempérament au jeu des autres règles de rattachement. Les règles de rattachement purement national devraient être recherchées dans la législation ou la coutume du système envisagé. Il baptisa « *règles positives ou de compétence absolue* » les dispositions qui, par l'effet d'un tel rattachement national, s'appliquent en toutes circonstances, à l'exclusion des dispositions que les règles de rattachement proprement dites auraient déclarées applicables.

3. Conclusions

38. *Synthèse*. Il est délicat de broser un tableau de synthèse de l'aperçu historique qui précède. Si les juristes examinent depuis fort longtemps la question délicate de la défense des valeurs d'un ordre juridique à l'encontre du droit et des actes étrangers, ils sont loin d'être parvenus à se mettre d'accord. Nous tenterons¹²⁶ de regrouper les différentes opinions en courants distincts.

39. 1^o *Courant faisant intervenir l'ordre public au stade de la détermination de la lex causae*. Le premier courant propose de tenir compte de l'ordre public au stade de la détermination du droit applicable, par exemple en permettant au juge de choisir le droit qui lui paraît le meilleur, le plus juste. C'est la thèse d'ALDRICUS et de certains canonistes, dont on retrouve une version moderne sous la plume d'auteurs américains contemporains, sous la forme de la théorie

¹²² André WEISS, Manuel de droit international privé, 9^e éd., Paris 1925, p. 395.

¹²³ NIBOYET, Manuel de droit international privé, N^o 443, p. 550. Sur la doctrine de cet auteur, KNAPP, p. 75-76.

¹²⁴ Pour la présentation de la doctrine d'un auteur russe d'avant la Révolution, AI PILENKO, *Očerki po sistematike castnago mezdnarodnago prava*, St-Petersbourg 1911, voir KNAPP, p. 67 ss.

¹²⁵ Voir Pierre ARMINJON, Précis de droit international privé, t. 1, 2^e éd., Paris 1927, p. 190 ss, présentation chez KNAPP, p. 64-66.

¹²⁶ Voir la présentation, un peu différente, de LAGARDE, Public Policy, p. 2 ss.

de la « *better law approach* »¹²⁷. Les théories américaines fondées sur la « *governmental analysis* »¹²⁸ ou le « *comparative impairment* »¹²⁹ appartiennent également à ce courant.

40. 2° *Courant concevant l'ordre public comme un facteur de rattachement.* Les auteurs du deuxième courant considèrent l'ordre public comme un facteur de rattachement autonome (MANCINI, PILLET). L'ordre public prescrit l'application de règles d'essence territoriale.

41. 3° *Courant concevant l'ordre public comme une exception au rattachement.* Le troisième courant que l'on pourrait faire remonter aux *statuta odiosa* de BARTOLE, que l'on doit en France à BARTIN¹³⁰ et à VON BAR¹³¹ en Allemagne, considère l'ordre public comme une exception à la désignation du droit applicable par les règles de conflit.

42. 4° *Conception dualiste.* Le dernier courant est dualiste: il comprend les auteurs qui, depuis SAVIGNY, distinguent, d'une part, les règles (matérielles) d'ordre public du for qui s'imposent quelle que soit la règle de conflit et, d'autre part, la réserve d'ordre public qui évince l'application de règles étrangères désignées par la règle de conflit.

43. *Conception actuellement dominante.* L'aperçu de droit comparé qui suit ces lignes (ch. III) met en lumière, au niveau des Etats, les divergences de conception qui prévalent. Le premier courant a toujours ses défenseurs et a connu un regain d'actualité sous l'impulsion de la doctrine américaine; il est parfois codifié en droit positif¹³². Le deuxième courant est sans doute en nette régression aujourd'hui, en dépit de la grande influence qu'il a eue autrefois dans

¹²⁷ Voir Robert LEFLAR, *Conflicts Law: More on Choice Influencing Considerations*, New York University Law Review 1966, p. 267 ss; voir déjà la « *rule-selection* » de David F. CAVERS, *A Critique of the Choice of Law Problem*, Harvard Law Review 1933, p. 173; *idem*, *Contemporary Conflicts Law in American Perspective*, RCADI, t. 131 (1970 III), p. 75-308.

¹²⁸ Voir Brainerd CURRIE, *Selected Essays on the Conflicts of Laws*, Durham N. C. 1963; Herma Hill KAY, *A defense of Currie's governmental analysis*, RCADI, t. 215 (1989 III), p. 9-204; pour un exposé des tendances actuelles de la doctrine américaine, voir Friedrich K. JUENGER, *The Evolution of American Choice-of-Law Doctrines Since HEINI's « Neuere Strömungen »*, in *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zurich 1995, p. 225-237.

¹²⁹ W. F. BAXTER, *Choice of Law and the Federal System*, Stanford Law Review 1963, p. 1 ss. Pour un exposé de cette théorie, voir notamment GOLDSTEIN, p. 245 ss.

¹³⁰ BARTIN, *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 189-284.

¹³¹ *Op. cit.*, p. 132.

¹³² Cf. *infra*, N° 53 et N° 207 pour la Louisiane.

la doctrine et sur plusieurs codifications. La plupart des lois contemporaines de droit international privé¹³³, en particulier la loi suisse, ainsi que les conventions internationales modernes¹³⁴ s'inspirent largement du troisième courant, en prévoyant exclusivement une clause de réserve négative, ou du quatrième courant, en couplant la réserve négative avec une clause réservant les lois d'application nécessaire du for.

¹³³ Dans l'ordre chronologique, en Europe (cf. BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 354, note 10 et LAGARDE, Public Policy, p. 6-7): Tchécoslovaquie, loi du 4 décembre 1963, art. 36 (RCDIP 1965, p. 614); Pologne, loi du 12 novembre 1965, art. 6 (RCDIP 1966, p. 323); Portugal, Code civil 1966, art. 22 (RCDIP 1968, p. 369); Espagne, 31 mai 1974, art. 12 § 3 (RCDIP 1976, p. 397, 420); Autriche, loi du 15 juin 1978, art. 6 (RCDIP 1979, p. 176); Hongrie, 1^{er} juillet 1979, art. 7 (RCDIP 1981, p. 161); Turquie, loi du 22 mai 1982, art. 5 (RCDIP 1983, p. 141); Ex-Yougoslavie, loi du 15 juillet 1982, art. 4 (RCDIP 1983, p. 453); Bulgarie, Code de la famille 1985, art. 142 (RCDIP 1989, p. 823); Allemagne, EGBG 1986 art. 6; art. 17 LDIP; Italie, loi du 31 mai 1995 (RCDIP 1996, p. 174), art. 16; Royaume-Uni, loi de 1995, art. 14 (3)(i) (RCDIP 1996, p. 377). Pour des références à des dispositions de pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine, voir LAGARDE, Public Policy, p. 7, notes 39-42. Pour la Louisiane, cf. *infra*, N° 207.

¹³⁴ Voir *infra*, N° 69 ss et les références complètes de LAGARDE, Public Policy, p. 7, notes 43-46.

Chapitre III: Aperçu de droit international privé comparé

1. Introduction

44. *Introduction*¹³⁵. La réserve d'ordre public, à l'instar des valeurs qu'elle tend à défendre¹³⁶, est relative dans l'espace. Bien qu'elle fasse un large appel aux apports du droit international privé comparé, la doctrine n'étudie pas partout les mêmes aspects techniques de l'ordre public; il arrive qu'en tenant compte d'objectifs identiques (diminution des situations boiteuses, sécurité juridique, justice matérielle, etc.), les auteurs d'un pays déterminé envisagent sous tel angle une question que les juristes appartenant à un autre système résolvent dans une perspective différente. Enfin, il faut relever que les anciens empires coloniaux sont, aujourd'hui encore, à l'origine des études les plus fouillées et de la jurisprudence la plus abondante dans le domaine de l'ordre public; ces pays, dans lesquels résident de larges communautés d'immigrés en provenance de pays fort éloignés, dont certains ont gardé des liens étroits avec leur ancienne métropole, sont davantage que d'autres confrontés à la problématique du conflit de valeurs.

2. La réserve d'ordre public en droit international privé français

45. *Nature jurisprudentielle*. Comme bien d'autres concepts du droit international privé français, la réserve d'ordre public est une notion jurisprudentielle qui n'est pas exprimée dans une loi.

46. *Jurisprudence et doctrine*. La notion fait l'objet d'une jurisprudence abondante et subtilement nuancée, dans tous les domaines du droit international privé; nous y ferons fréquemment référence dans les chapitres qui suivent, en particulier dans la partie spéciale. Les ouvrages généraux traitent des fondements et des conditions d'intervention de la réserve¹³⁷.

47. *Définition. Contenu*. Selon la Cour de cassation, « les dispositions de la loi étrangère normalement compétente qui sont contraires à la conception française de l'ordre public international ne sauraient avoir d'efficacité en

¹³⁵ Dans cet aperçu, nous nous bornerons à donner quelques indications sur la notion d'ordre public des différents systèmes; nous examinerons ultérieurement plusieurs aspects de la réserve sous l'angle du droit international privé comparé.

¹³⁶ Sur la relativité du contenu de la réserve, cf. *infra*, N° 253 ss.

¹³⁷ Pour des ouvrages récents: AUDIT, N° 300-310; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 354-369; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 248-263 ss; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 583 ss; MAYER, N° 199-213.

France »¹³⁸. S'agissant du contenu de l'ordre public, la Cour s'est référée à des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »¹³⁹. Les auteurs soulignent que la réserve intervient lorsqu'il y a « défaut de communauté juridique », lorsqu'il en va du respect de « principes communs aux nations civilisées, de principes de droit naturel »¹⁴⁰; parfois aussi l'intervention de la réserve est justifiée par « des impératifs nationaux, en particulier dans le domaine économique »¹⁴¹, voire par « la sauvegarde de certaines politiques législatives »¹⁴² ou encore par la non-conformité à un standard de droit comparé¹⁴³.

48. *Questions particulières.* La théorie de l'effet atténué trouve son origine en France. En 1953, distinguant l'effet direct de l'effet indirect, la Cour de cassation affirmait que « la réaction à l'encontre d'une disposition de la loi étrangère contraire à la conception française de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »¹⁴⁴. La théorie est abondamment traitée par les auteurs français, qui s'intéressent également à la théorie de la *Binnenbeziehung*, d'origine allemande et suisse, que certains traduisent par l'expression « d'ordre public de proximité »¹⁴⁵. Les auteurs se penchent également sur les effets de la réserve; ils sont d'avis que la loi évincée est remplacée par la loi française, mais soulignent que cette éviction doit se limiter au strict nécessaire¹⁴⁶.

¹³⁸ Cass. fr., 3 janvier 1980, RCDIP 1980, p. 331.

¹³⁹ Cass. fr., 25 mai 1948, RCDIP 1949, p. 89.

¹⁴⁰ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254, p. 292.

¹⁴¹ LOUSSOUARN/BOUREL, *loc. cit.*

¹⁴² BATIFFOL/LAGARDE, t. I, 7^e éd., N° 359; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254, p. 292; AUDIT, N° 305, pour qui cette forme d'intervention est appelée à se raréfier.

¹⁴³ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, 8^e éd., N° 363, se référant à JAYME, *Methoden*, p. 44 et citant CA Paris, 3 octobre 1984, RCDIP 1985, p. 526.

¹⁴⁴ Cass. fr., 17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP 1953, p. 412.

¹⁴⁵ *Infra*, N° 357-361.

¹⁴⁶ Voir p. ex. Cass. fr., 17 nov. 1964, JCP 1965 II 13978 cité par BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 368 et *infra*, N° 393.

3. La réserve d'ordre public en droit international privé anglais et américain

A. Grande-Bretagne

49. *Absence de codification.* Le *Private international Law Act 1995*. Le droit international privé anglais n'était pas du tout codifié jusqu'à récemment, de sorte que l'on ne s'étonnera pas de ne pas trouver de clause de réserve expresse, mis à part celles résultant de l'incorporation d'une convention internationale dans une loi anglaise¹⁴⁷. Le tout récent *Private international Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*¹⁴⁸ est très sectoriel, puisqu'il ne concerne que le problème des intérêts dus sur les condamnations pécuniaires exprimées en monnaie étrangère, les effets des mariages potentiellement polygamiques et surtout les conflits de lois en matière d'actes illicites. L'art. 14 (3) (a) (ii) de ce texte réserve expressément les principes d'ordre public.

50. *Réserve générale d'ordre public dans la jurisprudence.* Il est néanmoins clairement admis, de façon générale, qu'une cour anglaise « *will not enforce or recognise a right, power, capacity, disability or legal relationship arising under the law of a foreign country, if the enforcement or recognition of such right, power, capacity, disability or legal relationship would be inconsistent with the fundamental public policy of English law* »¹⁴⁹. Comme l'a affirmé le juge GLAISDALE¹⁵⁰, « *there is abundant authority that an English court will decline to recognise or apply what would otherwise be the appropriate foreign rule of law when to do so would be against English public policy* ». Les tribunaux ne connaissent pas de formule type, énoncée fidèlement arrêt après arrêt, ainsi qu'il en va en Allemagne ou en Suisse. L'expression de l'ordre public dépend davantage de l'inspiration des juges statuant sur un cas particulier. Certaines phrases sont restées célèbres: après avoir affirmé qu'une cour anglaise « *will refuse to apply a law which outrages its sense of justice and decency* »¹⁵¹, le juge SCARMAN s'empressait d'ajouter que le tribunal « *before it exercises such power (it) must consider the relevant foreign law as a whole.* » La doctrine anglaise cite fréquemment la formule du juge américain CARDOZO, selon lequel « *the courts are not free to refuse to enforce a foreign*

¹⁴⁷ Cf. *infra*, N° 765 ss sur le *Family Law Act*. (V° reconnaissance de formes particulières de dissolution) ou le *Contracts (applicable law) Act 1990* incorporant la Convention de Rome.

¹⁴⁸ Traduction française in RCDIP 1996, p. 377 ss; A.E. ANTON, Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé, RCDIP 1996, p. 267-275.

¹⁴⁹ DICEY/MORRIS, Rule 2, p. 88. Pour un historique de la notion en *common law* et l'influence de HUBER, voir GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 149 ss.

¹⁵⁰ *Vervaeke v Smith*, [1982] 2 All ER 144.

¹⁵¹ *Re Fuld's Estate* (No 3), [1965] 3 All ER 776.

*right at the pleasure of the judges, to suit the individual notion of expediency or fairness. They do not close their doors unless help would violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal »*¹⁵².

51. *Public policy dans les ouvrages doctrinaux.* La doctrine insiste sur la nécessité de ne pas juger la loi étrangère abstraitement, mais de jauger son application concrète à l'aune de l'ordre public¹⁵³. Le principe vaut également en matière de reconnaissance des jugements étrangers; les auteurs distinguent parfois l'ordre public matériel de l'ordre public procédural¹⁵⁴. Les manuels et traités de droit international privé anglais traitent de la question sous le vocable de « *exclusion of foreign law* » ou de « *public policy* »¹⁵⁵. NORTH/FAWCETT¹⁵⁶ tentent de systématiser la jurisprudence et distinguent quatre situations dans lesquelles l'ordre public est appelé à intervenir; il s'agit de la violation des conceptions fondamentales de la justice anglaise (« *fundamental conceptions of English justice* »), de la violation des conceptions anglaise de la morale (« *English conception of morality* »), de l'atteinte aux intérêts étatiques ou aux relations avec d'autres Etats (« *the interests of the United Kingdom or its good relations with foreign powers* ») et des atteintes à la notion anglaise de la liberté personnelle (« *the English conceptions of human liberty and freedom of action* »).

52. *Importance quantitative et qualitative de cette exception.* DICEY/MORRIS¹⁵⁷ relèvent que la doctrine de la *public policy* a moins d'importance au Royaume-Uni que dans d'autres pays, tels que la France ou l'Allemagne. Cela tiendrait en partie au fait que les cours anglaises appliquent fréquemment la *lex fori*, dans de vastes domaines du droit (divorce, séparation, garde et adoption de mineurs) dans lesquels la réserve d'ordre public pourrait être appelée à intervenir si la règle de conflit désignait un droit étranger. De surcroît, le renvoi conduit fréquemment à la désignation de la loi anglaise; les questions de procédure, et l'on sait combien les tribunaux anglais en ont une conception large, sont toujours soumises à la loi anglaise. Enfin, l'application du droit étranger n'intervient que si l'une des parties l'allègue et en prouve le contenu¹⁵⁸. La pratique des tribunaux anglais, notamment dans le domaine de la

¹⁵² *Loucks v Standard Oil Co of New York*, 224 NY 99 (111) 1918.

¹⁵³ DICEY/MORRIS, p. 90.

¹⁵⁴ DICEY/MORRIS, Rules N° 44 et 45.

¹⁵⁵ Voir p. ex. DICEY/MORRIS, p. 88 ss; COLLIER, p. 331 ss; NORTH/FAWCETT, p. 128 ss.

¹⁵⁶ NORTH/FAWCETT, p. 131 ss.

¹⁵⁷ DICEY/MORRIS, p. 88-89; dans le même sens COLLIER, p. 331; GOLDSTEIN, p. 155.

¹⁵⁸ Voir p. ex. NORTH/FAWCETT, p. 107 et la jurisprudence citée.

reconnaissance des actes étrangers, présente néanmoins un grand intérêt pour le juriste continental¹⁵⁹. La jurisprudence a eu très tôt l'occasion de résoudre les problèmes posés par la confrontation d'un Etat avec des modèles familiaux fortement éloignés de ceux qui prévalent sur son territoire. Elle a souvent su y répondre de manière nuancée et élégante, en particulier dans le domaine de la polygamie et de la répudiation. L'approche du droit international privé anglais est cependant problématique pour l'observateur continental, en raison de l'emprise très relative de la science juridique sur la pratique judiciaire, ce qui n'est du reste pas particulier à cette branche du droit¹⁶⁰.

B. Etats-Unis d'Amérique

53. *Définition, effets. Raisons de l'importance très relative de cette théorie.* La doctrine américaine se réfère fréquemment à l'élégante définition du juge CARDOZO¹⁶¹. La réserve conduira soit au rejet pur et simple de la demande soit à l'application de la loi du for. Dans la pratique, le rôle de la réserve d'ordre public des conflits de lois est encore plus faible aux Etats-Unis qu'en Grande-Bretagne, de sorte que le droit international privé américain ne sera guère utile pour l'analyse de notre système; cela tient d'une part aux raisons évoquées pour la *common law* anglaise, d'autre part, à l'existence des théories modernes implantées dans le *Restatement of Conflicts of laws, Second* qui tendent à faire intervenir les considérations d'ordre public au stade de la désignation du droit applicable déjà, rendant le recours au mécanisme d'éviction de la réserve superflu dans les matières où ces méthodes sont admises¹⁶². Afin de déterminer le droit de l'Etat qui présente « *the most significant relationship* » avec la cause, le § 6 du *Restatement Second* suggère au juge de tenir compte d'un certain nombre de facteurs, au rang desquels figurent « *the relevant policies of the forum* » (lit. b) et « *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue* » (lit. c), ainsi que « *the basic policies underlying the particular field of law* » (lit. e). Comme le souligne B. HANOTIAU¹⁶³, dans la mesure où les règles de conflit sont remplacées par des méthodes fondées sur le *governmental interest*

¹⁵⁹ Pour un bon résumé, voir la casuistique énoncée par DICEY/MORIS, p. 91-95

¹⁶⁰ NORTH/FAWCETT, p. 40: « *Private international law is no more an exact science than is any other part of the law of England; it is not scientifically founded on the reasoning of jurists, but it is beaten out on the anvil of experience* ».

¹⁶¹ Citée *supra*, N° 50. Voir p. ex. BORN, p. 629.

¹⁶² Pour une présentation récente de ces méthodes, voir Friedrich K. JUENGER, *The Evolution of American Choice-of-Law Doctrines since HEINI's « Neuere Strömungen », in Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zurich 1995, p. 225 ss.*

¹⁶³ HANOTIAU, N° 490, citant CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durnam 1963, p. 88: « *Why not summon public policy from the reserves and place it in the front line where it belongs* ».

de CURRIE, sur la *better law rule* ou sur toute autre règle fonctionnelle se fondant sur l'analyse des objectifs législatifs et des valeurs générales des systèmes considérés, l'application de la réserve perd toute raison d'être; il n'est pas nécessaire de réserver les principes fondamentaux du for dans un système qui les prend déjà en compte au stade de la désignation de la loi applicable¹⁶⁴. La pratique démontre que les divers Etats fédérés sont plus ou moins sensibles à ces différentes théories, de sorte que la fréquence du recours à la réserve de l'ordre public ne semble pas être la même d'un Etat à l'autre. L'Etat de la Louisiane est le premier à avoir adopté une codification. Cette loi originale ne contient pas de clause de réserve d'ordre public¹⁶⁵ mais elle prend en compte les intérêts de la loi du for au stade de la désignation du droit applicable. En droit de la famille, peut-être parce qu'elles ne parviennent pas à répondre au besoin accru de sécurité juridique et de prévisibilité des particuliers dans ce domaine¹⁶⁶, ces théories modernes ne semblent pas avoir l'emprise dont elles jouissent dans d'autres matières, comme le droit des *torts*, de sorte que la réserve pourrait théoriquement intervenir; cependant, l'application fréquente de la loi du domicile¹⁶⁷, voire de la *lex fori*, dans ces matières réduit fortement la portée de la réserve. Dans la plupart des cas, la loi d'un Etat des Etats-Unis sera applicable; or il est peu fréquent que l'application de la loi de l'une des entités fédérées heurte les valeurs d'ordre public d'une autre à un point tel que la réserve de celle-ci doive intervenir¹⁶⁸.

54. *Importance en matière de reconnaissance et d'exécution.* Au stade de l'exécution des jugements en revanche, la réserve d'ordre public joue pleinement son rôle, pour autant qu'il s'agisse d'un jugement étranger et non d'un jugement rendu dans un autre Etat des Etats-Unis: en effet, pour ces derniers, l'art. IV § 1 (*Full Faith and Credit Clause*) de la Constitution s'oppose à ce qu'un Etat invoque son ordre public¹⁶⁹. La possibilité pour le juge

¹⁶⁴ Il en va de même des théories présentées par JUENGER, *op. cit.* (policy-selecting rule, fonctionnal approach, etc.).

¹⁶⁵ Cf. *infra*, N° 207.

¹⁶⁶ Pour une critique de ces théories américaines, notamment sous l'angle de la sécurité juridique, voir LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 366 ss. Sur l'incidence limitée de ces théories en droit de la famille, voir Peter M. NORTH, *Development of rules of private international law in the field of family law*, RCADI 166 (1980 I), 9-118, p. 46 ss.

¹⁶⁷ Cf. Friedrich K. JUENGER in David S. CLARK/Tugrul ANSAY, *Introduction to the Law of the United States*, Deventer Boston 1992, p. 431.

¹⁶⁸ Alain A. LEVASSEUR (sous la direction de), *Droit des Etats-Unis*, 2^e éd., Paris 1994, N° 692.

¹⁶⁹ Cf. le § 117 du *Restatement 2nd Conflicts of laws*: « A valid judgement rendered in one State of the U.S. will be recognized and enforced in a sister State even though the strong public policy of the latter State would have precluded recovery in its courts on the original

d'opposer l'ordre public de l'Etat auquel il appartient au jugement étranger qui lui est soumis apparaît dans la jurisprudence¹⁷⁰ et est inscrite au § 4 de la loi-modèle sur la reconnaissance des jugements pécuniaires (*Uniform Foreign Money Judgements Recognition Act*), qui distingue entre l'ordre public matériel et formel¹⁷¹.

4. La réserve d'ordre public en droit international privé allemand

55. *Source légale.* L'art. 6 EGBGB, dont la marginale est intitulée « *Öffentliche Ordnung (ordre public)* », affirme le principe de l'éviction de la loi étrangère en cas de contradiction manifeste du résultat de son application avec des principes essentiels du droit allemand. La seconde phrase de ce texte précise que l'éviction a lieu en particulier lorsque l'application de la règle étrangère est incompatible avec les droits fondamentaux¹⁷². La référence expresse aux droits fondamentaux découle de la célèbre décision du Tribunal constitutionnel allemand du 4 mai 1971 (*Spanierfall*), sur laquelle nous reviendrons¹⁷³. La loi allemande contient une disposition expresse régissant les lois d'application nécessaire (art. 34 EGBGB), dont la doctrine traite sous les termes de « *Sonderanknüpfung* » ou d'« *Eingriffsnormen* ». Dans le domaine de la reconnaissance enfin, l'Allemagne connaît une réserve expresse, incorporée au § 328 al. 1 ch. 4 ZPO, disposition qui vaut également en matière d'exécution (§ 723 al. 2 ZPO).

claim »; cf. BORN, p. 937; Robert PERRET, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers aux Etats-Unis*, th. Lausanne 1950, p. 54.

¹⁷⁰ Voir notamment BORN, p. 974 et les arrêts cités.

¹⁷¹ § 4 (b) (3): « *A foreign judgement is not conclusive if the cause of action on which the judgement is based is repugnant to the public policy of this state* »; § 4 (b) (2) « *if the judgment is obtained by fraud* », textes cités par Rolf A. SCHÜTZE, *Deutsch-amerikanische Urteilsanerkennung*, Berlin/New-York 1992, p. 200 ss. Même distinction dans le *Restatement 3d Foreign Relations* extraits reproduits in SCHÜTZE, (*op. cit.*, p. 200 ss), art. 482 al. 2 lit. c et d.

¹⁷² « *Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist* ». Avant la réunification, la RDA connaissait également une clause expresse (§ 4 de la *Rechtsanwendungsgesetz der DDR*, excluant l'application du droit étranger « *wenn seine Anwendung mit den Grundprinzipien der Staats- und Rechtsordnung der DDR unvereinbar ist* »).

¹⁷³ BVerfG, 4 mai 1971, BVerfGE 31, p. 58 ss (cf. *infra*, N° 349).

56. *Définition jurisprudentielle.* S'il diffère de la formulation de l'ancien art. 30 EGBGB qui se référait aux bonnes mœurs et au but d'une loi allemande¹⁷⁴, le texte de l'art. 6 EGBGB reprend la substance de la jurisprudence du Tribunal fédéral allemand. Depuis la fin des années soixante, le *Bundesgerichtshof* affirme que l'application d'un droit étranger est exclue lorsque le résultat auquel il conduit, dans le cas d'espèce, est en si grande contradiction avec les principes fondamentaux du droit allemand et les valeurs éthiques qui le sous-tendent, qu'il en devient insupportable¹⁷⁵.

57. *Importance de la réserve.* Le système de droit international privé allemand aboutit fréquemment à la désignation d'un droit étranger. L'Allemagne est en outre un pays qui connaît une importante immigration en provenance de pays extra-européens. En juxtaposant ces deux observations, on comprendra sans peine que le champ d'intervention potentiel de la réserve est relativement étendu. La jurisprudence des tribunaux allemands est très riche et apporte de nombreuses solutions originales dont nous pourrions nous inspirer.

58. *La doctrine.* Les auteurs des divers commentaires et manuels de droit international privé allemand examinent de façon fouillée la problématique de la réserve¹⁷⁶, sans omettre de donner un large panorama de la pratique, les auteurs manifestent une prédilection pour l'examen des problèmes théoriques, tels que les rapports entre la réserve et les droits fondamentaux, l'ordre public « véritablement international » et l'ordre public européen. La réserve a fait l'objet de nombreuses monographies¹⁷⁷. L'importante théorie de l'*Inlands-*

¹⁷⁴ Art. 30 aEGBGB: « Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde ».

¹⁷⁵ Voir p. ex. BGH 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 123 (130): « Vielmehr ist entscheidend, ob im Einzelfall das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in einem so schwerwiegenden Widerspruch steht, dass seine Anwendung für untragbar angesehen werden muss » et les arrêts cités *supra*, N° 13.

¹⁷⁶ Voir p. ex. FIRSCHING/VON HOFFMANN, p. 238-245; FRANKENSTEIN, t. I, p. 180 ss; KEGEL, § 16, p. 372 ss; KROPHOLLER, § 36, p. 221 ss; LÜDERITZ, N° 202 ss, p. 91 ss; NEUHAUS, p. 256 ss; RAAPE/STURM, § 13, p. 194 ss; SONNENBERGER, München. Komment., ad art. 6 EGBGB, t. I, § 7 V, p. 540 ss. Au sujet du § 328 ZPO: HARTMANN in BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, 50^e éd., Munich 1992, GEIMER in ZÖLLER ZPO, Cologne 1990, SCHUMANN in STEIN-JONAS, Kommentar ZPO, 20^e éd., Tübingen 1989 et GOTTWALD in München. Komment., München 1992, tous au N° 1ss ad § 328 ZPO.

¹⁷⁷ Voir surtout SPICKHOFF, Der Ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung - Struktur - Konkretisierung, Neuwied et Francfort, 1989. Voir également: Axel EPE, Die Funktion des Ordre public im deutschen IPR, th., Tübingen 1979; Eric JAYME, Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht, Heidelberg 1989; Helmut

beziehung nous vient d'Allemagne; la jurisprudence offre évidemment une multitude d'arrêts qui en dépeignent le fonctionnement. S'agissant des effets de l'intervention de la réserve, c'est en Allemagne qu'ont été développées diverses alternatives à l'application exclusive de la *lex fori*.

5. La réserve d'ordre public en droit international privé italien

59. *Consécration de la réserve dans la loi de réforme.* L'exception d'ordre public a toujours fait partie du système italien des conflits de lois ainsi que le souligne A. GIARDINA¹⁷⁸; elle constituait même l'un des trois piliers de la construction de MANCINI, avec le principe de la nationalité et de l'autonomie de la volonté des parties. Sous l'ancien droit, la réserve était rattachée à l'art. 31 du Titre préliminaire du Code civil; elle est dorénavant inscrite à l'art. 16 de la récente codification italienne, alors que les lois d'application nécessaire font l'objet de l'art. 17¹⁷⁹. L'art. 16 de la loi dispose que la loi étrangère n'est pas appliquée si ses effets sont contraires à l'ordre public. Lorsque tel est le cas, « *s'applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. A défaut, la loi italienne s'applique* » (art. 16 al. 2). L'art. 16 constitue l'un des rares textes légaux prescrivant expressément une autre solution que l'application de la *lex fori* en cas d'intervention de la réserve. La jurisprudence à venir permettra de jauger cette solution à l'aune de la pratique¹⁸⁰. La loi n'a pas repris l'adverbe « *manifestement* » qui figurait dans l'Avant-projet de la Commission

MEISE, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht, th. Hambourg 1965, Hambourg 1966; Dieter SCHÜTZ, Der internationale Ordre public. Der Anschluss völkerrechtswidrigen Rechts im IPR der Bundesrepublik Deutschland, Francfort-sur-le-Main/Berne, etc. 1984; Siegfried SCHWUNG, Die Rechtsfolgen aus der Anwendung der ordre-public-Klausel im Internationalen Privatrecht, th. Mainz 1983, Mainz 1983; Michaël WUPPERMANN, Die deutsche Rechtsprechung zum Vorbehalt des ordre public im IPR seit 1945 vornehmlich auf dem Gebiet des Familienrechts, Francfort-sur-le-Main 1977; Barbara WEITZ, Inlandsbeziehung und ordre public in der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht, Francfort-sur-le-Main 1981; voir les bibliographies très complètes de SPICKHOFF, p. 293 ss et SONNENBERGER, München. Komment., p. 404-405.

¹⁷⁸ Andrea GIARDINA, Les caractères généraux de la réforme, RCDIP 1996, p. 1-19 (14).

¹⁷⁹ Loi N° 218 du 31 mai 1995, traduite en français in RCDIP 1996, p. 174 ss et en allemand in RSDIE 1996, p. 279; sur cette loi, voir les contributions de GIARDINA, BALLARINO, POCAR et STARACE, RCDIP 1996, p. 1-82; Gerardo BROGGINI, La nouvelle loi italienne de droit international privé, RSDIE 1996, p. 1-41, BALLARINO, DIP, *passim*; Vincenzo FRANCESCHELLI, Il nuovo diritto internazionale privato, Milan 1995.

¹⁸⁰ Voir les critiques de BROGGINI, *op. cit.* (note 179), p. 19 « *il est facile d'être prophète en prévoyant que cette voie ne sera jamais pratiquée* »; plus mesuré, BALLARINO, DIP, p. 297, se référant à la fonction dissuasive de ce texte contre un recours excessif à l'ordre public dans le seul but d'appliquer la loi du for.

ministérielle dans le but de souligner la nécessité d'appliquer la réserve de manière restrictive¹⁸¹. L'art. 64 lit. g de la nouvelle loi dispose que la décision étrangère est reconnue lorsque ses dispositions ne produisent pas d'effets contraires à l'ordre public¹⁸².

60. *La réserve dans la jurisprudence.* La Cour de cassation a utilisé plusieurs formules, relativement originales, pour définir la réserve d'ordre public; elle se réfère aux « *principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionali* »¹⁸³ ou évoque « *i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento in un determinato momento storico e trovano la loro espressione nei principi costituzionali e in quelli contenuti nelle convenzioni o nelle dichiarazioni internazionali comuni a tutti gli Stati, che impediscono, in caso di contrasto, l'applicazione della legge straniera* »¹⁸⁴. L'examen de la jurisprudence italienne, en certains domaines, n'est pas dépourvue d'intérêt pour l'interprète suisse¹⁸⁵. Nous y reviendrons à quelques reprises dans notre travail.

61. *Doctrine.* La réserve constitue un sujet classique du droit international privé italien; les commentaires et manuels ne manquent pas d'y consacrer quelques développements¹⁸⁶.

¹⁸¹ GIARDINA, *op. cit.* (*supra*, note 178), p. 14, note 29.

¹⁸² Sur l'entrée en vigueur, reportée dans un premier temps (BALLARINO, DIP, p. 164-165), du titre IV de la loi, au sein duquel figure cette disposition, voir Andrea BONOMI, Le nouveau système de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en Italie, RCDIP 1997, p. 372 ss (p. 372, note 2).

¹⁸³ Cass. it., 13 janvier 1977, Foro it. 1977 I, p. 604.

¹⁸⁴ Cass. it., 10 mars 1995, RDI 1996, p. 1068.

¹⁸⁵ Voir l'exposé in F. CAPOTORTI/V. STARACE (édit.), La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, Repertorio 1967-1990, Milan 1991, p. 1388 ss.

¹⁸⁶ Voir p. ex. l'ouvrage de BADIALLI; BALLARINO, DIP, p. 288-297; P. ZICCARDI, Ordine Pubblico e convenzioni internazionali nel riconoscimento di atti stranieri di adozione di minori, RDIPP 1995, p. 5 ss; VITTA, Corso di diritto internazionale privato e processuale, 2^e éd., Turin 1983, p. 157 ss; Paolo MENGOZZI, Diritto internazionale privato italiano, Turin 1983, p. 65 ss.

Chapitre IV: Sources de la réserve d'ordre public en droit suisse

1. Introduction

62. *Introduction.* La réserve d'ordre public des conflits de lois tire sa source de diverses conventions internationales signées par la Suisse, ainsi que dans la LDIP qui contient une disposition générale (art. 17 LDIP). Il est logique que seules les conventions portant sur l'unification des règles de conflit de lois contiennent une telle réserve et non les conventions réalisant une unification partielle du droit matériel¹⁸⁷. Dans le domaine de l'effet indirect, la réserve négative figure dans les conventions unilatérales ou multilatérales sur la reconnaissance et l'exécution des décisions; la LDIP contient également une disposition expresse (art. 27 al. 1 LDIP). En outre, tant la loi que les conventions contiennent quelques dispositions spéciales qui concrétisent des exigences liées à l'ordre public. Précisons enfin que nous ne traiterons ici que de l'ordre public matériel et non de l'ordre public formel ou procédural (art. 27 al. 2 LDIP)¹⁸⁸.

2. Sources internes

63. *Art. 17 et 27 LDIP. L'adverbe « manifestement ».* Alors que, s'agissant du droit applicable, l'art. 17 LDIP vise le « *résultat incompatible avec l'ordre public suisse* », l'art. 27 al. 1 LDIP dispose que la « *reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse* ». L'emploi de l'adverbe « *manifestement* » à l'art. 27 al. 1 LDIP est-il destiné à souligner la nécessité d'appliquer de manière encore plus restrictive la réserve en matière de reconnaissance et d'exécution, conformément à la théorie de l'effet atténué ? Le rapport explicatif¹⁸⁹ de la Commission d'experts et le Message du Conseil fédéral faisaient certes expressément référence à cette théorie importante; cependant ni le texte de l'avant-projet (art. 17 al. 1 et 25 al. 1 lit. a AP) ni celui du projet (art. 16 et 25 P) n'exprimaient la distinction aussi clairement que le

¹⁸⁷ Une telle convention faisant partie intégrante de l'ordre juridique du for, il est inconcevable que les valeurs de cet Etat s'opposent à son application. En revanche, il est possible qu'un tribunal suisse refuse d'appliquer une règle, désignée par les règles de conflit du for, tirée d'une convention portant unification du droit matériel que la Suisse n'a pas signée.

¹⁸⁸ Sur l'ordre public formel, cf. *infra*, N° 144-173.

¹⁸⁹ Rapport explicatif de la commission d'experts, p. 267: « *La contradiction avec l'ordre public suisse doit donc être soupesée au gré des situations; c'est l'ordre public atténué de la reconnaissance* »; Message LDIP, ch. 217.3.

texte finalement adopté: dans l'avant-projet et le projet, l'adverbe « *manifestement* » figurait tant en matière d'application du droit étranger que dans le domaine de la reconnaissance, afin de souligner la nécessité, toute générale, d'une application mesurée de la réserve¹⁹⁰. Les Chambres fédérales décidèrent de supprimer l'adverbe dans la disposition concernant les conflits de lois tout en le maintenant à l'article traitant de reconnaissance et d'exécution, dans le but d'ancrer dans la loi la théorie de l'effet atténué de l'ordre public¹⁹¹.

64. *Appréciation de cette formulation.* Comme le relève A. BUCHER¹⁹², cette terminologie peut prêter à confusion dès lors que les clauses d'ordre public des Conventions de La Haye modernes contiennent l'adverbe « *manifestement* ». Ce terme, utilisé depuis la sixième session de la Conférence (1928)¹⁹³, n'exprime pas l'effet atténué de l'ordre public, puisqu'on le trouve également dans les clauses contenues dans les conventions qui unifient les règles de conflit de lois. L'adverbe tend à marquer la nécessité de manier de façon extrêmement restrictive la réserve d'ordre public, son rôle perturbateur pouvant ruiner les efforts des signataires de la convention, si elle était appliquée trop largement¹⁹⁴. En supprimant l'adverbe à l'art. 17 LDIP, le législateur n'avait pas l'intention de donner à l'ordre public suisse des conflits de lois un caractère plus marqué, plus interventionniste que celui des clauses d'ordre public de ces instruments internationaux. Il a voulu souligner l'atténuation de la réaction de l'ordre public dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution. La formulation des art. 17 et 27 al. 1 LDIP constitue une tentative originale, partiellement réussie, d'ancrer une théorie doctrinale et jurisprudentielle relativement importante dans un texte légal. Peut-être le législateur a-t-il voulu renouer avec le vœu d'Eugen HUBER de rédiger des textes abordables et compréhensibles pour les justiciables ?¹⁹⁵ Cette démarche s'apparente à celle qu'ont suivie les auteurs de la nouvelle Constitution fédérale (1999): celle-ci contient un article rédigé en

¹⁹⁰ Rapport explicatif de la commission d'experts, p. 267: « *en tant que clause exceptannelle, elle doit être interprétée de façon restrictive, ce que rendent les mots « manifestement incompatibles»* »; cf. également Message LDIP, ch. 214.52.

¹⁹¹ BOCE 1985, p. 137 (JAGMETTI rapporteur), adopté sans discussion BOCN 1986, p. 1209.

¹⁹² BUCHER, DIP I/2, N° 467.

¹⁹³ Cf. MOSCONI, p. 47.

¹⁹⁴ Cf. BUCHER, DIP I/2, N° 467 et 590; Actes de la 8^e Session (1956), t. I, La Haye 1957, p. 15: « *L'intervention de l'ordre public devra être reléguée au domaine des exceptions, à savoir aux cas imprévus et irraisonnablement pénibles* ».

¹⁹⁵ Cf. Eugen HUBER (Erläuterungen I, p. 2): « *Das Gesetz muss aus den Gedanken des Volkes heraus gesprochen sein. Der verständige Mann, der es liest, der über die Zeit und ihre Bedürfnisse nachgedacht hat, muss die Empfindung haben, das Gesetz sei ihm vom Herzen gesprochen* »; voir LIVER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Allgemeine Einleitung, N° 116 ss).

termes simples et clairs, précisant à quelles conditions les droits fondamentaux peuvent être restreints (art. 36)¹⁹⁶. La disposition ne reproduit pas les détails d'une jurisprudence foisonnante et complexe, mais elle devrait permettre aux citoyens de prendre conscience des restrictions apportées à des droits dont la formulation était jusqu'ici trop absolue. De la même manière, le législateur a astucieusement fait allusion à la théorie de l'effet atténué en jouant sur un adverbe. Comme pour le texte constitutionnel précité, cette formulation n'explique pas tout, mais pourrait avoir quelques vertus pédagogiques. Nous observerons que la théorie de la *Binnenbeziehung* est aussi importante, si ce n'est davantage, que celle de l'effet atténué pour saisir l'intensité de la réaction de l'ordre public du for¹⁹⁷. Poussant plus loin son raisonnement, le législateur aurait également pu tenter d'esquisser la théorie des liens avec le for de façon expresse¹⁹⁸.

65. *Existence de la réserve en l'absence de consécration légale. Situation antérieure à la LDIP. Existence d'une coutume ?* La réserve d'ordre public, dans sa fonction négative, existe même en l'absence de loi au sens formel. Elle représente le « pendant implicite de l'ouverture libérale sur le monde que présuppose la méthode bilatéraliste »¹⁹⁹. La LRDC ne contenait pas de disposition à ce sujet. A l'instar d'autres pays n'ayant pas de règle expresse, comme la France, la doctrine et la jurisprudence s'étaient attachées à définir la notion et à en tracer les contours²⁰⁰. Faut-il en déduire l'existence d'une coutume sur ce point, comme le fait I. SCHWANDER²⁰¹ ? La discussion a perdu de son actualité depuis l'entrée en vigueur des art. 17 et 27 LDIP; pour notre part, nous ne pensons pas qu'une règle coutumière ait pu émerger avant l'entrée en vigueur de la loi. L'existence d'une *opinio necessitatis* nous paraît relativement douteuse, les justiciables n'étant que rarement conscients des mécanismes auxquels font appel les règles de conflit. Nous estimons que c'est la nature même du système des règles de conflit qui suppose l'existence d'une clause d'éviction permettant d'éviter que le « *Sprung ins Dunkle* » ne conduise à un résultat concret heurtant profondément certains principes fondamentaux de la société du for. Il s'agit d'une règle de nature technique nécessaire à la mise en

¹⁹⁶ Cf. Exposé des motifs du projet de Constitution, Berne 1995, p. 65 ss; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss (195 ss).

¹⁹⁷ *Infra*, N° 328 ss, 378 ss.

¹⁹⁸ Par exemple en ajoutant un art. 17 al. 3 LDIP « Le juge prendra en compte l'intensité des liens que la cause présente avec le for et l'importance des principes d'ordre public concernés » et en précisant à l'art. 27 « L'art. 17 al. 3 LDIP s'applique par analogie ».

¹⁹⁹ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 356; dans le même sens, VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 17 LDIP: « *Trotzdem kommt keine IPR-Ordnung ohne den ordre-public-Vorbehalt aus* ».

²⁰⁰ Voir p. ex. VISCHER, Droit international privé, p. 23 ss.

²⁰¹ SCHWANDER, Einführung AT, N° 91 et 472.

œuvre des règles de conflit²⁰². Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, ce problème ne se pose plus que pour les relations régies par les rares textes conventionnels ne contenant pas de réserve expresse. Lorsque la relation est régie par la LDIP, aucune règle coutumière ne peut se former puisqu'il s'agit d'une source subsidiaire, qui n'intervient qu'en présence d'une lacune proprement dite de la loi²⁰³.

66. *Champ d'application des art. 17 et 27 LDIP.* La réserve de l'art. 17 LDIP pourra déployer son effet d'éviction de la *lex causae* désignée par les règles de chacun des chapitres de la partie spéciale de la loi. La réserve d'ordre public de l'art. 27 al. 1 LDIP constitue une norme générale à laquelle renvoient plusieurs dispositions spéciales; la réserve peut intervenir en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements et décisions, de transactions judiciaires (art. 30 LDIP), d'actes de la juridiction gracieuse (art. 31), de transcription d'actes de l'état civil (art. 32 al. 2 LDIP), de reconnaissance de faillites et de concordats étrangers (art. 166 al. 1 lit. b LDIP).

67. *Art. 194 et 190 LDIP.* Pour les sentences arbitrales, l'art. 194 LDIP universalise la Convention de New York, de sorte que la réserve inscrite dans ce texte (art. V ch. 2 lit. b) s'appliquera à l'exclusion de l'art. 27 LDIP. L'art. 190 al. 2 lit. e LDIP fait de la violation de l'ordre public un motif d'annulation d'une sentence arbitrale prononcée en Suisse.

68. *Réserves spéciales d'ordre public.* A côté de la réserve générale d'ordre public, le législateur suisse, à l'instar d'autres législateurs²⁰⁴, a fait ponctuellement usage du procédé des réserves spéciales d'ordre public; il s'agit de dispositions qui concrétisent un principe d'ordre public sous la forme d'une règle matérielle de droit international privé; ces clauses définissent le « *seuil de tolérance* » de l'ordre public du for dans une matière déterminée et, parfois, l'intensité relative²⁰⁵ que la cause doit entretenir avec le for pour que l'ordre

²⁰² Dans ce sens, KELLER/SIEHR, p. 536; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 356. Pour prendre un autre exemple, le Tribunal fédéral n'a pas attendu l'adoption de l'art. 15 LDIP pour déroger à une règle de conflit lorsque les relations de la cause avec le droit désigné sont trop ténues: voir p. ex. en matière de contrat de prêt l'ATF 78 II 190, *Müller*; cf. KELLER/GIRSBERGER, IPRG Kommentar, N° 8 ss ad art. 15 LDIP, César DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, *Etudes suisses de droit international*, vol. 35, Genève 1983, N° 52, 123 et 80 ss.

²⁰³ ATF 94 I 305 (308-309), *X*; ATF 104 Ia 305 (312-313), *Escher*; ATF 119 Ia 59 (62), *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute*; MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Einleitungsband, N° 243 ad art. 1 CC.

²⁰⁴ Voir les art. 13 al. 2, 13 al. 3 ch. 1, 17 al. 2, 18 al. 2 et 38 EGBGB; art. 46 de la loi italienne (1995); autres exemples en droit comparé, LAGARDE, *Public policy*, p. 24 ss.

²⁰⁵ Voir p. ex. les art. 13 al. 2 EGBGB et 61 al. 3 LDIP.

public intervienne. Nous traiterons ultérieurement de l'art. 61 al. 3 LDIP, en matière de dissolution du mariage. Les art. 135 al. 2 et 137 al. 2 LDIP concrétisent également un principe d'ordre public suisse, lorsque la loi étrangère s'applique et qu'un tribunal suisse est saisi. La réserve générale d'ordre public n'en demeure pas moins applicable et peut avoir vocation à intervenir à côté des clauses spéciales d'ordre public; ainsi, pour prendre l'exemple de la responsabilité du fait d'un produit, si le juge suisse ne peut prononcer d'autres indemnités que celles prévues par la loi suisse en vertu de la clause spéciale de l'art. 135 al. 2 LDIP, il sera parfois appelé à faire intervenir la réserve générale d'ordre public pour d'autres aspects de la question qu'il doit résoudre, par exemple s'agissant de l'une des conditions de la responsabilité. En outre, la réserve pourrait également intervenir lorsque le droit applicable en matière d'actes illicites attribue au lésé des indemnités largement supérieures au dommage qu'il a subi, dans d'autres domaines que ceux visés par les art. 135 et 137 LDIP, si l'application de la *lex causae* conduit à des résultats choquants, compte tenu des liens que la cause entretient avec le for²⁰⁶.

3. Sources internationales

69. *Existence d'une réserve implicite.* La plupart des conventions portant unification des règles de conflit de lois et les conventions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements contiennent une réserve d'ordre public expresse. Dans les textes qui sont silencieux sur ce point, l'existence d'une réserve implicite est jugée en règle générale comme indispensable « *en tant que principe général du droit, dans la mesure où les Etats contractants n'ont pas manifesté leur volonté d'y renoncer ou d'en restreindre le contenu ou la portée* » (A. BUCHER)²⁰⁷.

70. *Silence qualifié. Volonté de restreindre la portée de la réserve.* Il est souvent délicat de distinguer les cas dans lesquels, en l'absence de réserve expresse, les Etats ont entendu que l'ordre public soit néanmoins implicitement

²⁰⁶ Voir Zivilgericht BS, 1^{er} février 1989, TCS AG, BJM 1991, p. 31, *infra*, N° 371; dans le domaine de la concurrence déloyale, voir DASSER/DROLSHAMMER, IPR Kommentar SPR, N° 23 ad art. 136.

²⁰⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 592; voir les développements de MOSCONI, p. 51-59, de NIBOYET, Traité, t. III, p. 514 ss et de LAGARDE, Répertoire, 2^e éd., V° Ordre public, ch. 16; dans le même sens: Cass fr., 6 juillet 1988, Baaziz, RCDIP 1989, p. 71: « *Sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public* »; MAURY, p. 103; voir également l'opinion individuelle de LAUTERPACHT dans l'affaire *Boll* (Pays-Bas contre Suède), Recueil CII 1958, p. 92-100. *Contra*, voir notamment: LIPSTEIN, Acta et agenda, Cambridge Law Journal 1977, p. 51 et WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, RCDIP 1953, p. 55.

réserve dans la convention, des cas dans lesquels l'intention des auteurs du texte conventionnel était de réduire ou de supprimer la portée de l'ordre public²⁰⁸. Il arrive en effet que, lors de négociations d'une convention, les Etats souhaitent restreindre la faculté pour leurs autorités d'invoquer cette clause d'éviction. Ainsi en va-t-il de certaines conventions sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères²⁰⁹. Lors des négociations, les Etats contractants ont conscience du contenu du droit matériel de leurs partenaires qui pourra être désigné par les nouvelles règles de conflit. S'ils n'émettent pas de réserve, il leur sera difficile de s'opposer plus tard à l'application de ce droit au nom de leur ordre public²¹⁰. Même dans cette hypothèse, l'intervention de la réserve peut toutefois s'imposer lorsque l'application de la *lex causae* à une situation concrète conduit à un résultat particulièrement choquant, que l'examen abstrait des règles étrangères ne laissait pas supposer. De surcroît, la présence d'une soupape de sécurité réservant l'ordre public découle logiquement de l'évolution imprévisible, et parfois divergente, des valeurs d'ordre public au sein des différents Etats contractants. Lorsque la règle de conflit désigne valablement le droit d'un Etat qui n'a pas participé aux négociations et qui ne fait pas partie du groupe d'Etats invités à signer la convention, l'intervention de la réserve doit rester possible; enfin la réserve d'ordre public peut toujours évincer un droit révisé postérieurement à la signature de la convention²¹¹. En résumé, la réserve d'ordre public est un principe général du droit international privé contenu implicitement dans les conventions, sauf s'il est établi, à la lecture des travaux préparatoires notamment, que les Etats contractants avaient la ferme volonté de limiter la possibilité de l'invoquer.

71. *Exemples de formulations tendant à restreindre l'usage de la réserve.* Certaines clauses conventionnelles reflètent assez clairement la volonté des Etats parties de limiter les cas d'intervention de l'ordre public. Elles tendent, en quelque sorte, à assigner à l'ordre public des Etats parties des limites plus ou moins strictes. Certains textes fixent les critères selon lesquels l'ordre public

²⁰⁸ Pour la discussion, voir SONNENBERGER, München. Komment., N° 29 ad art. 6.

²⁰⁹ Voir les arrêts cités par BUCHER, DIP I/2, N° 591; ATF 105 Ib 45, Grabowsky: « Die staatsvertragliche ordre-public-Klausel geht als Spezialnorm dem allgemeinen Begriff des ordre public, wie er unter anderem in den kantonalen Zivilprozessordnungen enthalten ist, vor. Ihr Anwendungsbereich wird in dem Umfang eingeschränkt, als die Voraussetzungen (...) im Staatsvertrag näher umschrieben sind »; 103 Ia 199 (201), Berli: « Es geht nicht an, die staatsvertragliche Regelung unter Berufung auf den ordre public im Ergebnis praktisch rückgängig zu machen und die Wirkungen des Vertrages, dessen Ziel gerade darin besteht, die Existenz der verschiedenen Rechtssysteme anzuerkennen und zu koordinieren, zu vereiteln »; 102 Ia 308 (316), Pfister-Gräblier; 101 Ia 154 (158), Verband der Schlittschuh- und Rollschuh-Sportler Jugoslawiens.

²¹⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 591

²¹¹ En ce sens, MOSCONI, p. 44.

doit intervenir, en affirmant par exemple que l'intérêt de l'enfant sera déterminant²¹², d'autres en limitant le contenu de celui-ci à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de l'Etat requis. Ainsi en va-t-il de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Les Etats parties se sont engagés à ne pas faire appel à leur ordre public pour s'opposer au rapatriement d'un enfant enlevé. En revanche, aux termes de l'art. 20 de la convention, l'Etat requis peut s'opposer au rapatriement de l'enfant si un risque de danger pour l'enfant existe et que le retour est contraire à ses principes fondamentaux sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le rapporteur Elisa PÉREZ-VERA explique que cette disposition est le « *produit d'un compromis entre délégations favorables et délégations contraires à l'inclusion dans la Convention d'une clause d'ordre public* »²¹³. Pour les auteurs de ce texte, il s'agissait de réduire la portée de l'ordre public au strict minimum, de peur que cette clause ne reçoive une interprétation trop large, inspirée des diverses conceptions de l'intérêt de l'enfant dans les Etats requis, ce qui aurait pu nuire à l'équilibre du système²¹⁴. Seuls les principes découlant de la protection des droits fondamentaux pourront être opposés au retour de l'enfant²¹⁵. On peut également citer la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. Le texte de la réserve²¹⁶ souligne à juste titre que ce

²¹² Voir notamment l'art. 24 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, RSDIE 1994, p. 89, pas encore en vigueur pour la Suisse: « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* »; voir également les art. 22 et 23 lit. d, de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et l'art. 15 ch. 2 lit. a de la Convention de l'Union européenne (dite « *Bruelles II* ») du 28 mai 1998 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale (RCDIP 1998, p. 776).

²¹³ Actes et documents de la 14^e Session (1980), t. III, La Haye 1982, p. 433 (voir également p. 460-461).

²¹⁴ BUCHER, DIP II, N° 930 et DIP I/2, N° 594.

²¹⁵ Pour refuser le retour de l'enfant, il faudra que « *les principes protecteurs des droits fondamentaux l'interdisent* » (Actes et documents précités [*supra*, note 213], Rapport, p. 434). Voir notamment Franziska ABT, Der Ordre public-Vorbehalt des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen, PJA 1997, p. 1079-1084. Voir également ATF 123 II 419 (423), RSDIE 1998, p. 287 (note BUCHER), S.P. et K.G (examen de la décision au regard de l'art. 8 CEDH): « (...) dass Art. 20 HEntfÜ eine auf Verletzung der fundamentalen Grundsätze über Menschenrechte und Grundfreiheiten beschränkte ordre public-Klausel enthält ».

²¹⁶ Art. 10 ch. 1 lit. a: « (...) la reconnaissance ainsi que l'exécution peuvent être refusées non seulement pour les motifs prévus à l'art. 9, mais en outre (...) s'il est constaté que les effets de

n'est pas la décision en soi qu'il faut confronter à l'ordre public de l'Etat requis, mais les effets de cette décision. En revanche, ce texte semble limiter l'examen de l'ordre public aux seuls principes fondamentaux du droit régissant les enfants et la famille. Bien entendu, certains principes généraux dont le champ d'application dépasse celui du droit de la famille peuvent intervenir (égalité de l'homme et de la femme, protection de la sphère privée). Cette formulation souligne que, dans l'optique des Etats signataires, l'ordre public doit viser à sauvegarder en premier lieu l'intérêt primordial de l'enfant. On craignait que, pour certains Etats signataires, l'ordre public englobe une large part du droit matériel relatif à garde²¹⁷. La formulation tend à assigner des limites à la réserve d'ordre public, afin que son intervention ne nuise pas à la réalisation des buts du texte conventionnel. Dans le cadre des art. 8 et 9 (autorité centrale saisie dans les 6 mois dès le déplacement de l'enfant) l'ordre public ne peut pas être opposé à la demande de reconnaissance ou d'exécution; on entend privilégier de la sorte le rétablissement de la garde des enfants à très bref délai.

72. *Silence qualifié.* Parfois, le silence est qualifié: ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 19 de la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 sur la procédure civile, concernant l'exécution des décisions relatives aux frais et dépens, qui ne réserve pas l'ordre public de l'Etat requis, excluait tout contrôle au regard de l'ordre public de la décision sur les frais ou du jugement sur lequel elle s'appuie²¹⁸.

la décision sont manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit régissant les enfants et la famille dans l'Etat requis ».

²¹⁷ Cf. BUCHER, DIP II, N° 908.

²¹⁸ ATF 94 I 358 (362-364), *Louis Ditzler AG.*, invoquant les travaux préparatoires de la Conférence de La Haye (Actes de la IV^e Session de la Conférence [1904], p. 97). Autres exemples chez SONNENBERGER, München. Komment., N° 27 ss ad art. 6.

Chapitre V: Quelques distinctions conceptuelles

1. Introduction

73. *But de la présentation.* Dans le présent chapitre, nous nous efforcerons de distinguer la réserve d'ordre public d'autres notions du droit international privé, à savoir la clause d'exception (2), la fraude à la loi et au jugement (3) et la problématique découlant de l'application du droit public étranger (4). Même si ces concepts sont aujourd'hui bien connus, il nous semble utile d'examiner, à ce stade de notre travail, les rapports qu'ils entretiennent avec la réserve, ce qui nous permettra de mieux cerner les conditions de son intervention et sa fonction. Nous passerons ensuite à des distinctions plus délicates: nous examinerons tout d'abord les différences entre la réserve et les lois d'application nécessaire (5); puis nous tenterons de cerner les contours des notions d'ordre public international et d'ordre public interne (6), d'ordre public matériel, par opposition à l'ordre public formel (7). Nous ferons enfin allusion à la distinction entre l'ordre public suisse et l'ordre public étranger (8).

2. Réserve d'ordre public et clause d'exception

74. *Clause d'exception. Terminologie.* Sur le plan terminologique, nous utiliserons le terme de clause d'exception dans son acception stricte, correspondant au texte de l'art. 15 al. 1 LDIP²¹⁹: aux termes de cette disposition, le droit désigné « *n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit* ».

75. *Distinction d'avec la réserve d'ordre public. 1° Différence fonctionnelle.* Il est important de bien distinguer les deux clauses d'éviction que sont la clause d'exception et l'exception d'ordre public: elles ont une fonction différente, interviennent à des stades distincts du raisonnement et déploient des effets

²¹⁹ Sur la clause d'exception, voir notamment: César DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, th. Fribourg 1983, *Etudes suisses de droit international*, vol. 35, Genève 1983; François KNOEPFLER, *Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé*, in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 113 ss. Sur la définition, voir DUBLER, *op. cit.*, p. 28 ss. Dans une acception beaucoup plus large, qui ne sera pas utilisée ici, on entend par clause d'exception la disposition générale attribuant au juge le pouvoir discrétionnaire de corriger une règle de conflit lorsqu'au regard des circonstances, l'application de la loi d'un autre Etat s'impose comme étant plus appropriée. Il s'agit d'une clause d'éviction de portée générale par opposition à la clause d'exception stricte, cf. DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 36.

différents²²⁰. La différence fonctionnelle est évidente: la réserve d'ordre public protège un ensemble de valeurs du for, alors que la clause d'exception sauvegarde un principe du droit international privé sur lequel repose la loi, le principe de proximité; la clause d'exception vise le point de rattachement et tend à assurer « *un rattachement conforme à l'idéal de justice en droit international privé* ». Elle tend à garantir une forme de justice conflictuelle, et non la justice matérielle, comme le fait la réserve d'ordre public. Il est vrai que, dans les systèmes ne connaissant pas de clause d'exception, la correction d'une localisation inopportune est une tâche qui est parfois dévolue, de façon discrète, à l'exception d'ordre public²²¹. Cette confusion n'a pas lieu d'être dans un régime comme le nôtre, intégrant une clause d'exception.

76. 2° *Différence quant au stade d'intervention des clauses.* a) *Droit applicable.* Tant la réserve d'ordre public que la clause d'exception peuvent intervenir dans le domaine du conflit de lois. Ces deux règles sont des clauses d'application stricte, qui corrigent le mécanisme de la règle de conflit mais qui jouent leur rôle à des moments distincts. Tout comme la réserve d'ordre public, la clause d'exception ne peut intervenir qu'après la mise en œuvre complète de la règle de conflit²²². La réserve d'ordre public n'intervient qu'après application de la loi étrangère aux circonstances concrètes, alors que la clause d'exception opère dès que la loi désignée par le critère de rattachement est déterminée²²³, avant que son contenu ne soit examiné. La clause d'exception a trait à la détermination du droit applicable, la réserve à l'application de la loi étrangère, une fois que celle-ci a été désignée par la règle de conflit. La clause d'exception ne s'attache pas au contenu²²⁴ de la loi désignée comme la réserve, mais à la détermination du point de rattachement.

²²⁰ DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 158 ss sur la distinction avec la réserve d'ordre public.

²²¹ GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 87.

²²² *Contra*, à tort, ATF 118 II 79, W., dans lequel le TF renonce à résoudre le conflit interterritorial américain et le problème du renvoi, pour faire d'emblée application de la clause d'exception. Voir, sur ce point, les critiques de SCHWANDER, *AJP* 1992, p. 1180, KNOEPFLER, *RCDIP* 1992, p. 492 ss et BUCHER, *RSDIE* 1994, p. 295.

²²³ DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 70-71 et 159; KELLER/GIRSBERGER, *IPRG Kommentar*, N° 106 ad art. 15; DUTOIT, *Commentaire*, N° 5 ad art. 15, note que l'ordre public négatif le cède à l'art. 15 « *car il faut d'abord déterminer le droit applicable avant de savoir si son application peut être paralysée par la réserve de l'art. 17 LDIP* »; cf. également le schéma de raisonnement in KNOEPFLER/SCHWEIZER, p. 341 et 342 et KNOEPFLER, *RCDIP* 1992, p. 494.

²²⁴ KELLER/GIRSBERGER, *IPRG Kommentar*, N° 88 et 106 ad art. 15: « *Die Entscheidung (...) hat der Richter ohne Rücksicht auf das materiellrechtliche Ergebnis zu treffen* »; MÄCHLER-ERNE, *IPR Kommentar SPR*, N° 8 ad art. 15: « *Art. 15 dient dazu, eine kollisionsrechtlich adäquate Lösung, nicht einen "better law approach" zu verwirklichen* »; *contra*: VISCHER, *cité infra* N° 83 et note 236.

77. b) *Absence d'intervention de la clause d'exception dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution.* Alors qu'au stade des conflits de lois, ces deux clauses générales du droit international privé peuvent intervenir pour évincer la loi normalement applicable au litige, la clause d'exception ne joue pas de rôle au stade de la reconnaissance et de l'exécution des actes étrangers, au contraire de la réserve d'ordre public. En droit suisse, le juge de la reconnaissance ne contrôle jamais si le droit appliqué par le juge d'origine présentait des liens suffisamment étroits avec la situation internationale litigieuse, car cela contreviendrait à la prohibition de la révision au fond (art. 27 al. 3 LDIP). Ce sont les règles de compétence indirecte qui sauvegardent, de façon médiate, le principe de proximité; en s'assurant de l'existence d'une compétence indirecte (art. 25 lit. a et 26 LDIP), l'autorité de la reconnaissance sait que l'autorité d'origine, à défaut d'avoir nécessairement appliqué le droit qui présentait le lien le plus étroit avec l'affaire qui lui était soumise, a rendu une décision dans une affaire qui entretenait, avec l'Etat dans lequel elle a son siège, des liens que l'Etat de la reconnaissance juge suffisants pour fonder une compétence indirecte.

78. c) *Pas d'intervention de la clause d'exception après l'intervention de la réserve.* Au stade des effets, nous verrons que, traditionnellement, le droit qui s'applique en lieu et place du droit évincé par la réserve est celui du for, alors que le droit qui présente les liens les plus étroits avec la cause (qu'il s'agisse du droit du for ou d'un autre) s'applique chaque fois que la clause d'exception intervient. Nous observerons²²⁵ toutefois que l'application généralisée de la *lex fori* à la suite de l'intervention de la réserve de l'art. 17 LDIP est contestable; il devrait être possible d'appliquer, à titre de droit de substitution, un droit qui se trouve dans une relation étroite avec la cause lorsque le droit du for ne présente qu'un lien très ténu avec elle. Cette solution ne doit pourtant pas être confondue avec la clause d'exception, celle-ci ne pouvant logiquement intervenir après la réserve²²⁶.

79. d) *Intervention de la réserve après celle de la clause d'exception.* La situation inverse à celle que nous venons d'examiner pourrait être plus fréquente: il peut arriver que l'une des règles du droit au profit duquel la clause d'exception a fonctionné conduise, dans son application concrète, à un résultat contraire à l'ordre public du for, alors que le droit désigné à titre premier par la règle de conflit ne serait pas en contradiction avec les valeurs du for. On pourrait être tenté de combler la lacune en appliquant le droit désigné par la

²²⁵ Cf. *infra*, N° 427 ss.

²²⁶ Cf. *infra*, N° 426 et 432.

règle de conflit. Dès lors que ce droit a été évincé au profit d'un autre par le jeu de la clause d'exception, il n'est pas indiqué d'y faire appel pour combler la lacune créée par l'intervention de la réserve, à moins qu'aucune des autres méthodes envisageables²²⁷ ne donne satisfaction et que les liens de la cause avec le for soient encore moins étroits.

80. 3° *Différences quant aux effets.* a) *Effet positif/négatif.* Tout comme l'ordre public, la clause d'exception déploie un effet négatif: elle évince le droit qui entretient un lien trop lâche avec la cause, alors que la réserve écarte la loi dont l'application heurte les valeurs d'ordre public du for. Les deux clauses déploient en outre un effet positif, puisqu'il s'agit d'appliquer un droit de substitution; pour la clause d'exception, la loi précise qu'il faut appliquer celui qui entretient une relation beaucoup plus étroite avec la cause, alors qu'elle n'est d'aucune aide pour la détermination du droit applicable suite à l'intervention de la réserve, plusieurs méthodes entrant en ligne de compte²²⁸.

81. b) *Etendue de la substitution.* Si l'intervention des deux clauses conduit à évincer la *lex causae*, l'étendue de la substitution n'est pas identique: la clause d'exception écarte dans sa totalité la loi désignée par la règle de conflit, alors que la réserve n'évince que les dispositions qui se sont concrètement révélées contraires à l'ordre public suisse. L'intervention de la réserve doit se limiter à l'amputation de ce qui est strictement nécessaire à la défense des principes du for, à l'éviction des seules règles matérielles dont l'application heurte les valeurs du for, alors que la clause d'exception remet en cause la désignation globale d'un ordre juridique.

82. 4° *Distinction quant au type de règles visées.* De surcroît, le champ d'application de la réserve d'ordre public est plus étendu puisqu'au contraire de la clause d'exception (art. 15 al. 2 LDIP), elle intervient également lorsque les parties ont choisi la loi applicable en vertu de l'autonomie que leur laisse la règle de conflit (p. ex. art. 37 al. 2, 52, 90 al. 2, 91 al. 2, 116, 119 al. 2, 121 al. 3, 132 LDIP). Lorsque la règle de conflit leur permet de choisir la *lex causae*, les parties sont libres de s'écarter du principe de proximité et de désigner un droit avec lequel elles n'entretiennent aucun lien particulier, si elles jugent que tel est leur intérêt. Elles ne sauraient en revanche s'affranchir de manière délibérée des principes d'ordre public du for. Enfin, au contraire de la réserve d'ordre public, la clause d'exception reste sans effet à l'égard des règles de conflit à caractère matériel²²⁹.

²²⁷ Sur ces méthodes, *infra* N° 427 ss.

²²⁸ *Infra*, N° 404 sur le silence de la loi.

²²⁹ DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 160, 75-76; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 15; BUCHER, DIP 1/2, N° 189 et 217; KELLER/GIRSBERGER, IPRG Kommentar, N° 24 ad

83. *Similitude. Risque de dérive.* L'une des similitudes entre les deux clauses tient au risque de dérive qu'elles impliquent. On se souvient qu'en matière de divorce, dans un arrêt du 27 janvier 1992, la II^e Cour civile du Tribunal fédéral a évincé, en application de l'art. 15 LDIP, le droit texan de la nationalité commune des époux en faveur de la loi suisse de leur domicile durant les dernières années de leur vie commune²³⁰. La solution eût-elle été identique si le droit texan n'avait pas réglé de façon aussi sévère les conséquences patrimoniales de la dissolution du mariage ? S'il est difficile d'affirmer que le Tribunal fédéral s'est laissé guider par de telles considérations matérielles, c'était visiblement le cas de la cour cantonale, qui nous paraît avoir fait une application erronée de la clause d'exception. La juridiction cantonale d'appel avait admis que « si l'application du droit texan n'est pas manifestement contraire à l'ordre public suisse, il est difficilement acceptable au regard de notre ordre juridique »²³¹. La Cour a estimé que ces éléments « pris en compte dans la théorie de la better law approach, appliquée aux Etats-Unis mais non reçue en Europe » confortaient la nécessité d'appliquer *in casu* la clause d'exception. A l'instar de la réserve d'ordre public, la clause d'exception implique un risque important de dérive, en raison du caractère juridiquement indéterminé des concepts auxquels il est fait référence et de l'importante liberté d'appréciation laissée à leur interprète. En optant pour l'application de la clause d'exception, le juge sait que l'autorité de recours éventuellement saisie devra tenir compte de l'importante marge de manœuvre que lui laisse l'art. 15 LDIP. De surcroît, l'intervention de la clause d'exception est « plus diplomatique »²³² que la réserve: le juge ne porte aucun jugement de valeur et n'a donc pas à craindre de froisser des susceptibilités en déclarant contraires à l'ordre public les effets de telle ou telle institution étrangère réprouvée dans l'Etat du for. S'il ne faut pas minimiser la souplesse que confèrent la clause d'exception et la réserve d'ordre public aux règles de conflit, il faut se garder de faire un usage purement opportuniste de ces deux clauses générales qui n'ont pas pour fonction d'accorder au juge le pouvoir de statuer selon le droit qui lui paraît le plus juste, voire le plus praticable, par exemple parce qu'il en a une connaissance sûre²³³. Certains auteurs avaient proposé une clause générale

art. 15.

²³⁰ ATF 118 II 79, W.; sur cet arrêt, voir KNOEPFLER, RCDIP 1992, p. 494 ss, SCHWANDER, PJA 1992, p. 1180, BUCHER, RSDIE 1994, p. 295.

²³¹ Cour civile TC NE, 10 décembre 1990, RJN 1991, p. 58

²³² Sic GOLDSTEIN, Ordre public, p. 86.

²³³ ATF 118 II 79 (82), W.: « il s'agit d'une clause d'exception au sens strict, qui ne doit être appliquée qu'en cas de nécessité » corrigeant l'expression malheureuse de l'ATF 117 II 494 (501), C. Inc.: « permettre au juge de trouver, dans l'intérêt des parties, la solution la plus adéquate dans une cause donnée », cf. ég. ATF 121 III 246, dame P. B., soulignant que la

intégrant l'exception d'ordre public, la clause d'exception ainsi qu'une clause de dureté; des considérations d'équité auraient pu, indépendamment d'une violation de l'ordre public, justifier un refus d'appliquer le droit étranger²³⁴. A juste titre, le législateur n'a pas adopté ce système qui aurait mis en cause la prévisibilité des règles de conflit. La clause d'exception a pour seule fonction de sauvegarder le principe de proximité lorsque, en raison des circonstances, la règle de conflit désignerait un droit entretenant des liens trop lâches avec la cause²³⁵. Pour reprendre la formule de A. BUCHER, la clause d'exception n'est pas un « *pot-pourri* » qui autoriserait le juge à choisir n'importe quel résultat lui paraissant préférable en droit ou en équité²³⁶. Pas plus que la réserve d'ordre public, la clause d'exception ne doit ouvrir la porte à la *better law approach*²³⁷.

84. *Principe de proximité et étendue des liens avec le for*. La réserve d'ordre public ne tend pas à assurer, comme la clause d'exception, le respect du principe de proximité dans la désignation du droit applicable; nous observerons cependant que l'étendue des liens avec le for joue également un rôle très important au stade de l'éviction du droit étranger ou du refus de reconnaissance d'un acte étranger au nom de l'ordre public, en intervenant sous la forme de la théorie des liens suffisants avec le for (*Inlandsbeziehung* ou *Binnenbeziehung*)²³⁸. L'examen de l'intensité relative des liens avec l'Etat du for ou de la reconnaissance remplace le critère des liens les plus étroits.

clause d'exception est « *d'application stricte* ».

²³⁴ Voir notamment la proposition de STOECKER, citée par DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 39-40 et celle de Hanspeter DIETZI, Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen IPR, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1973, Bâle 1973, p. 49 ss, p. 74: « (...) eine unzumutbare Härte für den Betroffenen »; voir en matière de contrat l'art. 187 du Restatement Second et GOLDSTEIN, Ordre public, p. 86.

²³⁵ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 329.

²³⁶ BUCHER, DIP I/2, N° 191, citant DUBLER, *op. cit.* (note 219), p. 36 ss et LAGARDE, Le principe de proximité, p. 123. Voir toutefois récemment l'opinion nuancée, mais erronée nous semble-t-il, de Frank VISCHER, Kollisionsrechtliche Verweisung und materielles Resultat - Bemerkungen zur Auslegung der Ausnahmeklausel (Art. 15 IPRG) in Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, Zurich 1995, p. 479-495, favorable à la prise en compte de considérations matérielles (cf. p. 489: « Der Einbezug materiellrechtlicher Gesichtspunkte bei der Anwendung der Ausnahmeklausel entspricht dem Gesamtkonzept des schweizerischen IPR mit der betonten Tendenz zur Materialisierung »).

²³⁷ KNOEPFLER, *op. cit.* (note 219), p. 127; DUTOIT, Commentaire, N° 17 ad art. 15; KELLER/GIRSBERGER, IPRG Kommentar, N° 88 ad art. 15; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 8 ad art. 15.

²³⁸ *Infra*, N° 328-386.

3. Réserve d'ordre public et fraude

A. Fraude à la loi

85. *Problématique.* La réserve d'ordre public et la fraude à la loi²³⁹ entretiennent des liens étroits, constituant une « *parenté gênante, source d'antipathie et de confusion* » (J.-F. PERRIN)²⁴⁰. Alors que certains auteurs, souvent anciens²⁴¹, soutiennent que la fraude à la loi n'est qu'une sous-catégorie ou un cas d'application de la réserve d'ordre public, la doctrine dominante prend grand soin de distinguer ces notions dont la parenté tient au fait qu'elles font toutes deux appel à un « *réflexe quasi passionnel* » (G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE)²⁴². Ces deux notions se distinguent en effet par leur rôle dans le système conflictuel, par les conditions de leur mise en œuvre, par leur mode d'intervention et par leur sanction.

86. *Définition de la fraude à la loi.* Il y a fraude à la loi lorsque les parties à une relation internationale procèdent à la manipulation d'une règle de conflit de lois du for. Elles peuvent le faire en modifiant l'un des critères de rattachement: elles changent de nationalité²⁴³ ou de domicile, elles déplacent un bien, elles

²³⁹ Sur la fraude à la loi, voir p. ex. Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris 1974; *idem*, *Droit international privé*, N° 230 ss; BATIFFOL/LAGARDE, N° 370 ss; BUCHER, *DIP* I/2, N° 193 ss; KEGEL, § 14, p. 347 ss; KELLER/SIEHR, p. 525-534; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 335 ss; KROPHOLLER, p. 141 ss; Georg Adolf LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, th. Lausanne 1983, Lausanne 1984; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 264 ss; MAYER, N° 266 ss; Reto-Gino MEBES, *Die Rechtsumgehung im internationalen Privatrecht der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des Ehe-, Erb-, Vertrags- und Gesellschaftsstatus*, th. Bâle 1986; Jean-François PERRIN, *La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé*, Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, p. 259-269; Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *La fraude à la loi*, TCFDIP 1971-1973, p. 117 ss; SCHWANDER, *Einführung AT*, N° 496 ss; Frank VISCHER, *Zum Problem der rechtsmissbräuchlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius, Bâle 1955, p. 401 ss; *idem*, *IPRG Kommentar*, N° 13 ss ad art. 17; VON BAR, N° 574 ss.

²⁴⁰ PERRIN, *op. cit.* (*supra*, note 239), p. 269.

²⁴¹ P. ex. BARTIN, *Principes*, I, § 99; opinion soutenue dans un premier temps par NIBOYET, *La fraude à la loi en droit international privé*, *Rev. de dr. int. et de législ. comp.* 1926, p. 503, puis abandonnée (*Traité*, t. III, N° 1079); voir également les auteurs cités par MEBES, *op. cit.* (note 239), p. 79, note 20.

²⁴² *Op. cit.* (note 239), p. 132.

²⁴³ Voir la très célèbre affaire française de la fin du XIX^e siècle: de nationalité française, la Princesse de Bauffremont s'était fait naturaliser dans le Duché de Saxe-Altenbourg pour échapper à la compétence de sa loi nationale qui n'admettait pas le divorce; les tribunaux français ont estimé que son divorce et son remariage avec le Prince Bibesco étaient frauduleux et par conséquent dépourvus de validité en France, *Cass. fr.*, 18 mars 1878, *Sirey* 1878 I, p. 193, *ANCEL/LEQUETTE*, *Grands arrêts*, N° 6.

indiquent une fausse localisation à un acte, etc., dans le seul but d'échapper à l'application de la loi désignée par la règle de conflit. Il y a également fraude à la loi lorsque les parties modifient la nature du droit litigieux, afin de le faire entrer dans une autre catégorie de rattachement²⁴⁴. La fraude peut porter sur n'importe quel élément du raisonnement par lequel le juge applique la règle de conflit de lois²⁴⁵.

87. *La fraude à la loi en droit international privé suisse.* En droit suisse, la loi ne contient pas de disposition générale sur la fraude à la loi; la théorie n'en est pas moins admise par la doctrine majoritaire²⁴⁶. L'art. 45 al. 2 LDIP régit un cas particulier de fraude à la loi, lorsqu'un fiancé est suisse ou les fiancés sont domiciliés en Suisse et font célébrer leur mariage à l'étranger pour éluder l'une des causes de nullité du droit suisse²⁴⁷.

88. *Distinction entre la réserve et la fraude à la loi. 1° Différence fonctionnelle.* Si la présence d'une éventuelle fraude à la loi est examinée d'office par le juge²⁴⁸, tout comme la violation de l'ordre public matériel (art. 17 LDIP), ces deux moyens se distinguent fondamentalement. H. BATIFFOL/P. LAGARDE ont parfaitement souligné la principale distinction entre la fraude à la loi et la réserve d'ordre public, qui a trait à leur fonction au sein du système de conflit, en affirmant qu'« en matière d'ordre public, on s'attache au contenu de la loi étrangère régulièrement applicable pour l'écarter; dans la fraude à la loi, on considère la conduite artificieuse de l'intéressé pour écarter la loi étrangère que ses manœuvres ont rendue apparemment applicable »²⁴⁹. Avec G. KEGEL, l'on peut affirmer que la réserve d'ordre public tend à assurer la justice matérielle alors que la prohibition de la fraude à la loi vise à sauvegarder la

²⁴⁴ Voir, en France, l'affaire *Carron*: tentative de transformation de droits immobiliers en droits mobiliers pour échapper à l'application du droit successoral français du lieu de situation de l'immeuble, la loi du domicile du fraudeur ne prévoyant pas de réserve successorale en faveur des enfants, Cass. fr., 20 mars 1985, RCDIP 1986, p. 66.

²⁴⁵ MAYER, N° 271.

²⁴⁶ Certains fondent cette théorie sur l'art. 2 CC (p. ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 346; SCHWANDER, Einführung AT, N° 504; KELLER/SIEHR, p. 525), d'autres sur l'art. 1 al. 1 CC (PERRIN, *op. cit.* [supra, note 239], p. 263) ou sur un principe général implicite (DENIS MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht, th. Berne 1941, cité par PERRIN, p. 261).

²⁴⁷ Cf. *infra*, N° 576.

²⁴⁸ Cela découle du devoir d'appliquer d'office la règle de conflit; sur ce devoir, voir p. ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 552.

²⁴⁹ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 371; voir également BUCHER, DIP I/2, N° 201; KEGEL, p. 354; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 346; LANG, *op. cit.* (supra, note 239), p. 192-193; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 247; MEBES, *op. cit.* (note 239), p. 79-81; GEOUFFRE DE LA PRADALLE, *op. cit.* (note 239), p. 132 ss; NIBOYET, t. III, N° 1079; SCHNITZER, p. 253; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 16 ad art. 17.

justice conflictuelle (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeir*)²⁵⁰. La fraude à la loi est une « *souape de sûreté contre les agissements individuels* » (J.-P. NIBOYET) et non, à l'instar de la réserve, un moyen de défense contre les effets inacceptables que produirait une législation étrangère régulièrement désignée par la règle de conflit.

89. *Illustration. Réserve du siège fictif (sociétés)*. Un exemple jurisprudentiel nous paraît illustrer la différence de nature entre la fraude à la loi et la réserve d'ordre public. Dans un arrêt de 1991²⁵¹, le Tribunal fédéral a affirmé qu'il n'y avait plus de place dans le système de la LDIP pour la réserve du siège fictif, que l'ancienne jurisprudence fondait sur la fraude à la loi²⁵²; cependant, le Tribunal fédéral prenait la peine d'ajouter que « *la réserve d'ordre public suisse (art. 17 LDIP) constitue une limite générale à la théorie de l'incorporation consacrée à l'art. 154 LDIP* ». Il s'agit bien d'éléments distincts, puisque l'une des clauses est dorénavant exclue dans ce domaine et non l'autre. Le Tribunal fédéral a estimé que reconnaître en l'espèce à la société la capacité à procéder devant le tribunaux helvétiques n'avait rien de contraire à l'ordre public. Il n'y a pas lieu de discuter ici le bien-fondé de cette jurisprudence qui empêche dorénavant de sanctionner en ce domaine une fraude effectivement commise par les intéressés²⁵³. Il est en revanche important de relever que ce n'est pas la fonction de la réserve d'ordre public d'offrir une réponse appropriée au problème posé par la localisation fictive du siège d'une société, lorsque l'application du droit désigné frauduleusement par les parties ne conduit pas à des résultats inacceptables et que l'application de normes impératives de l'art. 18 LDIP n'est pas en jeu. De cette observation découle la nécessité de maintenir la réserve de la fraude à la loi, à tout le moins dans les domaines qui ne sont pas concernés par cette jurisprudence.

90. *2° Différence quant au stade d'intervention*. La sanction de la fraude à la loi intervient à un stade antérieur du raisonnement, celui de la désignation de la loi

²⁵⁰ KEGEL, p. 354.

²⁵¹ ATF 117 II 494, C. Inc.

²⁵² Le TF avait estimé, sous l'ancien droit, que la réserve de fraude à la loi pouvait être utilisée en matière de sociétés, ATF 76 I 150 (159), *Vernet et consorts*; 108 II 122 (125), *Srouji*; 105 III 107 (111), *Boucheron SA*; 102 Ia 406 (410), *Lacso Holding SA*.

²⁵³ Pour la discussion, voir les références doctrinales indiquées dans l'arrêt, et notamment François DESSEMONTET, La responsabilité des organes en droit international privé, in *Aspects du droit international des sociétés*, Etudes suisses de droit international, vol. 92, Zurich 1995, p. 149 ss, p. 165-169; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 154; Jean-François PERRIN, Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Genève 1993, p. 141 ss, 147; Jacques-André REYMOND, Sociétés étrangères en Suisse: *exit fraus legis*, in *Etudes précitées*, p. 173 ss; SCHWANDER, RSDIE 1993, p. 96-98.

applicable. Le juge détermine le droit applicable en faisant abstraction de la manipulation que les parties ont effectuée pour rendre une loi apparemment applicable; il s'en prend au procédé qui a rendu la loi étrangère applicable et non au contenu de celle-ci. L'intervention de la réserve d'ordre public suppose en revanche la détermination de la loi normalement applicable, son application, puis la confrontation du résultat auquel elle conduit aux valeurs fondamentales du for. Logiquement, le juge devrait examiner s'il y a fraude à la loi avant de contrôler la compatibilité de la loi applicable à l'ordre public. Comme il est souvent difficile d'établir l'élément subjectif - la preuve de l'intention d'éluder la loi normalement applicable - le juge sera parfois tenté de déclarer contraire à l'ordre public la loi recherchée par les parties, lorsque cette contrariété est évidente; ce raisonnement est toutefois erroné, puisqu'il mélange les conditions d'application de deux concepts distincts. Avant de s'assurer du respect des valeurs du for, il faut appliquer la loi qui est véritablement désignée par la règle de conflit en faisant abstraction d'une éventuelle fraude des parties.

91. *3° Élément subjectif.* L'élément subjectif, le comportement des parties, est déterminant pour la fraude à la loi, alors qu'il est dépourvu de pertinence pour la réserve d'ordre public.

92. *4° Différence quant aux effets.* Le régime des sanctions n'est pas le même pour les deux institutions: lorsque le juge fait intervenir la réserve d'ordre public, il doit choisir un droit de substitution afin de combler la lacune résultant de l'éviction de la *lex causae*. Lorsque le juge est convaincu d'être en présence d'une fraude à la loi, il applique dans un premier temps la loi désignée par la règle de conflit, en faisant abstraction de la manipulation des parties²⁵⁴. Ainsi, lorsque la règle de conflit désigne le droit du lieu de situation d'un bien, il ne tient pas compte du déplacement frauduleux de l'objet litigieux; lorsque la règle désigne le droit national, il refuse de prendre en considération la naturalisation abusive, etc. Il est possible que, dans un second temps, le juge doive évincer au nom de l'ordre public certaines règles de la *lex causae* en raison du résultat auquel conduit leur application. Il doit alors choisir un droit de substitution, afin de combler la lacune découlant de l'intervention de la réserve.

93. *5° Différence quant à l'élément protégé.* En dernier lieu, la réserve de la fraude à la loi permet également au juge d'intervenir lorsque la loi normalement applicable est la loi étrangère, alors que la réserve d'ordre public ne protège que

²⁵⁴ AUDIT, N° 236; ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, p. 50-51; BUCHER, DIP I/2, N° 198; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 348; MAYER, N° 273 et 274; MAURY, p. 161; MEBES, *op. cit.* (note 239), p. 81; NIBOYET, *Traité*, t. III, N° 1090 ss; BATIFFOL/LA-GARDE, N° 357. Nous ne parlerons pas de la controverse relative à l'inopposabilité ou à l'invalidité de l'acte.

les principes fondamentaux du for²⁵⁵. Cette déduction s'impose logiquement si l'on songe que la fraude à la loi étrangère apparaît comme une fraude à la règle de conflit du for. La prohibition de la fraude à la loi doit donc pouvoir intervenir pour empêcher les parties d'éluder un droit étranger au profit d'une autre loi étrangère ou même au profit de la loi du for, puisqu'un tel comportement implique une violation de la règle de conflit du for.

B. Fraude au jugement

94. *Définition.* La fraude au jugement (ou « *forum shopping* ») est le pendant de la fraude à la loi. Elle se caractérise²⁵⁶ également par une manipulation déloyale des critères de rattachement dans le but d'obtenir un résultat matériel déterminé; les parties ou l'une d'elles manipulent les règles de conflit de juridictions, celles-ci influençant parfois la désignation du droit applicable²⁵⁷. Comme le relève A. BUCHER²⁵⁸, le seul fait qu'une partie choisisse un for en fonction de son intérêt à l'application d'une loi particulière, parmi la pluralité de fors que lui offre la diversité des réglementations des Etats intéressés, ne permet pas en soi de retenir une fraude. Une partie peut avoir un intérêt parfaitement justifié à saisir un juge qui appliquera une loi déterminée, parce qu'elle la juge plus favorable (p. ex. prévoyant une surindemnisation de la victime d'un acte illicite), à saisir des tribunaux qui statueront plus rapidement que d'autres, qui lui demanderont une avance de frais moindre, qui permettront à son avocat d'utiliser des moyens de preuve qui ne lui sont pas offerts ailleurs, ou qui se

²⁵⁵ Sur la pratique française à ce sujet, voir p. ex. ANCEL/LEQUETTE, p. 47. Il est admis que la fraude à la loi étrangère est sanctionnée par le juge français, voir CA Paris, 18 juin 1964, RCDIP 1967, p. 340; Cass. fr., 11 juillet 1977, RCDIP 1978, p. 149 et voir la définition de Cass. fr., 17 mai 1983, RCDIP 1985, p. 346, Société *Lafarge*, assurant la protection de la « loi normalement compétente », sans distinction d'origine (Voir également Cass. fr., 2 octobre 1984, JDI 1985, p. 495; TGI Paris, 5 janvier 1994, RCDIP 1994, p. 529). Pour la Suisse: BUCHER, DIP I/2, N° 202; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 347; SCHWANDER, Einführung AT, N° 501.

²⁵⁶ Voir p. ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 335.

²⁵⁷ Exemple: X. SA dont le siège est en A. a emprunté une importante somme à Y. SA, dont le siège est en B, à un taux d'intérêt annuel de 20 %. Faute d'élection de droit, la règle de conflit de A. soumet le contrat au droit de A., celle de B. au droit de B. La loi de C., Etat voisin de A. et de B., mais avec lequel les parties n'ont aucun lien, prévoit que le taux d'intérêt des contrats de prêt peut être réduit, en cas de difficulté économique de l'emprunteur, lorsqu'il dépasse 10 %; ses tribunaux se déclarent compétents lorsque le siège de l'emprunteur est situé sur son territoire. A seule fin de pouvoir se prévaloir de cette règle, X. SA transfère son siège en C et y déplace son administration. Une fraude au jugement peut toutefois être retenue même si la manipulation n'a pas eu d'influence sur la loi appliquée, par exemple parce que les règles de conflit du juge saisi frauduleusement désignent le même droit que les autorités de l'Etat de la reconnaissance auraient appliqué si elles avaient été saisies.

²⁵⁸ BUCHER, DIP I/2, N° 199 et 200.

contenteront d'une preuve par vraisemblance²⁵⁹. En revanche, une fraude pourrait être retenue lorsque l'une des parties manipule l'un des critères de rattachement dans le but de détourner la règle de conflit de juridictions du for; les procédés utilisés pour manipuler la règle de conflit sont identiques à ceux que nous avons mentionnés en matière de fraude à la loi.

95. *Distinction entre la réserve et la fraude au jugement. 1° Différence fonctionnelle.* Le principe de la bonne foi, dont s'inspire la prohibition de la fraude au jugement, est certes une valeur fondamentale de notre société. Il existe cependant une différence fonctionnelle entre la réserve d'ordre public et la prohibition de la fraude au jugement: cette dernière sanctionne la conduite de parties qui ont manipulé les faits de façon à donner l'apparence d'une compétence directe ou indirecte, alors que la réserve tend à protéger l'ensemble des valeurs essentielles de la société de référence à l'encontre des incidences que le droit étranger ou les jugements étrangers peuvent y déployer.

96. *2° Différence quant aux effets.* S'il est prouvé qu'une règle de compétence directe a été manipulée, le juge statuera comme si l'élément artificiellement modifié ne l'avait pas été, se déclarera incompétent (pour autant qu'il ne se saisisse pas du litige sur la base d'un autre chef de compétence non fraudé), alors que le juge faisant intervenir la réserve ne doit pas refuser pour autant, dans notre système du moins²⁶⁰, de statuer sur le litige dont il est saisi. Si la fraude porte sur une règle de compétence indirecte, le juge refusera de reconnaître le jugement prononcé à l'étranger, sanction identique à celle de la réserve en matière d'effet indirect.

97. *3° Différence quant au stade d'intervention. Cumul de fraude et de violation de l'ordre public.* La fraude à la règle de compétence directe doit être examinée préalablement à l'application de la loi étrangère, et donc à l'intervention éventuelle de la réserve; en effet, si le juge n'est pas compétent, il n'a pas à résoudre le litige en application de la loi étrangère éventuellement désignée par la règle de conflit du for. Dans le domaine de l'effet indirect, l'intervention de l'ordre public suppose la reconnaissance d'un jugement rendu par un juge compétent (art. 25 lit. a LDIP). Par conséquent, l'exception de fraude au jugement devrait en principe également être examinée avant l'exception d'ordre public. La réserve d'ordre public a souvent vocation à intervenir à l'encontre de jugements rendus par des juges affirmant des compétences exorbitantes ou saisis frauduleusement par l'une des parties; la fraude au jugement s'accompagne fréquemment d'une violation des droits de la défense. Si l'intimé

²⁵⁹ Voir WALTER, p. 92-98, sur les critères que prendra en compte une partie pour choisir un for.

²⁶⁰ Dans certains systèmes, le juge se dessaisit du litige, *infra*, N° 389.

soulève l'exception de violation de l'ordre public procédural (art. 27 al. 2 LDIP), le juge pourra rejeter la demande d'*exequatur* en retenant alternativement ou cumulativement la fraude au jugement et l'atteinte à l'ordre public procédural; parfois, l'ordre public matériel (art. 27 al. 1 LDIP) intervient également.

98. *Un cas particulier: la fraude à la règle étrangère de conflit de lois. Impossibilité de sanctionner cette fraude au stade de la reconnaissance en droit international privé suisse.* Il faut distinguer la fraude au jugement de l'hypothèse dans laquelle un jugement étranger, rendu par un tribunal jouissant d'une compétence indirecte (au sens de l'Etat de la reconnaissance), a été prononcé à la suite d'une fraude à la règle de conflit étrangère. En droit français, pareil jugement ne serait pas reconnu²⁶¹, l'absence de fraude étant l'une des conditions de l'*exequatur*. En effet, les tribunaux français appelés à se prononcer sur la reconnaissance d'un jugement doivent contrôler la « compétence » de la loi appliquée par le juge étranger au regard des règles de conflit françaises²⁶². La solution sera différente en Suisse: à notre avis, l'autorité de la reconnaissance ne peut contrôler si le jugement étranger se fonde sur une fraude à la règle de conflit de lois du juge d'origine²⁶³, dès lors que le droit international privé ne conditionne pas la reconnaissance ou l'exécution au contrôle, à la lumière des règles de conflit suisses, de la loi appliquée par le juge étranger. Le juge ne pourrait effectuer un tel contrôle sans heurter la prohibition de la révision au fond (art. 27 al. 3 LDIP); cela reviendrait à créer un motif de refus non prévu à l'art. 27 LDIP²⁶⁴. En pareil cas, seule la fraude au jugement pourrait entrer en ligne de compte, lorsque les parties ont également fraudé une règle de compétence directe ou indirecte de l'Etat de la reconnaissance. La réserve pourrait intervenir, pour autant que le jugement heurte l'ordre public. Lorsqu'en revanche, le juge suisse, saisi d'un litige, applique le droit international privé étranger auquel renvoie son propre système, il pourra sanctionner une fraude à la règle de conflit étrangère, parce que celle-ci implique inévitablement une fraude à la règle de conflit du for. Il s'agit d'une fraude à la loi et non d'une fraude au jugement.

²⁶¹ Cass. fr., 7 janvier 1964, RCDIP 1964, p. 344, *Munzer*; CA Paris, 25 mars 1994, RCDIP 1996, p. 119.

²⁶² Cf. MAYER, N° 385 ss. Au N° 391 i. f., cet auteur note que la fraude à la loi ne pourrait plus intervenir au niveau des effets du jugement, si l'on supprimait le « contrôle de la compétence législative »; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 726. L'*exequatur* est néanmoins accordé si la décision est conforme au résultat auquel aurait abouti l'application des règles françaises de conflit (équivalence, voir p. ex. CA Paris, 8 mai 1980, RCDIP 1981, p. 700; Cass. fr., 22 avril 1985 et 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 89).

²⁶³ Voir, d'un avis contraire, KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 348.

²⁶⁴ Rappelons que ceux-ci sont exhaustifs, cf. ATF 120 II 83 (86), B.

99. *Arguments tirés des conventions de Bruxelles et de Lugano et de la jurisprudence française.* On peut du reste tirer le parallèle avec les conventions de Bruxelles et de Lugano qui ne prévoient en principe pas le contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, mais l'imposent à leur art. 27 al. 4 pour les questions d'état civil ou de capacité des personnes physiques, de régimes matrimoniaux, de testaments ou de successions, lorsqu'elles se posent à titre préalable. Dans les domaines pour lesquels le contrôle de la loi applicable n'est pas prévu, la doctrine souligne que le juge de la reconnaissance ne pourra sanctionner par un refus d'*exequatur* la fraude commise à la loi de l'Etat d'origine²⁶⁵. Cette conclusion ressort également de l'examen d'arrêts français rendus dans des domaines où la France s'est conventionnellement engagée à ne plus procéder au contrôle de la loi applicable (Convention franco-algérienne de 1964 ou Convention franco-marocaine de 1981); les tribunaux ne statuent plus que sous l'angle de la fraude au jugement et non de la fraude à la loi²⁶⁶.

100. *Illustration.* A. est domiciliée à Neuchâtel et ressortissante de l'Etat X.; la loi de X. confère un droit de répudiation au mari; les ressortissants domiciliés à l'étranger peuvent se faire représenter. La dissolution du mariage est soumise à la loi nationale, la nationalité n'étant pas nécessairement effective. A. est l'épouse de B., initialement ressortissant de l'Etat X., mais qui a renoncé à cette nationalité en 1980 lorsqu'il a acquis la nationalité italienne par naturalisation. A. et B. sont domiciliés en Suisse depuis 15 ans. Le 1^{er} janvier 1998, A. dépose une requête d'assistance judiciaire auprès du juge de district de son domicile en vue de se faire désigner un mandataire d'office dans une procédure de divorce qu'elle a l'intention d'introduire contre son conjoint. Informé par son épouse de cette démarche, B. se rend le 5 janvier 1998 à l'ambassade de X. à Berne pour réintégrer, par simple déclaration, son ancienne nationalité. Le 7 janvier 1998, B. mandate son frère, domicilié en X. afin qu'il aille répudier son épouse devant deux notaires. Le 9 janvier, la répudiation est prononcée et inscrite à l'état civil de l'Etat X. Le 15 janvier 1998, B. requiert du juge de district de son domicile la reconnaissance de la répudiation, intervenue avant le 25 janvier 1998, date de l'introduction de l'instance matrimoniale par la citation en conciliation de divorce que son épouse lui a fait notifier (art. 158 et 364 ss CPCN). A. s'oppose à la reconnaissance. Le juge de la reconnaissance pourrait retenir trois motifs de refus: en premier lieu, il pourrait estimer que la réintégration dans la nationalité de X., intervenue juste après que A. s'est ouverte de son intention de divorcer, constitue une fraude à la règle suisse de compétence indirecte (art. 65 al. 1, 25 lit. a LDIP). Il pourrait retenir en deuxième lieu une violation de l'ordre public procédural (art. 27 al. 2 lit. a et b LDIP), si A. démontre qu'elle n'a pas reçu de citation à comparaître dans le cadre de la procédure qui s'est déroulée dans l'Etat X.; le juge pourrait enfin admettre qu'au vu des liens que la cause présente avec le for (long domicile commun en Suisse) la reconnaissance d'une répudiation, inégalitaire et unilatérale, heurte manifestement

²⁶⁵ GAUDEMET-TALLON, Les Conventions, N° 342-343; GOTHOT/HOLLEAUX, N° 260 *et* *ss.*; DROZ, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), Paris, 1977, N° 494 *ss.*; Cass. fr., 12 juillet 1994, RCDIP 1995, p. 68, 3^e espèce (et note ANCEL, p. 78). Voir toutefois DONZALLAZ, vol. II, p. 427 *ss.*

²⁶⁶ CA Paris, 5 novembre 1988, D. 1989, Somm., p. 257; Cass. fr., 1^{er} mars 1988, RCDIP 1989, p. 721, *Senoussi*; Cass. fr., 6 et 26 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593.

l'ordre public matériel (art. 27 al. 1 LDIP). En revanche, le juge ne pourra retenir que le jugement a été rendu en fraude à la règle de conflit de l'art. 61 LDIP ou à la règle de conflit de l'Etat X., puisqu'il ne peut procéder au contrôle de la loi appliquée par le juge étranger.

101. « *Fraude à l'effet atténué* ». *Jurisprudence française*. En France, il arrive que les tribunaux refusent l'*exequatur* et retiennent qu'une partie commet une fraude au jugement en saisissant un tribunal dont la compétence n'est pourtant pas contestée et qui a appliqué une loi conforme aux règles de conflit françaises. Pour reprendre les termes de P. MAYER, ce qui constitue alors une fraude au jugement, « *c'est le fait d'aller plaider à l'étranger dans le but principal d'invoquer le jugement dans le pays où l'on vit, qui aurait refusé de le prononcer si ses juges avaient été saisis directement* »²⁶⁷. S'il est admis que la juridiction française n'a pas une compétence exclusive en matière de divorce et qu'un tribunal peut être reconnu compétent si le litige se rattache « *de manière caractérisée* » au pays dont le juge a été saisi, le jugement ne sera pas reconnu si le choix de la juridiction a été frauduleux²⁶⁸. A titre d'illustration, l'on peut citer certaines décisions relatives à des répudiations: des conjoints domiciliés en France s'étaient rendus dans leur pays d'origine pour prononcer une répudiation, afin d'éviter la condamnation au versement de prestations alimentaires par un juge français. La saisine des autorités nationales fut jugée frauduleuse alors que la compétence des autorités de l'Etat d'origine était fondée et la loi applicable correspondait à celle désignée par les règles de conflit françaises, en l'espèce les conventions signées avec l'Algérie et le Maroc²⁶⁹. I. FADLALLAH a qualifié ce procédé de « *fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public* »²⁷⁰.

102. *Critique de cette jurisprudence*. Il est extrêmement délicat d'affirmer qu'une répudiation a été prononcée dans l'unique but d'échapper à une décision condamnatoire française. La proximité dans le temps entre le déplacement dans le pays d'origine et l'introduction de l'instance en France ainsi que la brièveté du voyage constituent certes des indices; il est cependant rare que l'on puisse exclure que l'époux n'eût aucun autre motif d'aller prononcer une répudiation dans son pays d'origine. Le demandeur a un intérêt évident à voir appliquée une

²⁶⁷ MAYER, N° 393.

²⁶⁸ Cass. fr., 6 février 1985, RCDIP 1985, p. 369, *Simlich*.

²⁶⁹ Cass. fr., 13 décembre 1994, JDI 1995, p. 343; Cass. fr., 6 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593, 1^{ère} espèce; CA Paris, 15 novembre 1988, D. 1989, Somm., p. 257; Cass. fr., 1^{er} mars 1988, D. 1988, p. 486; Cass. fr., 1^{er} mars 1988, RCDIP 1989, p. 721; CA Paris, 6 juillet 1982, RCDIP 1984, p. 325, 2^e espèce, *Bairouk*. Pour des exemples inverses, où la saisine des tribunaux français par l'épouse est jugée frauduleuse parce qu'introduite après une répudiation intervenue à l'étranger à la demande de l'épouse, voir CA Versailles, 22 février 1992 et CA Paris, 22 août 1992, RCDIP 1993, p. 473.

²⁷⁰ Note sous CA Paris 6 juillet 1982, RCDIP 1984, p. 336.

loi qui lui est plus favorable: en droit musulman, le divorce n'est pas prononcé aux torts de l'époux, le don de consolation versé à l'épouse est généralement symbolique; la loi prévoit un partage différent de la garde des enfants, etc. Il est paradoxal de déclarer une telle démarche frauduleuse en présence d'une compétence reconnue, d'une loi régulièrement applicable et en l'absence de toute manipulation, alors que les Français domiciliés à l'étranger peuvent toujours saisir leurs tribunaux d'une action en divorce en vertu des art. 14 et 15 CCFr. et peuvent toujours s'opposer à l'*exequatur* d'un jugement prononcé par une autre juridiction²⁷¹. P. LAGARDE relevait que la fidélité de la Cour de cassation à la doctrine de l'effet atténué, qui postule une intervention plus mesurée de la réserve en matière d'effet indirect, expliquait ce détour maladroit par la fraude; les liens que les causes entretenaient avec la France auraient suffi à faire intervenir l'ordre public pour faire obstacle à la reconnaissance de ces répudiations²⁷².

103. *Arguments contre la réception de cette jurisprudence en Suisse.* Pour ne prendre que l'exemple de la répudiation, la règle de compétence indirecte en vigueur en Suisse (art. 65 LDIP) a pour conséquence qu'un juge suisse sera parfois confronté à des situations comparables. L'épouse qui avait déjà introduit une instance matrimoniale en Suisse lorsqu'une répudiation a été prononcée pourra soulever l'exception de litispendance (art. 27 al. 2 lit. c LDIP) pour faire obstacle à la reconnaissance de cet acte. Lorsqu'en revanche l'instance n'était pas pendante, il ne nous paraît ni possible ni souhaitable de nous inspirer de la jurisprudence des tribunaux français relative à la « *fraude à l'effet atténué* » de l'ordre public; on peut se demander en premier lieu si cette jurisprudence n'est pas la réaction des tribunaux à l'abaissement important, peut-être excessif, de la barrière de l'ordre public à l'égard des répudiations durant les années précédentes²⁷³. Il ne paraît pas nécessaire de tempérer en Suisse une jurisprudence qui n'a jamais eu recours à une interprétation aussi libérale de la théorie de l'effet atténué. La prise en considération de la « *fraude à l'effet atténué* » revient à qualifier de frauduleux des comportements qui ne le sont pas, puisque les parties n'ont commis aucune manipulation des critères de rattachement. Cette observation ne signifie pas que de telles répudiations doivent être reconnues en Suisse. Nous pensons toutefois qu'il convient de se

²⁷¹ CA Paris, 15 novembre 1988, D. 1989, Somm., p. 257; Cass. fr., 6 déc. 1988, D. 1989 Somm., p. 257.

²⁷² LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 274.

²⁷³ DÉPREZ, RCADI, p. 176: « *Mais la jurisprudence est-elle disposée à aller plus loin et à refuser l'exequatur à la décision étrangère, même si celle-ci ne porte ombrage à aucune procédure en cours, en tenant pour frauduleuse la recherche par le mari des facilités de répudiation offertes par sa loi d'origine ? Une telle solution ne serait pas incompatible avec la tendance libérale constatée envers la répudiation sur le terrain de l'ordre public* ».

fonder exclusivement sur l'ordre public matériel et procédural²⁷⁴, en faisant jouer la condition des liens de la cause avec le for (*Binnenbeziehung*), doctrine bien établie en Suisse. La théorie de l'effet atténué n'ayant aucun caractère absolu dans la jurisprudence suisse, il n'est pas nécessaire de la compléter en se référant à la fraude lorsque la règle de conflit n'a pas été manipulée; l'intensité des liens avec le for et la gravité de l'atteinte à l'ordre public pourront justifier l'intervention de la réserve en matière d'effet indirect. S'il apparaît que la cause se trouvait, au moment où la répudiation a été prononcée, étroitement liée à l'Etat de la reconnaissance, notamment du fait du domicile des parties, l'ordre public du for pourra intervenir dans toute son étendue.

4. Réserve d'ordre public et application du droit public étranger

104. *L'art. 13 LDIP.* L'application du droit public étranger n'est pas en soi contraire à l'ordre public suisse²⁷⁵. Une qualification de droit public, selon les critères de la *lex fori* ou de la *lex causae*²⁷⁶, de la règle du droit désigné ne heurte pas de façon automatique les valeurs essentielles du for. Aux termes de l'art. 13 LDIP, l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public; ce texte s'inscrit dans la droite ligne de la célèbre résolution adoptée en 1975 par l'Institut de droit international²⁷⁷, et contredit l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral²⁷⁸. Le texte de la loi de 1987 établit de façon particulièrement claire que la loi étrangère est en principe applicable, qu'il s'agisse de droit public ou de droit privé; la règle de droit public sera appliquée dans les limites que le législateur étranger lui a fixées; ainsi, le juge respectera la volonté d'autolimitation, temporelle ou territoriale, du droit public étranger. La réserve d'ordre public de l'art. 17 LDIP doit jouer son rôle d'exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit lorsque l'application concrète du droit public étranger conduit à un résultat qui heurte des principes fondamentaux du for²⁷⁹. La

²⁷⁴ Cf. *infra*, N° 808-816.

²⁷⁵ On parle ici de l'application du droit public étranger à titre principal; la prise en considération à titre préalable du droit public étranger ne pose jamais de problème, sous réserve de l'intervention de l'ordre public, cf. HEINI, IPRG Kommentar, N° 18 ad art. 13.

²⁷⁶ Pour un résumé des opinions sur ce point, NORDIN, *Umfang*, p. 112 ss.

²⁷⁷ Session de Wiesbaden, ASDI 1975, p. 550: « le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public ».

²⁷⁸ Refus de principe d'appliquer le droit public; prise en considération des seules règles de droit public soutenant le droit privé (servant indirectement les intérêts privés): cf. notamment ATF 80 II 53 (62), *Ammon*; 95 II 109 (114), *Schweizerische Bankgesellschaft*; 107 II 489 (492), *Barmer Ersatzkasse*; 109 II 65 (70) *Freistaat Bayern*; 111 Ia 52 (59) *Saat Italien* (prise en considération); cf. BUCHER, DIP I/2, N° 355.

²⁷⁹ *Sic* la résolution précitée de l'Institut de droit international à laquelle se réfère le Message,

majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question, à commencer par le professeur Pierre LALIVE, qui était le rapporteur de la commission spéciale à l'origine de la résolution de l'Institut, admet que c'est uniquement sous l'angle de l'ordre public que l'application du droit public étranger peut être écartée²⁸⁰.

105. *Abandon de l'ancienne distinction jurisprudentielle. Avantages du recours à la réserve.* L'on pourrait tirer argument du fait que l'art. 13 LDIP n'affirme pas positivement que le droit public étranger doit être appliqué mais, négativement, que son application n'est pas exclue d'emblée en raison de sa nature et considérer que l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral²⁸¹ doit être maintenue: ainsi, il faudrait appliquer le droit public étranger dans la mesure où il ne protège pas exclusivement un intérêt étatique, mais soutient une réglementation des rapports privés. Comme le soulignait P. LALIVE, la notion d'un « *droit public-public* » opposé à un « *droit public-privé* » est une distinction obscure. Il n'est pratiquement pas possible d'affirmer abstraitement qu'une norme sert uniquement un intérêt étatique; la politique législative du for constitue le plus souvent un agglomérat mêlant étroitement la défense d'intérêts privés et la protection d'intérêts étatiques. Même une norme qui, à première vue, semble purement relever de la défense d'intérêts publics sera parfois invoquée par une partie privée; cette norme se révèle par conséquent utile à la défense d'un intérêt privé, ce qui devrait modifier sa qualification. La résolution de 1975 réproouve également (art. III) « *le principe de l'inapplicabilité a priori de certaines catégories de dispositions de droit public étranger, comme celles qui ne visent pas la protection des intérêts privés mais servent essentiellement les intérêts de l'Etat* ».

106. *L'arrêt Banco nacional de Cuba.* Droit servant à la manifestation du

ch. 214.2.

²⁸⁰ Pierre LALIVE, Sur l'application du droit public étranger, ASDI 1971, p. 103 ss, p. 125; *idem*, Le droit public étranger et le droit international privé, TCFDIP 1973-1975, p. 215 ss, p. 242-243; *idem*, L'application du droit public étranger, Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. 56 (1975), p. 219 ss, p. 224; HEIZ, p. 135-155; SCHNYDER, Die Anwendung, p. 151 ss; SCHWANDER, Einführung AT, N° 413; Hans-Ulrich STUCKI, Der Grundsatz der Nichtanwendung fremden öffentlichen Rechts im schweizerischen Internationalen Privatrecht, th. Zurich 1971, p. 61 ss, 69 ss; voir également *Appellationsgericht BS*, 27 mars 1992, BJM 1993, p. 17 et 18 août 1995, BJM 1997, p. 17, RSDIE 1997, p. 492 (note SCHWANDER). Pour la discussion sur l'application du droit public en Allemagne, voir p. ex. KROPHOLLER, p. 137-138; SONNENBERGER, München. Komment. Einleitung, N° 365 ss; VON BAR, IPR I, N° 242 ss; Gerhard KEGEL, Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht, Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, Cologne 1988, p. 243 ss. En France: LOUSSOUARN/BOUREL, N° 119 ss; AUDIT, N° 279 ss; Pierre MAYER, Le rôle du droit public en droit international privé français in KLEIN (édit.), Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé, Bâle 1991, p. 63-83.

²⁸¹ *Supra*, N° 104 et note 278.

pouvoir. Catégorie de règles exclues du rattachement ? Dans un obiter dictum d'un arrêt prononcé en 1992, le Tribunal fédéral affirmait que le droit public qui servait seulement à la manifestation du pouvoir de l'Etat étranger ne serait pas davantage appliqué sous l'empire de la LDIP qu'il ne l'était sous celui de la LRDC²⁸². Cette jurisprudence ne contribue pas à clarifier le débat. Les juges fédéraux envisageaient-ils une catégorie particulière de lois qui serait d'emblée exclue du rattachement opéré par la règle de conflit ? L'arrêt le laisse entendre, sauf à préciser que le Tribunal fédéral a eu la sagesse d'ajouter que si ce type de loi était applicable, la question de leur compatibilité avec l'ordre public se poserait²⁸³. On peut se demander, sans prétendre apporter de réponse définitive, s'il convient de conclure de cette jurisprudence que le refus de prendre en considération le droit qui ne sert qu'à la manifestation du pouvoir d'un Etat étranger constitue un principe d'ordre public²⁸⁴.

107. *Critique de cette affirmation.* Nous pensons que le Tribunal fédéral aurait dû se référer uniquement à la réserve d'ordre public. En effet, c'est un exercice périlleux et relativement illusoire que de vouloir dire d'emblée, au stade de la détermination du droit applicable et indépendamment du résultat auquel conduit son application, qu'une norme relevant du droit public de la *lex causae* doit être écartée parce qu'elle constitue la simple expression du pouvoir d'un législateur étranger; cette approche nous paraît empreinte d'une conception territorialiste qui n'a plus sa place dans la LDIP. Il ne s'agit pas de résoudre un conflit de souveraineté entre différents législateurs, dès lors que c'est la règle de conflit du for qui désigne le droit étranger; il serait vain de réintroduire la notion d'une défense de la souveraineté du for à l'encontre d'une manifestation du pouvoir d'un législateur étranger, puisque le juge peut écarter cette règle étrangère au nom de l'ordre public si elle produit des résultats réellement choquants qui se révèlent contraires à certains objectifs fondamentaux de l'ordre juridique du for²⁸⁵. D'un maniement particulièrement souple, relativisée par le principe de

²⁸² ATF 118 II 348, RSDIE 1994, p. 518, *Banco nacional de Cuba*.

²⁸³ A noter que l'arrêt a été rendu sous l'empire de la LRDC et que le droit public en question n'était pas désigné par la règle de conflit; s'il avait statué en application de la LDIP, le Tribunal fédéral aurait pu refuser de prendre en considération la loi cubaine en retenant qu'elle n'incorporait pas un intérêt légitime au regard de la conception suisse du droit (art. 19 LDIP).

²⁸⁴ MÄCHLER-ERNE (IPR, Kommentar SPR, N° 23-24 ad art. 13) voit dans cet arrêt la confirmation du fait que le droit public est en principe applicable et que seule la réserve peut intervenir; elle cite un arrêt du *Handelsgericht ZH* (19 septembre 1991, ZR 1991, p. 66 [68]), se demandant si les normes libyennes sur les devises « *als nach hiesigen Wertvorstellungen krass stossend unberücksichtigt zu bleiben hätten* », question laissée ouverte, puisqu'elles ne s'appliquaient pas. HEINI, IPRG Kommentar, N° 28 ad art. 13, cite cet arrêt au titre de la réserve.

²⁸⁵ En 1933, KNAPP (p. 113) notait déjà: « *L'extraterritorialité exceptionnelle des lois de*

l'appréciation concrète, la réserve fournit au juge un outil bien plus adapté à la résolution du litige privé qui lui est soumis; son intervention est d'autant plus ciblée que la règle étrangère n'est pas appréciée abstraitement, avec les risques de dérive que cela implique, mais dans les effets qu'elle déploie.

108. *Opinions de quelques auteurs.* Nous observerons que F. VISCHER, suivi de plusieurs auteurs²⁸⁶, soumet l'application d'une partie des règles de droit public de la *lex causae* aux conditions de l'art. 19 LDIP; selon cet auteur, le juge doit passer au crible de l'art. 19 LDIP les *Eingriffsnormen*, qui poursuivent des buts de politique économique ou étatique, bien qu'il ne s'agisse pas de dispositions « d'un droit autre que celui désigné » (art. 19 al. 1 LDIP). Nous exposerons plus loin les raisons qui nous conduisent à rejeter cette solution²⁸⁷. A. HEINI laisse cette question ouverte²⁸⁸, en réservant dans tous les cas l'ordre public; seront ainsi écartées au nom de l'ordre public les normes qui sont contraires à des principes du droit international public, celles par lesquelles des législateurs tentent de doter leur législation d'effets extraterritoriaux inadmissibles ainsi que les règles de droit public intervenant dans une relation de droit privé dans le seul but de réaliser des mesures politiques ou de poursuivre une politique économique²⁸⁹. A. BUCHER²⁹⁰ écarte la formule inaugurée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Banco nacional de Cuba* et propose d'adopter le critère de l'influence effective exercée par le droit public étranger sur le rapport de droit privé; il suggère d'examiner l'équilibre entre les droits et les obligations des parties, ce qui permettrait notamment d'écarter le droit étranger lorsqu'il a pour effet de priver une partie de ses droits de manière discriminatoire ou sans compensation équitable. Pour B. DUTOIT²⁹¹, le droit public qui s'attache exclusivement ou principalement à la protection d'intérêts publics est également désigné par la règle de conflit; il estime que la seule limite à l'application du droit public étranger réside dans la réserve d'ordre public, laquelle inclut aussi les cas de violation du droit international public par le droit public étranger. Pour Monica MÄCHLER-ERNE, la désignation du

droit public est soumise seule à la réserve de l'ordre public ».

²⁸⁶ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1, 2 et 10 ad art. 19 LDIP; *idem*, Zwingendes Recht, p. 440-441; *idem*, General Course, p. 181; MORSCHER (cité *infra*, note 480) p. 88, 101; VOSER, p. 83, qui rapporte les avis de la doctrine sur cette question aux p. 73 ss; NORDIN, Umfang, p. 131 ss. Voir également, citant cet opinion sans trancher la question *Appellationsgericht BS*, 18 août 1995, BJM 1997, p. 17, RSDIE 1997, p. 492 (note SCHWANDER) au sujet de l'art. 697 du code civil turc, texte équivalent à l'art. 724 CC.

²⁸⁷ Cf. *infra*, N° 179.

²⁸⁸ HEINI, IPRG Kommentar, N° 23 ad art. 13.

²⁸⁹ HEINI, IPRG Kommentar, N° 24-28 ad art. 13, citant l'ATF 118 II 348 précité (*supra*, note 282).

²⁹⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 359.

²⁹¹ DUTOIT, Commentaire, N° 9 et 10 ad art. 13.

droit applicable par la règle de conflit englobe tout le droit public étranger. Les normes de droit public soutenant la réglementation de droit privé sont applicables²⁹². Il en va de même des normes que la Suisse s'est conventionnellement engagée à appliquer²⁹³, ainsi que des normes de droit public que la règle de conflit suisse exige de prendre en considération (p. ex. art. 142 al. 2 LDIP). Cet auteur refuse d'appliquer par analogie l'art. 19 LDIP aux règles de politique étatique et économique. Le droit public n'est plus exclu en tant que catégorie, mais la réserve d'ordre public pourrait intervenir; pour juger si l'ordre public doit ou non évincer le droit public étranger, les éléments d'appréciation mentionnés à l'art. 19 LDIP auraient toutefois leur rôle à jouer²⁹⁴.

109. *Notre position: la réserve constitue le seul rempart à l'application du droit public étranger désigné.* Nous sommes d'avis que la réserve d'ordre public devrait constituer le seul rempart contre l'application du droit public étranger. A l'instar de la majorité des auteurs précités, nous pensons que seule l'application de la norme de droit public aux circonstances concrètes de la cause permettra de déceler l'injustice pouvant en résulter. C'est en appliquant la norme à une espèce concrète que le juge sera le mieux à même d'examiner la compatibilité du but poursuivi par le législateur étranger avec les valeurs du for; il n'est pas d'instrument plus adapté à ce contrôle que la réserve d'ordre public. Si le juge parvient à la conclusion que la règle du droit public étranger conduit dans son application concrète à une situation inacceptable, parce qu'elle sauvegarde exclusivement un intérêt étatique au préjudice de droits privés, il évincera cette norme au nom de l'ordre public du for. En dépit du caractère relativement imprécis des principes d'ordre public susceptibles d'entrer en jeu, l'intervention de la réserve est bien plus transparente que les autres solutions proposées. Les parties savent que le juge écarte une règle étrangère en raison des résultats auxquels conduit son application et non en raison de son appartenance à telle ou telle catégorie du droit, ce dont les intéressés n'ont cure. Certes, l'éviction de la norme étrangère au nom de l'ordre public ou son exclusion au stade de la détermination du droit applicable en raison de sa nature de droit public conduisent à des résultats fort semblables; toutefois, en se plaçant dans une perspective psychologique²⁹⁵, force est d'admettre que la méthode fondée sur la seule réserve d'ordre public présente un moins grand risque de dérive. Chaque juriste a une tendance instinctive à vouloir étendre le champ d'application de son droit, dont il connaît mieux les concepts et à n'envisager que de façon exceptionnelle l'application d'un droit étranger. Nous pensons que la souplesse

²⁹² MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 18 ss ad art. 13, citant (N° 18 ad art. 13) TF, 3 décembre 1991.

²⁹³ ATF 95 II 109 (114), *Schweizerische Bankgesellschaft*.

²⁹⁴ Pour plus de détails, voir MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 24 ad art. 13.

²⁹⁵ Cf. HEIZ, p. 131.

dont le juge dispose en qualifiant telle norme de « *droit public servant exclusivement l'intérêt étatique* » lui permet d'écarter trop confortablement de grandes plages d'un droit régulièrement désigné par la règle de conflit. En revanche, le juge qui écarte une règle au nom de l'ordre public doit mentionner dans sa décision le principe d'ordre public pertinent et préciser en quoi celui-ci est heurté de façon concrète. Les strictes conditions d'intervention de la réserve constituent un solide rempart contre des atteintes à la règle de conflit.

110. *Illustration.* Glück von Kleusty, ressortissant de Syldavie²⁹⁶, est attaché culturel au Consulat syldave de Genève. Il désire se marier en Suisse avec Tadzia Nunucha, 15 ans, de nationalité syldave et domiciliée en Suisse depuis 10 ans. En droit syldave, le mariage est possible dès l'âge de 15 ans; toutefois en droit public syldave, le règlement sur le statut du personnel consulaire prohibe le mariage des attachés culturels. Ayant appris le dessein de son attaché culturel, Direkt Vispat, consul de Syldavie à Genève, informe l'officier de l'état civil de Genève du contenu du règlement précité et lui demande de ne pas célébrer le mariage. Le droit suisse (art. 44 al. 1 LDIP) ne permet pas la célébration du mariage, en raison du trop jeune âge de Tadzia; les intéressés invoquent l'art. 44 al. 2 LDIP qui désigne la loi syldave. Après que l'officier de l'état civil suisse aura constaté que la règle du droit national commun des fiancés désignée par l'art. 44 al. 2 est en principe applicable indépendamment de son caractère éventuel de droit public (art. 13 LDIP), il est possible qu'il décide d'écarter cet empêchement au nom du principe fondamental de la liberté du mariage, qui est un principe d'ordre public suisse, s'il estime que les liens avec la Suisse sont suffisants. Il pourrait célébrer le mariage s'il estime que l'application du droit syldave, amputé de l'empêchement inacceptable, ne déploie pas des effets contraires à l'ordre public suisse.

111. *Reconnaissance et exécution.* Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement étranger, la question de l'application par un juge suisse du droit public étranger ne se pose pas. Il est possible que la reconnaissance d'un jugement rendu en application de certaines normes de droit public soit refusée parce que la reconnaissance conduirait à un résultat inconciliable avec les valeurs essentielles du for. Ce n'est pas la nature des règles appliquées par l'autorité d'origine qui conditionne le refus de reconnaissance, mais bien les effets que le jugement déploie dans l'Etat de la reconnaissance.

112. *Acte de souveraineté.* Nous renonçons à traiter du problème controversé de la reconnaissance des actes de souveraineté étrangers (confiscation, nationalisation, réquisition) qui nous écarterait trop de notre sujet. La question semble au demeurant se poser plus fréquemment en matière de droits réels et de droit des obligations qu'en matière d'état des personnes, en particulier en rapport avec les actes de nationalisation ou de confiscation, si bien que nous pourrions en faire abstraction sans porter atteinte à la substance de notre étude.

²⁹⁶ Pour des détails sur ce petit pays d'Europe orientale, voir HERGÉ, *Les Aventures de Tintin, Le Sceptre d'Otokoar*, Tournai 1947 et 1975, p. 19-21.

Nous ne trancherons pas la question très discutée de savoir si les actes de souveraineté étrangers doivent être respectés *a priori*, dans la mesure où ils concernent un territoire étranger; en tout état de cause, la reconnaissance des effets que des actes de souveraineté entendent déployer en Suisse est toujours soumise au contrôle de la réserve de l'ordre public²⁹⁷. L'ordre public pourrait faire obstacle à la reconnaissance de mesures confiscatoires ou prévoyant une indemnisation insuffisante²⁹⁸, de mesures fondées sur une politique raciale inégalitaire²⁹⁹, de mesures punitives prises à l'égard d'une seule personne physique ou morale³⁰⁰. En revanche, et c'est le point que nous voulions souligner, le juge ne peut s'opposer à la reconnaissance d'une nationalisation pour la simple raison qu'il s'agit d'un acte issu du droit public³⁰¹. En outre, la

²⁹⁷ Cf. *Appellationsgericht* BS, 27 mars 1992, BJM 1993, p. 17 (28) au sujet des nationalisations françaises: « *Die Wirkung fremder Enteignungen im Inland ist somit einzig zu beurteilen unter dem Gesichtspunkt eines Verstosses gegen den schweizerischen ordere public* ». HELZ, p. 288 ss en rapport principalement avec les confiscations et nationalisations. Sous l'empire de la LDIP, voir l'étude détaillée de Markus HUWYLER, *Äusländische juristische Personen im internationalen Enteignungsrecht der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalgesellschaften*, th. Bâle 1988, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1989 (p. 64 ss sur l'intervention de l'ordre public).

²⁹⁸ Sic *Appellationsgericht* BS, 27 mars 1992, BJM 1993, p. 17 (30-31); *Handelsgericht* AG, RSJ 1956, p. 319; Voir également Cass. fr., 23 avril 1969, RCDIP 1969, p. 717 (1^{ère} et 2^{ème} espèce) au sujet des nationalisations algériennes et l'affaire *Total Afrique* (1^{er} juillet 1981, RCDIP 1982, p. 148) dont la portée est controversée (cf. ANCEL/LEQUETE, *Grands arrêts*, p. 101).

²⁹⁹ *Appellationsgericht* BS, 27 mars 1992, BJM 1993, p. 17 (30); ATF 95 II 109 (115) *Schweizerische Bankgesellschaft*: législation sur le trafic des devises ne concernant que les Juifs, mais voir cependant la discutabile ATF 79 II 193 (202), *Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt*, annulant la décision de l'*Obergericht* ZH, 27 mai 1952, ZR 1956, N° 60, p. 123: confiscation par les autorités nationales-socialistes de la valeur de rachat d'une assurance-vie auprès de la succursale en Allemagne d'une société d'assurance suisse en application de la législation raciale; le TF estime que l'ordre public n'exige pas que l'on fasse abstraction de la confiscation qui a eu lieu et qu'on impose à la société d'assurance de payer une seconde fois; on ne supprime pas une injustice par une autre (voir A. BERGMANN, *Enteignung von Versicherungsforderungen*, RSJ 1956, p. 53 ss, le commentaire sévère de GUTZWILLER, ASDI 1954, p. 292 ss et HUWYLER, note 340, p. 69-70).

³⁰⁰ Cf. François KNOEPFLER, *Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse*, ASDI 1983, p. 149 ss, p. 158 (citant ATF 39 II 640, *Compagnie fermière de la Grande Chartreuse et Pascalls*, qui refuse de donner effet à la décision française de 1901 sur la dissolution de la Corporation des Pères Chartreux); Werner NIEDERER, *Einige Grenzfällen des Ordre public in Fällen entschädigungsloser Konfiskation*, ASDI 1954, p. 91 ss, invoque, à côté de la réserve, le principe de l'inapplicabilité du droit public.

³⁰¹ KNOEPFLER, *op. cit.* (note 300), p. 163: « *En d'autres termes, toutes les fois que la jurisprudence suisse a traité des nationalisations, et s'est opposée aux mesures étrangères en invoquant le principe de la non-application du droit public étranger, elle aurait pu parvenir au même résultat en intervenant simplement par le biais de la réserve d'ordre public* »;

doctrine américaine de l'*Act of State*, qui interdit aux tribunaux de porter un jugement à l'encontre d'un acte étatique relevant de la souveraineté de l'Etat qui l'a édicté et prohibe l'intervention de la réserve dans ces cas, n'a pas sa place dans notre système³⁰². L'on notera enfin que l'intervention de l'ordre public suppose que la compétence³⁰³ de l'autorité étrangère était donnée relativement à l'acte dont il est question.

5. *Ordre public négatif, « ordre public positif » et lois d'application nécessaire de l'art. 18 LDIP*

113. *Notion d'ordre public négatif.* La réserve d'ordre public des conflits de lois est qualifiée de négative (« *réserve négative d'ordre public* ») parce qu'elle a pour principal effet d'évincer l'application de la loi étrangère contraire aux conceptions fondamentales du for.

114. *Notion d'« ordre public positif ».* Les lois d'application nécessaire. On peut opposer la réserve classique d'ordre public aux lois d'application immédiate ou nécessaire dont Phocion FRANCESCAKIS a posé les bases théoriques et la terminologie³⁰⁴ et que de nombreux auteurs classent dans la catégorie de l'« *ordre public positif* »³⁰⁵. Il s'agit de règles dont « *l'objectif est de nature à indiquer directement leur domaine d'application dans l'espace, tant interne qu'international* » (A. BUCHER)³⁰⁶, de « *normes matérielles qui, en vertu de la volonté exprimée ou inexprimée du législateur, doivent s'appliquer impérativement et indépendamment de toute désignation par des règles de conflit de lois générales* » (F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER)³⁰⁷,

KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 479.

³⁰² Sur cette théorie, voir notamment SCHWANDER, *Lois d'application immédiate*, p. 81-84; HEIZ, p. 213-222; HERZOG, *La théorie de l'Act of State dans le droit des Etats-Unis*, RCDIP 1982, p. 617 ss; HUWYLER, *op. cit.* (note 297), p. 32-34 ss. Nous nous rallions à SCHWANDER, *Lois d'application immédiate*, p. 86: « *Wo immer der Forumstaat fremdes Recht aufgrund einer Anweisung des eigenen Rechtes anwendet, verwirklichen hilft oder ausländische Hoheitsakte durchsetzt, steht ihm zumindest der Vorbehalt des ordre public zur Verfügung, soweit dem nicht eine partikuläre Völkerrechtsnorm entgegensteht* ».

³⁰³ Sur cette question controversée, en particulier sur le point de savoir s'il faut reconnaître la compétence de l'Etat étranger pour des nationalisations ayant des effets extraterritoriaux, voir notamment HUWYLER, *op. cit.* (note 297), p. 60 ss.

³⁰⁴ Cf. Phocion FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958; *idem*, *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate »*, RCDIP 1966, p. 1-18; voir sur la paternité légitime de cet auteur, VOSER, p. 1 et 7 ss. SPERDUTTI revendique la découverte du concept, à tort selon VOSER, p. 1, note 6.

³⁰⁵ P. ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 349; DUTDIT, *Commentaire*, N° 2 ad art. 18; SCHNYDER, IPR, p. 34 et les auteurs cités par VOSER, p. 246, note 13.

³⁰⁶ BUCHER, DIP I/2, N° 139.

³⁰⁷ KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Droit international privé*, 1^{ère} éd., N° 376 (voir également,

« dès lors que l'Etat qui les a édictées estime nécessaire de les voir appliquées aux situations présentant avec lui un certain rattachement » (P. MAYER)³⁰⁸. Il s'agirait de normes qui, de façon positive, affirmeraient leur application en matière internationale.

115. *Objet de notre étude.* Par respect du cadre que nous nous sommes fixé, nous n'étudierons pas les règles d'application nécessaire qui ont fait l'objet de nombreux travaux en droit suisse et à l'étranger³⁰⁹. Notre propos tend uniquement à distinguer les lois d'application nécessaire de la réserve d'ordre public, dans la mesure où cela présente quelque utilité pour la suite de notre étude.

116. *Les lois de police, une sous-catégorie des lois d'application nécessaire ? Flou de la distinction.* Parmi ces lois d'application nécessaire, certains distinguent un groupe de lois ayant pour but, déclaré ou implicite, la sauvegarde d'intérêts supérieurs. Il s'agit des lois de police, « dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (Ph. FRANCESCAKIS)³¹⁰. C'est à ces lois de police que le Tribunal fédéral faisait allusion en se référant à des « dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique »³¹¹. D'autres règles, plus rares, ne sont pas des lois de police, leur caractère d'application nécessaire n'étant pas appelé par leur but, mais néanmoins imposé par le législateur pour d'autres motifs³¹². La distinction est floue et la terminologie³¹³ varie d'un auteur à l'autre. Dans le cadre de notre étude, nous nous en tiendrons à une définition des lois d'application nécessaire qui fait abstraction de leur contenu; il s'agit de règles matérielles du for qui s'appliquent impérativement à une situation présentant des éléments d'extranéité, en vertu d'une règle de conflit unilatérale et spéciale,

2^e éd., N° 376c), cités par DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 18.

³⁰⁸ MAYER, N° 120.

³⁰⁹ En particulier BONOMI, Le norme imperative, *passim*; SCHWANDER, Lois d'application immédiate; VOSER, *passim*; Andreas BUCHER, RCADI, p. 39-43; BUCHER, DIP I/2, N° 138 ss, 440 ss; GOLDSTEIN, Ordre public, p. 91 ss; voir, pour des bibliographies détaillées, BONOMI, Le norme imperative, p. X ss; VOSER, p. XIX ss; VISCHER, IPRG Kommentar, p. 193; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, p. 165-166.

³¹⁰ Répertoire Dalloz de droit international, V° Conflit de lois, N° 137; cf. ég. RCDIP 1974, p. 275.

³¹¹ ATF 117 II 494 (501), C. Inc., citant KNOEPFLER/SCHWEIZER, Droit international privé, 1^{ère} éd., N° 376.

³¹² MAYER, N° 131.

³¹³ Les auteurs de langue allemande sont également confrontés à des problèmes de terminologie qui reflètent parfois de profondes divergences doctrinales (cf. MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 7 ad art. 18, au sujet du terme « *Eingriffsnormen* »).

expresse ou implicite³¹⁴.

117. *L'art. 18 LDIP.* A l'art. 18 LDIP, le législateur suisse a préféré les termes de « *dispositions impératives* »³¹⁵ qui, parce qu'ils engendrent un risque de confusion avec le droit interne impératif, sont moins clairs que l'expression « *lois d'application nécessaire* » mais dont le sens est identique³¹⁶. Aux termes de cette disposition, « *sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi* ». La Commission d'experts avait prévu de regrouper dans une seule disposition, dont la marginale indiquait « *ordre public du droit suisse* » (art. 17 P), la réserve d'ordre public et les lois d'application nécessaire; le rapport explicatif précisait qu'il s'agissait de réglementer à l'art. 17 al. 2 P « *la fonction positive de l'ordre public* » et affirmait qu'il s'agissait de règles qui s'appliquent à titre exclusif, compte tenu de leur but particulier, qui est souvent de droit public³¹⁷. Le projet du Conseil fédéral avait séparé les deux alinéas du projet en deux dispositions distinctes; alors que l'art. 16 traitait de la réserve, la marginale de l'art. 17 était intitulée « *application impérative du droit suisse* ». Le Message se référait également à la fonction positive de l'ordre public³¹⁸. Le Tribunal fédéral a déclaré, avec prudence, que l'art. 18 LDIP « *touch[ait] à l'ordre public* »³¹⁹.

118. *Critique de la terminologie d'ordre public négatif et positif.* 1° *Effet positif de la réserve.* L'expression traditionnellement reçue d'ordre public positif est doublement trompeuse. En premier lieu, force est de constater que la réserve ne se limite pas à un pur effet (négatif) d'éviction: en matière d'effet direct, le juge qui évince la *lex causae* doit trancher le litige, en adaptant la loi écartée ou en lui substituant un autre droit; parfois, la réserve écarte un empêchement inacceptable, par exemple parce qu'il est discriminatoire, et exige que la création d'un lien juridique (lien conjugal ou de filiation, vocation successorale) soit permise dans l'Etat du for, en dépit de la prohibition de la loi étrangère. On peut qualifier d'ordre public permissif cette intervention de la réserve à l'encontre d'une norme prohibitive, par opposition à l'ordre public prohibitif, qui fait obstacle à l'application d'une norme permissive. L'ordre public

³¹⁴ Cette définition s'inspire de celle proposée par VOSER, p. 133.

³¹⁵ Note marginale de l'art. 18 LDIP: « *Application de dispositions impératives du droit suisse / Zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts / Norme svizzera d'applicazione necessaria* ».

³¹⁶ Les dispositions impératives au sens de l'art. 18 LDIP n'englobent pas l'ensemble des règles impératives internes (cf. VOSER, p. 163-164 et *infra*, N° 137), un important risque de confusion existe.

³¹⁷ Projet, p. 260.

³¹⁸ Message, ch. 214.51 et 214.53.

³¹⁹ ATF 117 II 494 (501), C. Inc.

permissif déploie un effet essentiellement positif³²⁰, ce qui ne signifie pas que l'ordre public soit d'une nature positive³²¹. En matière de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères, la réserve déploie effectivement des effets purement négatifs.

119. 2° *Risque de confusion avec une ancienne théorie.* En second lieu, nous pensons qu'il ne faut manier la terminologie d'« *ordre public positif* » qu'avec grande prudence, en évitant toute confusion avec une théorie ancienne et dépassée. En effet, avant l'émergence de la théorie des lois d'application nécessaire, la doctrine et la jurisprudence avaient tendance à admettre que la réserve d'ordre public constituait un principe fondamental et indépendant du droit international privé, une catégorie de rattachement au même titre que les autres et non une exception au rattachement ordinaire: l'ordre public, dans sa fonction positive, permettait d'assurer le champ d'application de certaines normes, impératives ou non, de la *lex fori*, indépendamment de la règle de conflit³²². Cette théorie est marquée du sceau du territorialisme. L'ordre public positif intervenait fréquemment, parce que la création, par la voie prétorienne, de vastes catégories de « *matière d'ordre public* » soustraites à l'emprise de la règle de conflit du for, représentait une solution confortable. Ainsi, dans certains arrêts anciens, le Tribunal fédéral semblait admettre que le droit du divorce, dans sa globalité, était d'ordre public³²³. Comme nous le verrons plus loin, il n'y a plus de place pour cette théorie de l'ordre public positif en droit international privé suisse.

120. 3° *Toutes les lois d'application nécessaire ne sont pas des normes d'ordre public.* Une autre raison justifie que l'on ne qualifie qu'avec prudence d'ordre public positif ces lois d'application nécessaire: le plus souvent, ces règles poursuivent un but qui coïncide avec des valeurs essentielles que le for entend protéger; mais il arrive malheureusement parfois que le caractère nécessaire de leur application soit imposé par le législateur et ne soit pas appelé par leur but ou que ce but ne tende pas à assurer la sauvegarde de respectables valeurs.

³²⁰ Dans le cadre de l'annulation d'une sentence arbitrale pour contrariété à l'ordre public (art. 190 al. 2 lit. e LDP), le Tribunal fédéral a précisé que l'ordre public n'a « *qu'une fonction protectrice (ordre public négatif) et il n'est assorti d'aucun effet normatif (ordre public positif ou formateur)* », ATF 120 II 155 (166-167), *Emirats Arabes unis et consorts*, BUCHER, DIP I/2, N° 431 et les remarques d'ARFAZADEH, pp. 228 ss.

³²¹ SONNENBERGER, München. Komment., N° 17 ad art. 6.

³²² SCHWANDER, *Lois d'application immédiate*, p. 41-42; BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 355; SPERDUTTI, p. 226-227; KARAQUILLO, N° 38 ss, ces auteurs citant les thèses de MANCINI et de PILLET (cf. *supra*, N° 27 et 34).

³²³ ATF 5, 262 (264), *Graberg*; ATF 8, 822 (825), *Eheleute Sandvoss*, cités par SCHWANDER, *Lois d'application immédiate*, p. 42, note 7.

morales fondamentales³²⁴. On peut citer à titre d'exemple la Loi fédérale sur l'acquisition des immeubles par des étrangers (voir les art. 2, 4 à 7) ou certaines règles du droit du bail³²⁵. Comme le souligne I. SCHWANDER³²⁶, une loi d'application nécessaire ne se justifie que lorsque son but exige qu'elle soit appliquée sans exception; par conséquent, lorsque son but peut être atteint par d'autres moyens, par exemple par l'application du droit étranger qui contient une règle différente mais à finalité comparable, il n'y a pas de loi d'application nécessaire. Il s'agit là d'un état idéal³²⁷, qui n'est malheureusement pas conforme à la réalité du droit positif. Le juge qui a individualisé une règle d'application nécessaire expresse ou implicite doit l'appliquer, sans avoir à se soucier de savoir si cette norme poursuit un but lié à la défense des valeurs du for. En d'autres termes, le but de certaines lois d'application nécessaire ne relève pas de l'ordre public, toutes ne sont pas la concrétisation sous la forme d'une norme positive des valeurs essentielles du for. Lorsque la loi d'application nécessaire constitue une concrétisation d'exigences fondamentales du for, la réserve d'ordre public et les lois d'application nécessaire constituent effectivement deux faces complémentaires de l'ordre public, comme le suggérerait l'art. 17 du projet de la Commission d'experts. La règle d'application nécessaire poursuivant un but de défense des valeurs du for affirme directement une valeur essentielle du for, concrétisée dans une règle positive applicable en tant que telle, alors que la réserve d'ordre public est une clause générale qui permet d'assurer le respect de principes, d'un ensemble de valeurs fondamentales qui ne sont pas toujours exprimées sous la forme de règles de droit. En revanche, si la norme d'application nécessaire ne poursuit pas un but de défense des valeurs du for, elle n'a plus rien de commun avec la réserve d'ordre public; dès lors, la suppression de la référence à l'ordre public à l'art. 18 LDIP est parfaitement réaliste. On peut donc dire que l'art. 18 LDIP régit effectivement la fonction positive de l'ordre public, mais que, malheureusement, cette disposition régit également les règles d'application nécessaire qui ne concrétisent pas des valeurs fondamentales du for. On peut

³²⁴ MAYER, N° 131, citant à titre d'exemple les règles sur la possession d'état, applicables à toute famille résidant en France en vertu de l'art. 311-15 CCFr., alors que le but de ces règles ne le justifie pas; VOSER, p. 247; SCHWANDER, Einführung AT, N° 533: « *im Gegenteil haben die lois d'application immédiate einen gewissen Ungerechtigkeitsgehalt* »; *idem*, Lois d'application immédiate, p. 448; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 7 ad art. 17 LDIP.

³²⁵ Pour la discussion sur la nature de lois d'application nécessaire des art. 271 ss, 269 ss et 258 ss CO, voir François KNOEPFLER, Que reste-t-il de l'autonomie de la volonté en matière de bail immobilier international ? in *Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zurich 1995, p. 239 ss, p. 253; SCHWANDER, Einführung BT, N° 180 au sujet des art. 169 CC et 271a CO.

³²⁶ SCHWANDER, Einführung AT, N° 526 et Lois d'application immédiate, p. 291.

³²⁷ Le Message, ch. 214.53, se réfère aux « *dispositions qui revêtent une signification fondamentale pour l'Etat et la communauté juridique* ».

regretter que de telle lois existent, mais il est vain de vouloir nier leur existence en droit positif.

121. *La théorie des lois d'application nécessaire et la réserve d'ordre public constituent deux procédés complémentaires.* La réserve d'ordre public et les lois d'application nécessaire constituent deux procédés différents qui permettent de tenir compte des valeurs et des règles essentielles du for. Pour certains, la technique de la loi d'application nécessaire, loin de constituer une régression du droit international privé, « complète la construction conflictualiste et apparaît comme un correctif aux déficiences de ce système lorsque celui-ci n'est pas à même de proposer, en raison de l'objectif particulier attaché à certaines institutions, une solution satisfaisante »³²⁸. Pour d'autres, l'on pourrait faire l'économie de cette théorie³²⁹. Force est d'admettre qu'en droit positif suisse les deux méthodes sont à disposition de l'interprète.

122. *L'approche classique de la méthode des lois d'application nécessaire est réductrice.* Dans sa conception classique, l'application de la norme d'application nécessaire serait un préalable à l'intervention des règles générales de conflit. Pour reprendre l'expression de Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL³³⁰, l'intervention d'une loi d'application nécessaire aurait pour effet de « tuer le conflit de lois dans l'œuf ». La réserve aurait un rôle thérapeutique, alors que la loi d'application nécessaire aurait un aspect préventif³³¹. L'intervention de la réserve supposerait l'application de la règle de conflit du for, la détermination de la loi applicable, l'application de cette loi au cas concret. En revanche, lorsque le juge découvre une loi d'application nécessaire, il n'appliquerait pas la règle de conflit et n'aurait pas à procéder à la confrontation matérielle de deux solutions différentes, dès lors que la règle du for exclurait *ab initio* la désignation d'une loi étrangère³³². La loi du for affirmerait son applicabilité et sa nature impérative indépendamment de l'extranéité que présente la relation litigieuse. Une partie importante de la doctrine s'attache à souligner à juste titre que cette analyse est réductrice.

123. *Les lois d'application nécessaire sont assorties d'une règle de conflit unilatérale.* Certains auteurs, auxquels nous nous rallions, estiment que les lois d'application nécessaire sont toujours assorties d'une règle de conflit unilatérale

³²⁸ KARAQUILLO, p. 200.

³²⁹ Voir LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 153.

³³⁰ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 251.

³³¹ KARAQUILLO, N° 447.

³³² LOUSSOUARN/BOUREL, N° 251; voir également LAGARDE, *Répertoire*, 2^e éd., V° *Ordre public*, ch. 14.

déterminant le champ d'application de ces règles matérielles³³³. En ce sens, la règle de conflit ne serait pas absente du raisonnement. On peut souligner que, quelle que soit la thèse défendue, le juge n'appliquera en tout cas pas le droit étranger, la règle de conflit unilatérale implicite qui accompagne la loi d'application nécessaire renvoyant à la loi du for; nous verrons toutefois que la controverse doctrinale n'est pas aussi stérile qu'elle le semble à première vue.

124. Cette règle de conflit est une règle spéciale qui déroge aux règles générales de la LDIP. Il faut admettre avec P. MAYER que la règle de conflit unilatérale et la loi d'application nécessaire doivent être distinguées: la règle de conflit unilatérale soustraite à l'ordre juridique étranger une partie de la matière qui lui est attribuée par la règle de conflit bilatérale ordinaire, alors que la seconde se substitue ponctuellement à la règle matérielle étrangère³³⁴. La règle de conflit unilatérale qui accompagne la règle d'application nécessaire est une règle spéciale qui fixe le champ d'application de cette règle matérielle ou d'un ensemble précis et déterminé de règles matérielles, alors que la règle unilatérale générale fixe le champ d'application d'un ensemble plus ou moins ouvert de normes matérielles, réunies, par commodité intellectuelle et pratique, sous le concept commun du rapport de base. La règle de conflit accompagnant la loi d'application nécessaire est une « règle d'applicabilité spatiale » particulière, soit une disposition dont l'objet est de déterminer le domaine d'application dans l'espace d'une norme particulière³³⁵. Certains auteurs de langue allemande ont forgé deux expressions difficilement traduisibles pour ces deux concepts distincts. Ils distinguent ainsi les « *sachverhaltsbezogene* » et les « *gesetzes- oder rechtssatzbezogene Kollisionsnormen* »; la première est une règle de conflit unilatérale du type de l'art. 34 LDIP; la seconde est la règle de conflit unilatérale qui fixe le champ d'application d'une loi d'application nécessaire³³⁶. En français, l'on pourrait traduire la première de ces expressions par « règle de conflit unilatérale générale » et la seconde par « règle de conflit unilatérale se

³³³ Voir VOSER, p. 125-128, 132 (et note 7, p. 126-127 sur les opinions doctrinales en droit international privé comparé); BUCHER, DIP I/2, N° 143; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 18 notamment; LALIVE, Tendances et méthodes, p. 146; *contra*: DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 18.

³³⁴ Dans ce sens, MAYER, N° 129. Sur cette question, voir également les réflexions nuancées de BONOMI, Le norme imperative, p. 161 ss.

³³⁵ Sur cette notion en rapport avec la question, voir GOLDSTEIN, Ordre public, p. 104 ss, se référant à Marc FALLON, Les règles d'applicabilité en droit international privé, Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, Bruxelles 1986, t. I, p. 285, N° 2.

³³⁶ VOSER, p. 103-104, 125-128 et VISCHER, IPRG Kommentar, N° 19 ad art. 18 LDIP; ils signalent que la distinction est sans portée lorsque le droit matériel suisse saisi par la règle de conflit unilatérale est formé d'une seule règle, comme c'est le cas à l'art. 34 al. 1 LDIP (cf. *infra*, N° 481).

*rapportant à une règle » ou « règle de conflit unilatérale spéciale »*³³⁷. Le terme de « *règle d'applicabilité spatiale* » nous semble préférable.

125. *La règle de conflit générale reste applicable au surplus.* La réserve d'ordre public et les lois d'application nécessaire constituent des techniques qui doivent être clairement distinguées; cela ne signifie toutefois pas que la seconde se situerait en dehors du mécanisme conflictuel. En présence d'une règle d'application nécessaire, l'interprète doit examiner la *lex causae*, désignée par la règle de conflit générale, afin de déterminer dans quelle mesure la problématique visée par la loi d'application nécessaire du for est soustraite à sa réglementation; en effet, comme le souligne A. BONOMI³³⁸, dès lors que la loi d'application nécessaire règle de façon ponctuelle un aspect particulier du rapport litigieux, elle doit s'appliquer, de façon cumulative avec la *lex causae*, dans la mesure où il n'y a pas incompatibilité. En d'autres termes, la détermination du champ d'application résiduel de la *lex causae* suppose l'examen de la compatibilité de la loi applicable avec les règles d'application nécessaire pertinentes.

126. *Terminologie.* Si l'on admet que les règles internationalement impératives ne s'appliquent pas de façon directe (sans détour par la règle de conflit), l'on doit reconnaître que le terme de lois d'application immédiate est trompeur³³⁹; on peut continuer à les désigner ainsi, faute de mieux³⁴⁰, parce qu'elles sont connues sous ce nom, en gardant à l'esprit qu'elles sont toujours accompagnées d'une règle de conflit, ou alors trouver une autre terminologie. L'expression « *règles d'application nécessaire* » nous semble la meilleure, puisque, tout en soulignant le caractère impératif de la norme matérielle, elle évite de faire croire que le raisonnement conflictuel serait paralysé.

127. *Avantage pédagogique de cette approche.* En soulignant que l'impérativité de la loi d'application nécessaire découle d'une règle de conflit spéciale, déterminant le champ d'application d'une règle matérielle précise, on évite que l'interprète perde de vue la spécificité, tenant à son caractère international, de la relation qui lui est soumise³⁴¹; la méthode du rattachement présente l'avantage d'inviter l'interprète à examiner « *s'il y a lieu ou non de tirer des conséquences de la présence d'éléments d'extranéité* », alors que, si l'on suit la théorie

³³⁷ GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 101 recense les expressions utilisées par les auteurs d'expression française (règle d'applicabilité, règle d'application, règle de droit international privé).

³³⁸ BONOMI, *Le norme imperative*, p. 152-154, 417, etc.

³³⁹ En ce sens, GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 101.

³⁴⁰ *Sic*, VOSER, p. 131-132.

³⁴¹ Voir surtout LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 149-150.

classique des lois d'application nécessaire, « le champ de vision se trouve limité *a priori* »³⁴². Avec la méthode proposée ici, le juge devra interpréter la règle de conflit fixant expressément le champ d'application dans l'espace de la règle matérielle; il devra consulter les règles générales de conflit, ne serait-ce que pour déterminer si le législateur a tenu compte du but de la règle matérielle en adoptant la règle de conflit générale. Il faut se montrer particulièrement prudent quant à l'admission d'une volonté d'application nécessaire de la règle matérielle³⁴³. Le juge indiquera dès lors les motifs précis qui le conduisent à penser que le législateur a assigné à la norme matérielle un champ d'application sortant du cadre des relations purement internes. Il devra examiner scrupuleusement si le but de la règle exige qu'elle soit appliquée inconditionnellement³⁴⁴. L'interprète examinera si le problème des conflits de lois a été abordé lors de l'adoption de la norme et respectera la volonté éventuelle d'autolimitation de la règle. En évitant que les règles générales de conflit se vident peu à peu de leur substance du fait d'une extension des matières régies par des lois d'application nécessaires, la méthode décrite devrait contribuer au développement d'une approche respectueuse de la spécificité des litiges internationaux.

128. *Points de contact entre l'ordre public et les lois d'application nécessaire. Règle matérielle concrétisant une valeur fondamentale du for.* Il existe des points de contact entre l'ordre public et les lois d'application nécessaire. Comme le souligne N. VOSER³⁴⁵, le fait qu'une règle matérielle concrétise une valeur fondamentale du for et semble avoir un contenu éthique d'une relative densité constitue un indice à l'appui d'une qualification de loi d'application nécessaire. Nous traiterons plus loin de la question complexe des rapports qu'entretiennent droits fondamentaux et ordre public³⁴⁶. A. BONOMI³⁴⁷ relève avec raison que la différence entre l'art. 17 et 18 LDIP réside dans le rapport entre principes et normes juridiques: la première disposition tend à sauvegarder le respect de principes, de nature éthique, qui ne sont pas des règles de droit, alors que la seconde s'attache à l'application de règles impératives du for. Il

³⁴² LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 149; voir également, dans le contexte particulier des droits fondamentaux, HAMMJE, *Droits fondamentaux*, p. 10.

³⁴³ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 382a; SCHWANDER, *Einführung AT*, N° 526, 534; MÄCHLER-ERNE, *IPR Kommentar SPR*, N° 11 ad art. 18; BONOMI, *Le norme imperative*, p. 217.

³⁴⁴ Voir, pour un exemple de méthode, BONOMI, *Le norme imperative*, p. 219-221, qui suggère que le juge s'inspire de la « *rule of reason* » (nécessité, proportionnalité, non-duplication) élaborée par la jurisprudence communautaire en matière d'obstacles à la libre circulation des marchandises.

³⁴⁵ VOSER, p. 250-251.

³⁴⁶ Cf. *infra*, N° 347-354.

³⁴⁷ BONOMI, *Le norme imperative*, p. 203 ss, 418.

nous paraît toutefois qu'il faut nuancer ce propos, dès lors qu'il existe, comme nous l'avons souligné, des règles d'application nécessaire qui ne se fondent pas sur des valeurs fondamentales de nature éthique du for et que certaines règles matérielles, tout en s'inspirant de principes fondamentaux de l'ordre juridique, ne constituent pas des règles d'application nécessaire.

129. *Application complémentaire et éventuellement successive des deux procédés.* Les deux procédés, lois d'application nécessaire (art. 18 LDIP) et réserve d'ordre public (art. 17 LDIP), sont indépendants et complémentaires et l'interprète devra parfois les appliquer successivement dans un même cas d'espèce. Si l'un des aspects de la relation juridique examinée par le juge est régi par une loi d'application nécessaire du for, l'intervention de la réserve d'ordre public ne peut entrer en ligne de compte qu'à l'encontre du résultat auquel conduit l'application de la *lex causae* (étrangère), dans la mesure où celle-ci n'entre pas en contradiction avec la loi d'application nécessaire (auquel cas elle ne s'applique pas) et lorsqu'elle est appelée à régir d'autres aspects de la relation qui ne sont pas soumis à la loi impérative au sens de l'art. 18 LDIP³⁴⁸; en effet, ce n'est pas parce que le juge a fait application d'une loi d'application nécessaire que le résultat auquel conduit l'application résiduelle du droit étranger désigné sera toujours compatible avec l'ordre public. Le raisonnement conflictuel n'étant pas effacé, la clause de sauvegarde des valeurs essentielles de la société du for reste indispensable. La partie spéciale fournit plusieurs illustrations de la combinaison de ces deux méthodes.

130. *Règles de conflit unilatérales générales désignant la loi du for. Différence avec la méthode des lois d'application nécessaire.* Indépendamment de l'existence d'une loi d'application nécessaire, le législateur peut s'assurer que le droit du for sera applicable dans une situation donnée. Lorsque le législateur désigne le droit du for, en application d'une règle de conflit unilatérale (art. 34 al. 1 LDIP, jouissance des droits civils; art. 44 al. 3 LDIP, forme de la célébration du mariage; art. 119 al. 3 LDIP, forme du contrat portant sur un immeuble situé en Suisse) ou bilatérale (139 al. 2 LDIP pour le droit de réponse, art. 36 al. 1 LDIP sur la sécurité des transactions), il arrive qu'il le fasse pour garantir une sphère d'efficacité à certaines dispositions matérielles³⁴⁹. A la différence de la règle de conflit spéciale, le législateur s'est penché sur la nécessité d'appliquer la loi du for, dans tous les cas (règle unilatérale) ou dans certaines situations (règle bilatérale), pour des motifs de défense des valeurs du for, au moment où il a adopté son système de règles générales de conflit. Parfois, le législateur tient à assurer à la loi du for une sphère d'application

³⁴⁸ VOSER, p. 253.

³⁴⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 489-490.

allant au-delà d'un but de pure défense des valeurs du for³⁵⁰. Le droit suisse étant désigné dans ces situations, par définition (règle unilatérale) ou par hypothèse (règle bilatérale), la réserve d'ordre public n'interviendra pas³⁵¹.

131. *Lois d'application nécessaire et effet indirect.* Dans l'optique de la distinction entre effets direct et indirect, une remarque s'impose. L'art. 18 LDIP n'a pas son pendant en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions. C'est la conséquence logique du fait qu'en matière d'effet indirect, il n'y a pas lieu de revoir l'application qui a été faite à l'étranger d'un droit matériel désigné par la règle de conflit pertinente (art. 27 al. 3 LDIP), mais de donner effet à un acte ou à un jugement efficace dans un autre système³⁵². Le respect des lois d'application nécessaire du for ne constitue pas l'un des motifs de refus énumérés, de manière exhaustive³⁵³, à l'art. 27 LDIP. Les buts poursuivis par les règles d'application nécessaire de l'Etat de la reconnaissance pourront tout au plus être pris en considération indirectement, au moment de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement, s'ils constituent des principes fondamentaux protégés par la réserve d'ordre public de l'art. 27 al. 1 LDIP³⁵⁴. Le juge examinera si la reconnaissance de l'acte qui lui est soumis est en contradiction manifeste avec l'ordre public. Il arrivera fréquemment que la reconnaissance du jugement étranger ne heurte pas l'ordre public en dépit du fait que le juge d'origine n'a pas tenu compte d'une règle d'application nécessaire du for, ce qui est parfaitement compréhensible si la règle de conflit appliquée par le juge d'origine ne désignait pas la loi de l'Etat de la reconnaissance. Même dans l'hypothèse inverse, lorsque la règle de conflit du juge d'origine désignait la loi de l'Etat de la reconnaissance, la reconnaissance du jugement ne sera pas forcément refusée. Si la règle d'application nécessaire de l'Etat de la reconnaissance ne poursuit pas la défense des valeurs essentielles de l'ordre juridique concerné, l'ordre public n'interviendra pas. Lorsqu'elle poursuit un tel but, elle trouve peut-être un équivalent dans la *lex causae* appliquée par le juge d'origine, de sorte qu'aucune contradiction à l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance ne se fera sentir; même lorsque la *lex causae* ne contient aucune disposition équivalente à la règle d'application nécessaire de l'Etat de la reconnaissance, l'ordre public de celui-ci ne sera pas toujours heurté de façon

³⁵⁰ Cf. BUCHER, DIP I/2, N° 144 et 491: exemple: art. 72 al. 3 (filiation); art. 120 (contrats de consommation); art. 124 al. 3 (forme des contrats); art. 147 al. 1 et 3 (monnaie), etc.

³⁵¹ Cf. BUCHER, DIP I/2, N° 494 qui estime que les recours aux clauses des art. 17 et 18 n'est pas nécessaire si la règle de conflit désigne le droit du for.

³⁵² Voir dans le même sens pour l'Italie, BONOMI, *Le norme imperative*, p. 216-217 et, pour la Suisse, voir toutefois les auteurs cités par BONOMI, note 211, p. 215, notamment SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, p. 88 ss.

³⁵³ ATF 120 II 83, G. sur le caractère exhaustif des motifs de refus.

³⁵⁴ Voir p. ex. BUCHER, DIP I/2, N° 448.

suffisamment grave pour que la réserve intervienne.

132. *Existence de règles d'ordre public, parallèlement aux lois d'application nécessaire ? Thèse de A. BUCHER.* A. BUCHER est d'avis qu'il existe des règles d'ordre public qui ne sont pas des lois d'application nécessaire. Selon cet auteur³⁵⁵, ce qui est fondamental pour le for ne se trouve pas uniquement concrétisé dans des principes, comme l'intérêt de l'enfant en matière de divorce et de filiation ou la protection de la personnalité, mais également dans certaines règles qu'il qualifie « *d'ordre public* »; ces règles, fondamentales et précises, qui prévoient un effet juridique déterminé ne seraient pas des lois d'application nécessaire. En présence d'une règle de cette nature, la réserve d'ordre public de l'art. 17 LDIP produirait un effet d'éviction de toute solution différente prévue par la loi étrangère et un effet positif, puisque la règle d'ordre public contiendrait elle-même la solution à retenir pour la sauvegarde des valeurs de l'ordre public du for³⁵⁶. Les lois d'application nécessaire constitueraient une catégorie particulière de ces règles d'ordre public; il s'agirait de celles qui, dans leur mise en œuvre, tendent à inverser l'ordre du raisonnement; l'effet positif surviendrait immédiatement, au lieu de survenir après l'application de la règle de conflit et l'éviction de la norme étrangère contraire à la règle d'ordre public suisse. Selon A. BUCHER, l'art. 17 LDIP serait parfaitement en mesure d'assurer le domaine d'application nécessaire aux dispositions internationalement impératives du for, par le détour de la règle de conflit³⁵⁷. Inversement, une règle comme celle de l'art 18 LDIP serait parfaitement apte à protéger le domaine d'application nécessaire des règles d'ordre public du for, sans aboutir à des résultats différents. La seule différence serait qu'à l'art. 17 LDIP les règles d'ordre public n'évinceraient pas les normes étrangères dont le résultat serait compatible avec celles-ci, alors qu'en présence d'une loi d'application nécessaire, la règle du for s'appliquerait en toute hypothèse³⁵⁸. Selon A. BUCHER, le droit positif connaîtrait les deux procédés et l'élément distinctif entre les lois d'application nécessaire et les règles d'ordre public résiderait dans l'objectif poursuivi par ces règles: lorsqu'une règle d'ordre public prévoit une solution d'intérêt général également rencontrée dans un certain nombre de législations étrangères, il s'agira plutôt de règles d'ordre public au sens strict, étant donné que la *lex causae* sera souvent susceptible d'aboutir à des résultats conformes ou compatibles à ceux de la règle d'ordre public du for³⁵⁹. Lorsque la règle présente des particularités n'ayant rien d'équivalent dans les systèmes étrangers, lorsque la règle d'ordre public est

³⁵⁵ BUCHER, DIP I/2, N° 440 et RCADI, p. 34 ss.

³⁵⁶ BUCHER, DIP I/2, N° 446 et RCADI, p. 38.

³⁵⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 448 et RCADI, p. 40.

³⁵⁸ BUCHER, DIP I/2, N° 451 et RCADI, p. 41.

³⁵⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 453 et RCADI, p. 41.

étroitement liée au fonctionnement de l'ordre social et économique de l'Etat, il s'agirait de lois d'application nécessaire, puisque les solutions étrangères devraient être écartées de toute manière. A. BUCHER admet que le choix entre les deux procédés n'a d'incidence ni sur la solution concrète, ni sur la finalité de l'intervention de l'ordre public³⁶⁰.

133. *Critique de cette solution. Retour à la théorie des lois d'ordre public.* Ces prétendues « règles d'ordre public » nous paraissent consacrer un retour à l'ancienne théorie de l'ordre public positif qui reposait sur un rattachement général fondé sur l'ordre public; cette doctrine laissait une trop importante marge de manœuvre à l'interprète, puisque celui-ci n'avait pas à confronter le résultat auquel conduisait la norme étrangère à des valeurs précises du for et qu'il pouvait soustraire aux règles de conflit de vastes pans du droit matériel en se référant à un hypothétique ordre public. En invitant l'interprète, par le jeu de la doctrine des règles unilatérales spéciales, à déterminer l'impérativité internationale d'une norme précise et à appliquer la *lex causae*, dans la mesure où elle n'entre pas en contradiction avec la loi d'application nécessaire, quitte à l'évincer dans un second temps, si elle conduit à un résultat qui heurte des valeurs essentielles du for, l'équilibre du système des règles de conflit est mieux protégé contre une dérive « *lex foriste* » toujours en latence et prête à surgir. La prise en compte de la nécessité d'assurer un champ d'application exclusif à certaines dispositions internationalement impératives s'est aujourd'hui déplacée d'un point de vue conceptuel sur le seul terrain des lois d'application nécessaires³⁶¹. Les arrêts cités par A. BUCHER³⁶² à l'appui de sa thèse datent tous d'avant l'entrée en vigueur de la LDIP; il nous semble qu'en se référant à des « *règles fondamentales du droit suisse dont la violation pourrait constituer une atteinte à l'ordre public* », le Tribunal fédéral ne pouvait ancrer le caractère internationalement impératif de certaines normes du for à l'art. 18 LDIP qui n'était pas en vigueur³⁶³; c'est pourquoi il se référait à la théorie de l'ordre

³⁶⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 455 et RCADI, p. 42.

³⁶¹ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 18 LDIP: « *In gewisser Hinsicht findet sich in Art. 18, wenn auch in anderer Ausgestaltung und mit verschiedener Begrenzung, ein Niederschlag der romanischen, auf Mancini zurückgehenden Lehre von den Gesetzen der öffentlichen Ordnung* ». Voir déjà FRANCESCAKIS, Travaux du Comité, p. 166. SCHWANDER, Lois d'application immédiate, p. 42, VOSER, p. 254-255 et note 59 et BONOMI, Le norme imperative, note 180, p. 200, écartent tous trois la théorie des règles d'ordre public.

³⁶² BUCHER, DIP I/2, N° 440: ATF 84 I 119 (122), *Haaker*; 93 I 49 (58), *Egetran SA*; 102 Ia 574 (581), *Société des grands travaux de Marseille*; 103 Ia 199 (204), *Berti*; 109 Ib 232 (235), *B.*; 111 Ia 12 (14), *Beyeler Machines SA*.

³⁶³ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 18, souligne que l'ancien catalogue des dispositions impératives sur le plan international, tel que décrit par le Tribunal fédéral, n'a plus de valeur depuis l'entrée en vigueur de la LDIP.

public positif, aujourd'hui abandonnée. La situation a fondamentalement changé depuis que la loi prévoit une clause expresse sur les lois d'application nécessaire du for, notion qui nous paraît logiquement exclure celle de règles d'ordre public.

134. *La théorie complique inutilement le système.* A notre avis, la thèse soutenue par A. BUCHER complique inutilement les catégories de règles. Elle prend en compte une définition trop étroite de la loi d'application nécessaire, en se référant uniquement au but social ou économique de ces règles³⁶⁴. Nous pensons que les exemples de « règles d'ordre public » donnés par cet auteur constituent soit des lois d'application nécessaire³⁶⁵, soit des principes d'ordre public³⁶⁶. En admettant expressément que la règle d'ordre public ne fait pas obstacle à une règle étrangère dont « la solution en résultant correspond[er] à celle de la règle d'ordre public du for »³⁶⁷, cet auteur reconnaît que ces règles ne prévoient pas un « effet juridique déterminé, devant être respecté nonobstant le contenu différent du droit étranger »³⁶⁸. Lorsque A. BUCHER affirme que ces règles d'ordre public sont justifiées par un objectif exigeant un domaine d'application exclusif dans les relations internationales de droit privé³⁶⁹, il les rapproche étrangement des lois d'application nécessaire, à telle enseigne qu'il devient impossible, nous semble-t-il, de les distinguer. A nos yeux, le juge doit examiner si une règle du droit suisse a vocation à s'appliquer en vertu d'une règle de conflit unilatérale et spéciale (implicite ou expresse) dérogeant à la règle de conflit générale, que la règle matérielle d'application nécessaire poursuive ou non la défense des valeurs essentielles de l'ordre juridique. A défaut d'une telle règle, il doit examiner, au regard des valeurs de l'ordre public, le résultat auquel conduit l'application du droit étranger. Si la solution retenue par le législateur étranger est compatible, dans son résultat, avec les

³⁶⁴ Cf. *supra*, N° 120 sur les lois d'application nécessaire ne poursuivant pas un but de défense des valeurs du for.

³⁶⁵ BUCHER, DIP I/2, N° 441: p. ex. forme du contrat portant sur un immeuble situé en Suisse; le même auteur cite pourtant (DIP I/2, N° 144) l'art. 119 al. 3 LDIP comme une règle de conflit assurant le champ d'application d'une loi d'application immédiate (et non une règle d'ordre public).

³⁶⁶ BUCHER, DIP I/2, N° 441 cite notamment la conception suisse du mariage qui s'oppose à la reconnaissance d'une union de personnes du même sexe (ATF 119 II 264 [266], X.); le principe de la vérité biologique en matière de droit de la filiation, le principe *mater semper certa* ou l'égalité des citoyens. Il s'agit bel et bien de principes et non de règles expresses et précises, comme devraient l'être les prétendues règles d'ordre public.

³⁶⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 451 *if.* et RCADI, p. 41.

³⁶⁸ BUCHER, DIP I/2, N° 444 et RCADI, p. 38; ou s'agit-il des « demi-lois d'application immédiate » auxquelles SCHWANDER (Lois d'application immédiate, p. 285) fait allusion, teintées des couleurs de l'ancienne théorie de l'ordre public positif (et pour lesquelles cet auteur suggère d'appliquer la réserve négative) ?

³⁶⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 444.

principes fondamentaux du for, il appliquera le droit étranger. Si l'interprète parvient à la conclusion que la règle du for s'oppose à toute solution contraire du droit étranger, c'est qu'il s'agit d'une loi d'application nécessaire. Il est inutile de créer artificiellement une nouvelle catégorie de règles qui n'est pas prévue par la loi et qui n'ajoute rien au système.

135. *La réserve n'est pas un outil destiné à corriger la règle de conflit.* En adoptant la nouvelle catégorie des règles d'ordre public qui permet d'invoquer l'ordre public de manière plus confortable, abstraitement et *a priori*, de par le seul contenu de la règle du for et indépendamment de l'existence d'une règle de conflit unilatérale éventuellement implicite, on peut craindre d'assurer par ce biais un champ d'application plus large à la loi du for. Peut-être faut-il voir dans cette approche une manifestation de la conception générale de l'ordre public selon A. BUCHER, analysé comme un moyen permettant de corriger la règle de conflit et de tenir compte de la dimension sociale et internationale des lois de droit matériel³⁷⁰. Selon A. BUCHER, la réserve d'ordre public est destinée non pas à déroger exceptionnellement au jeu normal des règles de rattachement, mais à « *corriger des règles de conflit insuffisamment adaptées aux exigences d'efficacité résultant du droit du for* »³⁷¹. Nous ne partageons pas cette conception. A nos yeux, la réserve d'ordre public n'est pas là pour corriger la règle de conflit, mais pour s'opposer à la création ou à la réception en Suisse d'un acte juridique qui déploierait des effets profondément contraires aux valeurs du for. La règle de conflit n'est pas corrigée; en ne prenant pas en compte le résultat inacceptable auquel conduit exceptionnellement son application, en offrant ainsi aux parties une réponse à la fois conforme aux valeurs essentielles du for et adaptée à la nature internationale de leur litige, la légitimité de la règle de conflit générale se trouve bien au contraire renforcée.

6. Ordre public en droit international privé (ou ordre public international) et dispositions impératives (ou ordre public interne)

136. *Le problème. Terminologie.* Plusieurs codes de droit privé³⁷² utilisent l'expression d'ordre public pour qualifier le droit interne impératif. Tel est le

³⁷⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 495; cf. également RCADI, p. 71 ss et Méthodes des intérêts, p. 217.

³⁷¹ BUCHER, DIP I/2, N° 501.

³⁷² Pour une approche comparatiste illustrant la relativité du concept d'ordre public interne, voir Anne MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé, in Jean-François ROMAIN *et alii* (édit.), L'ordre public. Concept et applications, Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique/Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles 1995, p. 219-256.

cas de l'art. 19 al. 2 CO ou de l'art. 6 CCFr. Afin de cerner au plus près la réserve d'ordre public, nous examinerons les relations qu'entretient le droit interne impératif avec l'ordre public au sens large, soit la réserve d'ordre public et les lois impératives de l'art. 18 LDIP. Plusieurs expressions équivalentes sont utilisées pour marquer cette distinction importante: on peut opposer l'ordre public du droit international privé aux dispositions impératives du droit matériel, l'impérativité interne à l'impérativité internationale des dispositions du for, l'ordre public interne à l'ordre public international, l'ordre public des conflits de lois au droit interne impératif.

137. *Droit interne impératif et droit « internationalement impératif » de l'art. 18 LDIP. Le domaine de l'ordre public du droit international privé est plus étroit.* Le domaine de l'ordre public du droit international privé est plus étroit que celui du droit interne impératif³⁷³. On pourrait représenter les domaines respectifs des deux concepts par deux cercles concentriques; en d'autres termes, toutes les lois d'application nécessaire sont des règles impératives sous l'angle interne, alors que l'inverse n'est pas vrai. L'ordre public interne confère à certaines dispositions le caractère de règles impératives; c'est à ce concept d'ordre public interne tout à fait distinct de l'ordre public du droit des conflits de lois que fait allusion l'art. 19 al. 2 CO³⁷⁴. Les juristes français nomment lois d'ordre public les dispositions impératives du droit matériel français visées par l'art. 6 CCFr. Dans une affaire *Kieger*³⁷⁵, la Cour de cassation française a eu le mérite de distinguer l'ordre public, notion du droit des conflits, de l'ordre public interne, en affirmant que la non-reconnaissance d'un droit à une indemnité pour tort moral, « si elle n'est pas conforme aux règles internes impératives du droit de la responsabilité extra-contractuelle, ne saurait en revanche être considérée comme étant en contradiction avec l'ordre public au sens du droit international privé, et de nature, en conséquence, à

³⁷³ De nombreux auteurs font cette distinction: cf. notamment AUDIT, N° 301; BALLARINO, DIP, p. 291; BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 363; BUCHER, DIP I/2, N° 417; DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 17; HOLLEAUX/FOYER/GEOFFRE DE LA PRADELLE, N° 608-610; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 249; LÜDERITZ, N° 205; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 354; MAYER, N° 205; ROORIGUEZ, RCDIP 1972, p. 388.

³⁷⁴ Cf. KRAMER, Berner Kommentar, Berne 1991, N° 151 ss et 167 ad art. 19-20 CO.

³⁷⁵ Cass. fr., 30 mai 1967, RCDIP 1967, p. 728. En Allemagne, le BGH distingue parfois l'ordre public international de l'ordre public interne: voir p.ex. BGH, 18 octobre 1967, BGHZ 48, p. 327 (331); BGH, 15 mai 1986, BGHZ 98, p. 70 (73); référence à la notion d'ordre public international in BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312 (330). Voir également Tribunal de première instance de Monaco, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 439, *Consorts Lehmann*, au sujet de l'art. 985 CCMonaco prohibant les pactes sur successions futures; en Belgique, voir Cour de cassation, 27 février 1986, Rev. crim. de jurispr. belge 1989, p. 56 ss, cité par ROMAIN, Droits de l'homme, p. 25.

faire écarter la loi étrangère normalement applicable ». Il n'en va pas différemment en droit suisse. La plupart des règles suisses concernant le droit des personnes, de la famille ou (dans une moins large mesure) des successions sont impératives. De nombreuses règles contenues dans le Code des obligations sont également impératives. Les sujets de droit ne peuvent y déroger et le juge doit s'assurer d'office de leur respect, puisqu'elles ne sont pas dispositives. Toutefois, ces règles ne s'imposeront pas de la même manière lorsque la relation juridique en cause présente un élément d'extranéité. Si toutes les dispositions jugées impératives sous l'angle interne l'étaient également dans une situation présentant des éléments d'internationalité, nous pourrions nous passer des règles bilatérales de conflit de lois dans de larges domaines, en droit des personnes, de la famille ou des successions. Le droit interne impératif ne s'applique en cette qualité que lorsque la règle de conflit désigne la loi du for. Au sein des dispositions impératives de l'ordre juridique suisse, on distingue un noyau de règles qui doivent toujours être appliquées, même dans une relation internationale; il s'agit des dispositions d'application nécessaire, des « *dispositions impératives du droit suisse* » visées à l'art. 18 LDIP et dont les contours ont été sommairement esquissés³⁷⁶. Les parties à une relation internationale n'ont pas la faculté de déroger aux règles qui, en raison de leur but, tendent à s'appliquer nécessairement à des situations internationales. Le juge les appliquera quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit générale. En revanche, les autres règles impératives ne font pas obstacle à la désignation d'une loi étrangère³⁷⁷.

138. *Caractère impératif ou dispositif de la règle de conflit*. La règle de conflit également peut être impérative ou dispositive. Elle est dispositive lorsqu'elle permet aux parties de faire usage de leur autonomie de la volonté dans le choix du droit applicable, en particulier dans les domaines où l'ordre public n'est pas ou que peu concerné (voir par exemple: 37 al. 2, 52, 90 al. 2, 104, 110 al. 2, 116, 119 al. 2, 121 al. 3, 122 al. 2, 128 al. 2 *if.*, 132, 145 al. 1 et 2, 187 al. 1 LDIP). C'est en vertu de la règle de conflit du for, devant être appliquée d'office³⁷⁸, que les parties peuvent choisir le droit applicable.

³⁷⁶ Cf. *supra*, N° 113 ss.

³⁷⁷ Ici également, admettre l'existence de « *règles d'ordre public* » (*supra*, N° 132-134) compliquerait inutilement le schéma déjà fort complexe du droit international privé: il faudrait distinguer, au sein des dispositions impératives sur le plan international, celles qui s'imposent indépendamment de la règle de conflit et celles qui ne font pas obstacle à une règle équivalente de la *lex causae*, n'intervenant en vertu de l'art. 17 LDIP qu'à l'encontre de règles incompatibles.

³⁷⁸ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 547 ss, 552; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 16; KELLER/GIRSBERGER, IPRG Kommentar, N° 10 ss ad art. 16; KELLER/SIEHR, p. 495; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 5 ad art. 16. Pour la France, dont la jurisprudence est complexe, voir p.ex. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Libre

139. *Illustration en matière de droit des successions.* Le droit des successions fournit une excellente illustration de la distinction: la succession d'un défunt de nationalité suisse dont le dernier domicile était en Suisse et qui ne laisse qu'un enfant domicilié en Suisse doit être liquidée en conformité des règles impératives du droit suisse des successions. Les règles du droit matériel sur les réserves successorales et l'action en réduction s'appliqueront. La validité des dispositions testamentaires sera reconnue dans la limite des possibilités offertes par la loi suisse. Lorsque le *de cuius* avait son dernier domicile à l'étranger, la règle de conflit suisse renvoie à la loi désignée par les règles de droit international privé de son dernier domicile (art. 91 LDIP). Il s'agit d'un renvoi (art. 14 LDIP)³⁷⁹. Ainsi, lorsque le *de cuius* avait son dernier domicile en France et que la succession porte sur des meubles uniquement, la loi française est applicable, dès lors que la règle de conflit française désigne la loi du dernier domicile du défunt, s'agissant d'une succession mobilière³⁸⁰. Le Code civil français ne connaît pas les mêmes règles sur la réserve successorale que le droit suisse (cf. art. 913 CCFr et 471 ch. I CC). Le juge suisse, compétent dans la mesure où les autorités françaises ne s'occupent pas de la succession (art. 88 LDIP), ce qui devrait être exceptionnel, appliquera les règles françaises sur la réserve à la part de la succession mobilière se trouvant en Suisse parce qu'elles sont désignées par la règle de conflit. Nous verrons en effet que, de l'avis du Tribunal fédéral, les règles suisses sur la réserve successorale, bien qu'impératives sur le plan interne ne sont pas des lois d'application nécessaire; ces règles ne s'appliqueront pas lorsque la règle de conflit désigne un droit étranger, même si celui-ci ne prévoit aucune réserve successorale³⁸¹. En outre, le Tribunal fédéral est d'avis que la réserve d'ordre public ne doit pas intervenir. En d'autres termes, en l'absence de lois d'application nécessaire du for, l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait que la règle étrangère pertinente est en contradiction avec une disposition impérative du

disponibilité des droits et conflits de lois, Paris 1996; MAYER, N° 144 ss; BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 329 ss; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 240 ss; Pierre MAYER, Le juge et la loi étrangère, RSDIE 1991, p. 481 ss. Pour l'Allemagne, voir le § 293 ZPO, KROPHOLLER, § 59 I; VON BAR, IPR I, N° 372 ss; PRÜTTING, München. Komment. ZPO, ad § 293 ZPO et BGH, 21 septembre 1995, NJW 1996, p. 54. Pour la Belgique, Cass. belge, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 305. Pour l'Italie: Andrea GIARDINA, Les caractères généraux de la réforme, RCDIP 1996, p. 1 ss, p. 13 *if*; BALLARINO, DIP, p. 277-278. Pour la Grande-Bretagne, NORTH/FAWCETT, p. 107 ss.

³⁷⁹ DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 91; HEINI, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 91; SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 5 ss ad art. 91.

³⁸⁰ MAYER, N° 802; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 636; AUDIT, N° 864; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 430.

³⁸¹ ATF 102 II 136, *Hirsch*. Pour la discussion, voir *infra*, N° 953-962.

droit interne suisse³⁸². Seul un petit nombre de règles internes impératives s'imposeront en matière internationale, en leur qualité de lois d'application nécessaire, quel que soit le droit désigné par la règle de conflit de lois, en raison des buts particuliers qu'elles poursuivent.

140. *La distinction dans la jurisprudence suisse.* Le Tribunal fédéral distingue l'impérativité interne de l'impérativité internationale. Ainsi, pour reprendre les termes du Tribunal fédéral, la clause d'ordre public permet au juge « d'exclure l'application du droit étranger lorsqu'elle heurterait de manière intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse, ce qui n'est pas déjà le cas lorsque la règle étrangère est contraire à une disposition impérative de droit suisse »³⁸³. Le Tribunal fédéral a par exemple reconnu qu'en matière de cautionnement ou de droit des sociétés les prescriptions impératives du droit suisse ne sont pas toutes des lois d'application nécessaire³⁸⁴. A défaut, on viderait la règle de rattachement d'une grande part de sa substance³⁸⁵. En droit de la filiation, il a souligné que le délai pour agir en paternité de l'art. 263 al. 1 ch. 2 CC ne constitue pas une disposition impérative au sens de l'art. 18 LDIP³⁸⁶, quand bien même il s'impose aux parties à une relation purement interne; il en va de même de l'art. 144 CC³⁸⁷ ou de l'ancien art. 177 al. 3 CC (intervention de la femme en faveur du mari)³⁸⁸, dispositions impératives en droit interne mais pas en matière internationale. Le fait que la loi applicable ne connaissait pas une disposition comparable à l'ancien art. 315 CC (exception d'inconduite dans les actions de la filiation), une protection analogue à celle de l'art. 142 al. 2 CC (opposition au divorce) ou de l'art. 105 al. 3 CO (interdiction de l'anatocisme) qui constituent clairement des dispositions impératives sur le

³⁸² BUCHER, DIP I/2, N° 417 *l.f.* citant ATF 88 II 1 (4), *Dame Galtier*; 102 Ia 574 (581), *Société des grands travaux de Marseille*; 103 Ia 531 (532), *United Financial Group Inc.*; voir aussi les auteurs cités *supra*, note 373.

³⁸³ ATF 102 Ia 574 (581), *Société des grands travaux de Marseille*, arrêt à juste titre critiqué par la doctrine sur d'autres aspects (voir surtout LALIVE, ASDI 1978, p. 392 ss et RDS 1978 I, p. 529 ss); voir la formule semblable de l'ATF 103 Ia 531 (532), *United Financial Group Inc.*

³⁸⁴ Pour le cautionnement: ATF 93 II 379, *Rothenberger*: « Les prescriptions de forme de l'art. 493 CO (...) sont impératives. Cela ne signifie cependant pas nécessairement qu'elles doivent être rangées parmi les prescriptions établies dans l'intérêt de l'ordre public. Même les règles impératives ne font partie intégrante de l'ordre public que si le droit étranger qui doit être appliqué dans le pays est incompatible avec l'ordre légal qui y règne » (traduction tirée du JT 1968 I 342); ATF 84 I 119 (124), *Kreissparkasse Waiblingen*; ATF 111 II 175 (181), *Nietzke*; ATF 117 II 490 (493), *R.* Pour les sociétés: ATF 117 II 494 (501), *C. Inc.*

³⁸⁵ *Sic* ATF 117 II 494 (502), *C. Inc.*

³⁸⁶ ATF 118 II 468, *V.*

³⁸⁷ ATF 87 I 194, *X.*

³⁸⁸ ATF 88 II 1 (4), *Dame Galtier*.

plan interne, n'est pas en soi contraire à l'ordre public³⁸⁹.

141. *La règle de conflit désigne le droit impératif étranger.* Si les parties à une affaire internationale ont la possibilité de s'affranchir des contraintes des dispositions impératives du for qui ne sont pas d'application nécessaire, cela ne signifie pas qu'elles auront la faculté de faire ce qu'elles veulent. La règle de conflit du for désigne une loi qui contient également des règles dispositives et des règles impératives. En effet, tous les Etats connaissent de nombreuses règles impératives en matière de droit des personnes, de droit de la famille et des successions, étant précisé que le champ de l'autonomie privée varie largement d'un pays à l'autre dans ces domaines. Lorsque la règle de conflit du for désigne la loi d'un autre Etat, les parties seront tenues d'en respecter les règles impératives, qu'il s'agisse de lois d'application nécessaire ou non³⁹⁰. L'art. 13 LDIP exprime bien ce principe en déclarant que la désignation d'un droit étranger comprend toutes les dispositions applicables à la cause.

142. *Rôle de l'ordre public du for.* Le juge n'appliquera pas les règles impératives de la *lex causae* en présence d'une loi d'application nécessaire du for (art. 18 LDIP). L'ordre public du for (art. 17 LDIP) peut être appelé à évincer le résultat auquel aboutit l'application de règles étrangères, qualifiées de lois d'application nécessaire dans le système de la *lex causae*³⁹¹. Il va de soi que la réserve d'ordre public peut également intervenir à l'encontre des règles impératives étrangères que la *lex causae* ne qualifie pas de lois d'application nécessaire³⁹².

143. *Illustration.* Pour reprendre un exemple en droit des successions, imaginons qu'un ressortissant étranger domicilié en Suisse, appartenant à une minorité ethnique et confessionnelle de son Etat national ait décidé de soumettre sa succession à sa loi nationale (*professio juris*, art. 90 al.2 LDIP) et d'attribuer ses biens par legs testamentaire à une association défendant les droits de cette minorité, avant de décéder en Suisse. Peu après la rédaction de ce testament, mais avant le décès de l'intéressé, le législateur de l'Etat national du testateur avait adopté une règle déclarant nulles *ex lege* les attributions à cause de mort à des associations de défense des minorités ethniques; une disposition transitoire prévoyait que la règle s'appliquerait à toutes les dispositions à cause de mort non révoquées lors de son

³⁸⁹ ATF 53 II 89, *Pomarolli* (art. 315 aCC), ATF 103 Ib 69 (73), *Sprecher* (art. 142 al. 2 CC) et ATF de 1991 in SJ 1995 p. 318-319 (art. 105 al. 3 CO avec référence à la jurisprudence française); voir également Cour de cassation civile NE, arrêt non publié du 8 janvier 1997. (reconnaissance d'un jugement californien de contribution à l'entretien d'un enfant): « Si le droit suisse prévoit que les créances d'aliments se prescrivent par 5 ans, cela ne signifie pas encore qu'il considérerait comme chaquante l'application en Suisse d'un droit étranger qui les déclarerait imprescriptibles ».

³⁹⁰ Cf. *infra*, N° 177-179.

³⁹¹ *Infra*, N° 179.

³⁹² BUCHER, DIP I/2, N° 417.

entrée en vigueur. Si le juge suisse est d'avis que cette loi est en contradiction avec les valeurs du for, parce qu'elle poursuit un but discriminatoire inadmissible³⁹³, il pourra l'écarter au nom de l'ordre public suisse³⁹⁴ sans examiner s'il s'agit d'une loi d'application nécessaire de la *lex causae* ou d'une simple règle impérative.

7. Ordre public matériel et ordre public formel ou procédural

A. Généralités

144. *Ordre public formel.* 1° *Domaines dans lesquels il n'intervient pas.* L'ordre public « *formel* » ou « *procédural* » vise la manière dont la procédure ayant abouti à une décision susceptible d'être reconnue ou exécutée a été menée à l'étranger, par opposition à l'ordre public matériel ou de fond qui concerne le contenu de la décision étrangère. Au contraire de l'ordre public matériel qui intervient tant dans le domaine de l'application de la loi étrangère que dans celui de la reconnaissance des décisions étrangères, l'ordre public procédural n'entre en ligne de compte que dans le second. Lorsqu'un juge saisi d'un litige international ne met pas correctement en œuvre le droit procédural, dans le cadre d'une procédure internationale, gracieuse ou contentieuse, les parties peuvent se plaindre d'une violation des règles de procédure du for en utilisant les voies de recours qui sont mises à leur disposition par le droit du for³⁹⁵; l'ordre public procédural n'intervient pas. Celui-ci ne sanctionne pas non plus

³⁹³ BUCHER, DIP II, N° 987 (discriminations raciales, religieuses ou fondées sur la nationalité en matière de successions).

³⁹⁴ Le juge pourrait également raisonner de deux manières différentes: il pourrait dire que le droit transitoire de la *lex causae* se révèle contraire à l'ordre public du for indépendamment de son contenu, car consacrant sans nuance la rétroactivité (cf. KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 211; BUCHER, DIP I/2, N° 334 et voir l'art. 15 Tfin CC; sur l'intervention de l'ordre public à l'encontre du droit transitoire de la *lex causae*, cf. MAYER, N° 247). Notons que les deux solutions conduisent à un résultat équivalent, dès lors que l'intervention de la réserve à l'encontre de la règle discriminatoire n'empêcherait pas d'appliquer pour le reste le droit des successions de l'Etat de la nationalité du testateur (cf. *infra*, N° 428, 948 et 963). En l'espèce, la rétroactivité ne nous paraît pas assez choquante pour que l'ordre public intervienne; c'est bien le contenu de la loi nouvelle qui est inadmissible. Le juge pouvait également retenir qu'en choisissant sa loi nationale, le défunt entendait soumettre sa succession à la loi qui était en vigueur au moment de son choix (théorie de l'incorporation), voir KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 213 et la jurisprudence citée, notamment Cass. belge, 24 février 1938, in RCDIP 1938, p. 661, *Société Antwerpia*. En l'absence d'une clause expresse de stabilisation (cf. KNOEPFLER/SCHWEIZER, *op. cit.*, *loc. cit.*) dans le testament, cette théorie controversée paraît difficilement admissible ici.

³⁹⁵ A noter que, dans le cadre du pronostic de reconnaissance conditionnant une suspension au sens de l'art. 9 LDIP, il faut tenir compte de la possibilité de réparer, par le biais des voies de recours à l'étranger, ce qui paraît choquant pour l'Etat de la future reconnaissance (cf. *Obergericht* ZH, arrêt non publié du 10 mai 1990: suspension de la procédure de divorce en Suisse quand bien même la défenderesse à la procédure pendante en Yougoslavie soutient qu'elle n'a pas été citée).

la violation des règles de procédure applicables à l'instance en *exequatur* ou en reconnaissance, qu'elles appartiennent à des conventions internationales³⁹⁶, au droit fédéral³⁹⁷ ou au droit cantonal³⁹⁸. A nouveau, les parties pourront invoquer dans leur recours la violation des règles de procédure de l'Etat de la reconnaissance.

145. 2° *Définition*. L'ordre public formel est un motif de refus fondé sur l'atteinte aux valeurs de l'Etat de la reconnaissance qu'entraînerait la reconnaissance ou l'exécution d'un acte issu d'une procédure étrangère au cours de laquelle les droits procéduraux élémentaires de l'une des parties, ou des deux, ont été négligés. Peu importe que le juge d'origine ait appliqué correctement ou de manière erronée le droit de procédure étranger: l'acte sera privé d'effets en Suisse lorsque sa reconnaissance heurte les conceptions essentielles de l'ordre juridique suisse en matière de procédure. Cette forme d'ordre public existe également dans les autres systèmes de droit international privé, notamment en France³⁹⁹, en Allemagne⁴⁰⁰ ou en Italie⁴⁰¹.

³⁹⁶ Voir p. ex. les art. 31-45 CL.

³⁹⁷ Cf. p. ex. l'art. 29, 32 al. 3 LDIP.

³⁹⁸ P. ex. les art. 444 ss CPCN.

³⁹⁹ Voir p. ex. Cass. fr., 4 octobre 1967, *Bachir*, RCDIP 1968, p. 98: « Si le juge de l'*exequatur* doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense »; Cass. fr., 10 juillet 1996, RCDIP 1997, p. 85; Cass. fr., 3 décembre 1996, RCDIP 1997, p. 328 (juge postérieurement dessaisi pour suspicion légitime); AUDIT, N° 463; MAYER, N° 384; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 976-983; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 506 et l'exposé d'ALEXANDRE, p. 251 ss. Pour les Etats-Unis, voir la « *due process* », comme condition de l'*exequatur*, chez Roland M. MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung schweizerischer Zivilurteile in den USA*, th. Bâle 1994, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, p. 96 ss; en Grande-Bretagne, voir p. ex. NORTH/FAWCETT, p. 385.

⁴⁰⁰ BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, 312 (320): « Ein die Anerkennung ausschliessender Verstoss gegen den ordre public im Sinne des § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO n.f. läge vor, wenn die Anerkennung des Urteils (...) zu einem Ergebnis führte, das mit den Grundrechten oder sonst offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar wäre. Hiervon ist bei Verfahrensverstössen nur auszugehen, wenn die Entscheidung auf einem Verfahren beruht, das von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem Masse abweicht, dass es nach der deutschen Rechtsordnung nicht als in einer geordneten, rechtsstaatlichen Weise ergangen angesehen werden kann »; BGH, 18 octobre 1967, BGHZ 48, p. 327; OLG Köln, 16 septembre 1996, IPRax 1998, p. 116. Voir p. ex. KROPHOLLER, § 60 III, p. 546; FIRSCHING/VON HOFFMANN, § 6, N° 145, p. 242; GEIMER, *Anerkennung*, p. 126-138; GOTTWALD, München, *Komment. zur Zivilprozessordnung*, Vol. 1, N° 89-91 ad § 328 ZPO; SCHACK, N° 863-866.

⁴⁰¹ Voir l'art. 64 ch. 1 lit. b (« l'acte introductif d'instance a été porté à la connaissance du défendeur en conformité de la loi du lieu où s'est déroulé le procès et si les droits essentiels de la défense n'ont pas été violés »), c, e, f de la loi du 31 mai 1995 (traduction RCDIP 1996,

B. L'ordre public formel dans la LDIP

146. *L'art. 27 al. 2 LDIP. La jurisprudence et la doctrine.* A côté de l'ordre public matériel réservé par l'art. 17 LDIP pour l'application du droit étranger et par l'art. 27 al. 1 LDIP pour la reconnaissance, la loi prévoit, à l'art. 27 al. 2 LDIP, un motif de refus tendant à sauvegarder les exigences procédurales minimales de notre ordre juridique; même si la loi n'utilise pas ces termes, il s'agit de l'ordre public formel ou procédural (*verfahrensrechtlicher Ordre public Vorbehalt*), analysé en détail par la doctrine⁴⁰². La jurisprudence fédérale se réfère de façon expresse à l'ordre public formel: selon la Haute Cour, « *outre la violation de l'ordre public matériel (art. 27 al. 1 LDIP), le législateur a donc érigé en motif de refus celle de l'ordre public formel, consacrant ainsi la jurisprudence établie par l'arrêt ATF 85 I 47 (consid. 4a) et confirmée ultérieurement (ATF 111 Ia 14 consid. 2a et les arrêts cités) selon laquelle la réserve de l'ordre public ne vise pas seulement le contenu de la décision en cause, mais aussi la procédure qui a été suivie à l'étranger* »⁴⁰³.

147. *Comparaison avec les droits tirés des art. 8 Cst. féd. (1999) et 4 Cst. féd. (1874).* En affirmant que « *l'ordre public exige le respect des règles fondamentales de la procédure civile, garanti par l'art. 4 Cst* »⁴⁰⁴, le Tribunal fédéral tire avec le droit constitutionnel le parallèle qui semble s'imposer à première vue: l'art. 4 Cst. féd. (1874) et l'art. 8 Cst. féd. (1999) tendent à mettre les justiciables à l'abri non seulement du déni de justice matériel, qui survient lorsqu'une autorité, « *tout en observant une procédure convenable, rend une mauvaise justice* », mais également du déni de justice formel, lorsque l'autorité chargée d'appliquer la loi « *refuse de rendre la justice à celui qui la demande,*

p. 174; voir BALLARINO, p. 160).

⁴⁰² Voir notamment: BAUR, p. 2 ss; BUCHER, DIP I/1, N° 692-764; DÖRIG, p. 374 ss; César E. DUBLER, La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Suisse, in Rapports présentés au XII^e Congrès international de droit comparé, Sydney/Melbourne 1986, Publications ISDC N° 7, Zurich 1987, p. 55 ss; BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 9 ss ad art. 27; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ss ad art. 27; KELLER/SIEHR, p. 623 ss; HAUSER Zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Leistungsurteile in der Schweiz, Festschrift Keller, Zurich 1989, p. 589 ss; LEU, p. 608; MÜLLER, p. 277 ss; NIEDERMANN, p. 8-75; SCHWANDER, Einführung AT, N° 713 ss; STOJAN, p. 155 ss; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 25 ss ad art. 27; WALDER, Einführung, p. 142 ss; WALTER, p. 359 ss. En matière d'arbitrage, voir notamment SATMER, p. 73 ss; SCHULTHEISS, p. 8 ss.

⁴⁰³ ATF 116 II 625 (629), *Société R*; ATF 122 III 439 (447), *M.R.*; pour des arrêts cantonaux, voir *Bezirksgericht Kulm/AG*, arrêt non publié du 1^{er} novembre 1996, p. 3; *Appellationshof BE*, arrêt non publié du 20 décembre 1996, p. 5-6.

⁴⁰⁴ ATF 116 II 625 (629), *Société R*; ATF 111 Ia 14, *Beyeler Machines SA*.

soit qu'elle ignore purement et simplement sa requête, soit qu'elle la déclare irrecevable sans raison suffisante, soit qu'elle détériore la position du requérant dans la procédure » pour reprendre les termes de J.-F. AUBERT⁴⁰⁵. Les deux premières hypothèses n'entrent pas dans la comparaison, dès lors qu'une décision doit avoir été rendue à l'étranger pour que la question de l'ordre public formel se pose. En revanche, le troisième motif paraît correspondre assez exactement au motif de refus prévu par l'art. 27 al. 2 lit. b LDIP.

148. *La comparaison est trompeuse.* Cette comparaison avec le droit constitutionnel est toutefois relativement trompeuse: les exigences que le Tribunal fédéral tire de l'art. 4 Cst. féd. (1874)/art. 8 Cst. féd. (1999) ne peuvent être transposées purement et simplement à la reconnaissance sans tenir compte de la dimension internationale de la procédure; il s'agit en effet d'examiner la régularité d'un jugement prononcé à l'étranger et non de vérifier, sous l'angle du droit constitutionnel, la procédure suivie par les autorités d'un canton. Certaines règles de procédure garanties par les art. 4 Cst. féd. (1874) et 8 Cst. féd. (1999) ne font évidemment pas partie de l'ordre public formel au sens du droit international privé, ainsi que le Tribunal fédéral l'a du reste reconnu dans deux arrêts au moins⁴⁰⁶. Leur violation ne conduira pas automatiquement à un refus d'*exequatur* du jugement étranger pour violation de l'ordre public formel.

149. *Sources du motif de refus fondé sur l'ordre public formel.* D'un point de vue systématique, il faut relever que l'art. 27 al. 2 LDIP n'est pas le seul fondement du motif de refus tiré d'une violation de l'ordre public formel et qu'il ne régit pas seulement l'ordre public formel. En premier lieu, il faut réserver les conventions internationales (art. 1^{er} al. 2 LDIP) qui définissent fréquemment l'ordre public formel⁴⁰⁷. En second lieu, l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP, qui régit les exceptions de litispendance et de chose jugée, ne nous paraît pas relever à proprement parler de l'ordre public formel; il s'agit d'un motif de refus qui n'a trait ni au contenu de la décision, ni à la manière dont s'est déroulée la procédure dont elle est issue⁴⁰⁸; ce motif de refus tend à éviter que la décision

⁴⁰⁵ Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel*, Neuchâtel 1967 et 1981, t. I, N° 1797.

⁴⁰⁶ ATF 101 Ia 521 (530), *Proveda SA*: le fait que l'exigence de la motivation des décisions puisse découler à certaines conditions de l'art. 4 Cst. (1874) ne permet pas d'affirmer que ce principe s'appliquerait à la reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère; ATF 103 Ia 531 (532), *United Financial Group Inc.*: « *Es sind Anforderungen an das einheimische Verfahren, die sich aus Art. 4 BV ergeben, nicht in allgemeiner Weise als Bestandteil des schweizerischen ordre public zu betrachten* »; en ce sens STOJAN, p. 159; BAUR, p. 1 ss; MÜLLER, p. 283; DÖRIG, p. 352; *contra*: BUCHER, DIP I/1, N° 736.

⁴⁰⁷ *Infra*, N° 170-173.

⁴⁰⁸ Cf. Rapport de la Commission d'experts, p. 267; BUCHER, DIP I/1, N° 760, qui souligne

étrangère n'entre en collision avec une décision suisse ou étrangère entrée en force ou avec la décision qu'un tribunal suisse déjà saisi est appelé à rendre. En revanche, les principes essentiels de la procédure (art. 27 al. 2 lit. b LDIP) relèvent bien de l'ordre public formel; nous n'hésiterons pas non plus à classer le motif de refus de l'art. 27 al. 2 lit. a LDIP dans la catégorie de l'ordre public formel, qui protège le défendeur dont la cause a été jugée à l'étranger sans qu'il ait eu l'occasion de se défendre et sanctionne la décision étrangère, qui a été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière⁴⁰⁹. Le Tribunal fédéral a souligné que la garantie d'une citation régulière avait pour but d'assurer à chaque partie le droit de ne pas être condamnée sans avoir été mise en demeure de défendre ses intérêts; concrétisant le droit d'être entendu, elle appartient selon lui à l'ordre public formel⁴¹⁰.

150. *Liens entre les deux faces de l'ordre public.* Cette apparente dichotomie ne doit pas nous faire oublier que l'ordre public formel et l'ordre public matériel forment ensemble deux faces d'un même tout, qui peuvent faire obstacle cumulativement ou séparément⁴¹¹ à la reconnaissance d'un jugement; les principes de procédure que l'art. 27 al. 2 LDIP a pour rôle de protéger sont des valeurs morales fondamentales, des principes éthiques communément admis, à l'instar des principes intervenant en matière d'ordre public matériel. En présence d'un acte jugé choquant à la fois en raison de ses effets propres que du fait de la procédure dont il est issu, le juge pourra retenir les deux aspects de l'ordre public. Ainsi, nous verrons que les deux faces de l'ordre public sont parfois appelées à intervenir à l'encontre d'une répudiation⁴¹²: son caractère unilatéral et inégalitaire, tant sur le plan matériel (seul l'homme peut l'exercer)

les particularités de ce motif de refus qui le distinguent de la notion générale de l'ordre public, celle-ci offrant au juge une plus large marge d'appréciation, notamment en raison de son effet atténué; le Tribunal fédéral est toutefois d'une opinion contraire, voir ATF 122 III 344 (349), *Benjamin T.*; ATF 116 II 625 (630) précité qui énumère le motif de la lit. c au nombre des règles fondamentales de procédure civile dont l'ordre public exige le respect ainsi que TF, décision non publiée (5P.374/1994), 14 décembre 1994: « *L'eccezione della contraddittorietà delle sentenze costituisce un caso particolare della riserva di ordine pubblico* », se référant à la lettre de la Convention avec l'Italie et à l'ATF 46 I 458 (464), *Dame Mercier* (Convention franco-suisse de 1869).

⁴⁰⁹ En ce sens, VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 30 ad art. 27; se ralliant à cette opinion: *Bezirksgericht Kulm/AG*, décision non publiée, 1^{er} novembre 1996.

⁴¹⁰ ATF 117 Ib 347 (350-351), *L.* (au sujet de la Convention franco-suisse de 1869); ATF 116 II 625 (629), *Société R.*; cf. également ATF 122 III 439 (447), *M.R.*

⁴¹¹ Cf. ATF non publié du 10 juillet 1997, 5A.6/1997/min: « *Vom verfahrensrechtlichen darf indessen nicht einfach auf den materiellen Ordre public geschlossen werden. Jener steht oftmals ausser Frage oder wird nicht einmal eingewendet (vgl. Art. 65 Abs. 2 lit. c IPRG), so dass vorab dieser zu beurteilen ist (...), und zwar von Amtes wegen* ».

⁴¹² Voir *infra*, N° 808-811 et, p. ex., *Appellationshof BE*, décision non publiée, 20 décembre 1996 (*infra*, N° 800).

que formel (lorsque la procédure prévoit que l'épouse ne doit pas être convoquée ou que, dûment citée, elle ne peut faire valoir aucune objection) fait fréquemment obstacle à sa reconnaissance.

C. Conditions d'intervention de l'ordre public formel

151. *L'ordre public formel n'est plus retenu d'office.* En droit international privé suisse, les conditions d'intervention de l'ordre public matériel et de l'ordre public formel ne sont pas identiques. Alors qu'avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence retenait d'office le motif de refus découlant de l'ordre public formel⁴¹³, cela n'est plus le cas sous l'empire de la nouvelle loi. En effet, l'art. 27 al. 2 LDIP dispose que la reconnaissance d'une décision doit être refusée « si une partie établit » que l'une des hypothèses des lit. a à c est donnée. Les parties doivent soulever ce moyen; le juge ne peut le retenir d'office, sous peine de violer le droit fédéral. L'avant-projet de la Commission d'experts prévoyait un examen d'office des motifs de refus, sauf pour la citation irrégulière⁴¹⁴; le Conseil fédéral a proposé la solution finalement retenue, affirmant qu'un examen *ex officio* de ces motifs de refus aurait été « très difficilement réalisable »⁴¹⁵.

152. *Conséquences pour les parties.* La partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution doit donc « alléguer et établir »⁴¹⁶ que la procédure suivie à l'étranger viole l'ordre public. La partie qui entend soutenir que l'ordre public

⁴¹³ ATF 85 I 39 (47), *Hoepffner*; ATF 105 Ib 45 (47), *Grabowsky*; ATF 107 Ia 198 (199), *Kano Trading Limited*; ATF 111 Ia 14, *Beyeler Machines SA*.

⁴¹⁴ Art. 25 AP et Rapport, p. 267.

⁴¹⁵ Message, ch. 217.3. Le projet été repris sans modification de fond (cf. BOCE 1985, p. 137/138; BOCN 1986, p. 1308-1309).

⁴¹⁶ ATF 120 II 83 (85), *G.*; 118 II 188 (192), *Société A.*; 116 II 625 (630), *Société R.*; TF, 24 novembre 1992 in ZR 1994, N° 10, p. 58-59; Chambre des recours VD, 21 octobre 1996, JT 1997 III 87; *Bezirksgericht Gaster/SG*, décision non publiée du 17 décembre 1997 (cette décision n'est pas encore entrée en force); *Obergerichtskommission OW*, 18 décembre 1995, *Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons OW 1994/95*, N° 8, p. 55 (58). Voir cependant: *Obergericht LU*, 11 février 1992, in RSJ 1992, N° 52, p. 340, affirmant « (...) dass der verfahrensrechtliche ordre public Teil des allgemeinen ordre public ist und deshalb ebenso wie der materiellen ordre public von Amtes wegen beachtet werden soll ». BUCHER (DIP I/1, N° 693-696) réserve à juste titre la preuve des faits négatifs (p. ex. citation irrégulière), l'art. 29 al. 1 lit. c LDIP (jugement par défaut), l'art. 32 al. 3 LDIP (transcription; *infra*, N° 227-229) et l'exception de l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP. Il nous semble aller trop loin lorsqu'il affirme (N° 695; voir également RSDIE 1998, p. 269) que l'« on retiendra que l'examen d'office (...) s'impose dans toute autre matière dans laquelle la maxime d'office domine, dans la mesure où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits ». Relevons que cet auteur admet toutefois (RSDIE 1998, p. 273) que l'intéressé peut renoncer à la protection que lui confère l'art. 27 al. 2 LDIP.

formel a été heurté doit alléguer les faits nécessaires en respectant les règles de procédure civile cantonale pertinentes et sera chargée du fardeau de la preuve sur la base du droit fédéral; lorsqu'il convient de déterminer avec précision le contenu de règles de procédure étrangères, l'art. 16 LDIP s'applique⁴¹⁷.

153. *Justification et appréciation de cette solution.* Ce traitement procédural particulier distingue nettement l'ordre public formel de l'ordre public matériel dont la violation doit être retenue d'office par le juge. Faut-il en conclure que la violation des principes de procédure est moins choquante pour le for que la violation des principes fondamentaux de nature matérielle? Il paraît difficilement soutenable d'affirmer que l'injustice découlant d'une atteinte à l'ordre public procédural est, en règle générale, moins apparente et heurte avec moins d'intensité l'ordre social qu'une violation de l'ordre public matériel, sous prétexte que les parties seraient les principales intéressées à la sauvegarde de leurs droits⁴¹⁸. En revanche, il est exact que, tant qu'une partie ne se plaint pas concrètement de la manière dont la procédure a été menée à l'étranger, la simple lecture du jugement dont la reconnaissance est demandée, qui ne contient pas forcément une rubrique décrivant le déroulement de la procédure, ne permet pas toujours au juge suisse de déceler une violation des principes fondamentaux de procédure. Parfois, au contraire, une grave atteinte à des principes fondamentaux de procédure sera inscrite dans le texte de la décision étrangère; il suffit de songer à l'absence de citation régulière⁴¹⁹ ou à l'impossibilité pour une partie de présenter ses moyens.

154. *Avantage de cette solution? Autonomie de la volonté. Décision par défaut.* Il faut toutefois garder à l'esprit, et cet élément plaide en faveur de l'examen sur requête, qu'une partie dont les droits procéduraux ont été heurtés aura parfois grand intérêt à se prévaloir d'une décision dont le résultat lui est favorable, par exemple pour faire obstacle à la continuation d'un nouveau procès introduit en Suisse contre elle et dont l'issue pourrait tourner à son détriment⁴²⁰.

⁴¹⁷ ATF 118 II 188 (193), *Société A.*, pour les règles saoudiennes sur le retrait d'action. Que faire lorsque ce droit ne peut être établi? L'application subsidiaire du droit suisse (art. 16 al. 2 LDIP) est-elle envisageable? S'agira-t-il de la loi de procédure civile fédérale ou de l'un des codes cantonaux et, dans ce cas, lequel?

⁴¹⁸ Message, ch. 217.3: « Il est juste que les parties intéressées soient appelées à collaborer à l'établissement de ces preuves lorsqu'elles soulèvent pareilles exceptions, étant donné qu'elles sont les premières intéressées à faire toute la lumière sur ces aspects de la procédure ».

⁴¹⁹ Cf. Tribunal civil du district de Neuchâtel, décision non publiée du 19 janvier 1992: « Il ressort clairement du jugement (...) (sous réserve de compréhension linguistique, mais cette question est suffisamment simple pour éviter tout malentendu) que C.H. n'a aucunement été citée à comparaître (...) ».

⁴²⁰ *Sic* STOJAN, p. 158.

L'intervention d'office de l'ordre public procédural ne le permettrait pas. Paradoxalement, l'intervention sur requête de l'ordre public formel consacre l'émergence d'une forme d'autonomie de la volonté qui souligne la spécificité de ce motif de refus. Dans le domaine de l'état des personnes, il arrive qu'une personne demande la reconnaissance (art. 29 al. 1 LDIP) et l'inscription dans les registres (art. 32 LDIP) d'un acte issu d'une procédure menée en violation claire de son droit d'être entendu, mais ayant abouti à un résultat qu'elle approuve⁴²¹. Lorsque la procédure de reconnaissance se déroule par défaut, la violation de l'ordre public formel qu'aurait pu invoquer l'intimé ne sera pas retenue d'office. La sauvegarde des valeurs procédurales fondamentales de notre ordre juridique pourrait s'effacer en raison de la passivité d'une partie qui n'a pas pu, su ou voulu défendre ses droits. Le législateur aurait pu prévoir que l'autorité de la reconnaissance invite d'office la partie qui semble lésée à déclarer si elle entend se prévaloir d'une violation de l'ordre public formel; si elle y renonce ou si elle ne réagit pas dans le délai qui lui a été fixé, l'autorité de la reconnaissance ne pourrait retenir ce moyen; en revanche, le juge pourrait le retenir d'office lorsque l'intimé fait défaut à l'instance en reconnaissance ou en *exequatur*. Cette solution nuancée, prévue en matière de transcription à l'état civil⁴²², nous eût semblé préférable. Si l'on peut regretter la teneur de la disposition légale actuelle, le législateur a clairement tranché cette question: faute d'objection de l'une des parties, il arrivera que l'autorité de la reconnaissance ne puisse sanctionner par un refus d'*exequatur* une injustice procédurale flagrante; il peut sembler choquant que l'Etat de la reconnaissance, qui met sa force publique à disposition des plaideurs pour donner efficacité au jugement étranger, tolère que l'ordre public puisse varier au gré de la volonté ou de l'inexpérience des parties⁴²³.

155. *Caractère exhaustif des motifs de refus. Interprétation restrictive.* Il est bon de rappeler que les motifs de refus sont énumérés de façon exhaustive⁴²⁴ et

⁴²¹ Voir, p. ex., pour la reconnaissance, à la demande de l'épouse, de répudiations, les décisions suivantes examinées dans la partie spéciale: Département de l'Intérieur AG, 4 mai 1971, RSJ 1973, p. 25 (*infra*, N° 786), Tribunal civil du district de Neuchâtel, jugement non publié, 3 octobre 1989 (*infra*, N° 795) et *Kantonsgericht* SG, 14 septembre 1995, GVP/SG 1995, N° 44 (*infra*, N° 797); KELLER/SIEHR, p. 624.

⁴²² En matière de transcription à l'état civil, la partie dont les droits semblent avoir été heurtés doit être entendue à ce sujet; voir l'art. 32 al. 3 LDIP et, sur les liens que cette disposition entretient avec l'art. 27 al. 2 LDIP, *infra*, N° 232-233.

⁴²³ Voir les opinions contrastées de STOJAN, p. 157-158, qui s'attache à démontrer que les deux approches, examen sur requête ou d'office, sont parfaitement soutenables, de SCHWANDER, Einführung AT, N° 737 et RSDIE 1998, p. 432-433, très critique et de BUCHER, DIP I/1, N° 693-696, RSDIE 1998, p. 269.

⁴²⁴ ATF 120 II 83 (86), B.; *Appellationshof* BE, décision non publiée, 20 décembre 1996, p. 5; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 727a; WALTER, p. 354; s'agissant de la fraude à la loi,

doivent être interprétés de manière restrictive⁴²⁵. La reconnaissance est de règle, le refus constitue une exception qui doit être cantonnée dans les strictes limites des principes absolument nécessaires à la défense de la police du for.

156. *Exigence d'une Binnenbeziehung* ? Comme nous le verrons, le Tribunal fédéral fait de l'existence d'une *Binnenbeziehung* une condition pour l'intervention de l'ordre public matériel: plus les liens avec le for sont étroits, plus incisive sera l'intervention de la réserve; moins ces liens seront étroits, moins la réserve interviendra⁴²⁶. Faut-il raisonner de la même manière pour l'ordre public procédural ? Certains arrêts cantonaux répondent par l'affirmative⁴²⁷ comme une partie de la doctrine⁴²⁸. Pour T. S. STOJAN⁴²⁹, lorsque le seul lien avec la Suisse réside dans l'existence d'un compte bancaire, objet d'un séquestre en Suisse, seules de flagrantes violations de principes fondamentaux de procédure devraient conduire à un refus d'*exequatur*. Quant au Tribunal fédéral, il ne s'est, à notre connaissance, pas encore prononcé sur cette question.

157. *Notre position. Application de la théorie des liens avec l'Etat de la reconnaissance*. Nous pensons que l'application de la théorie des liens avec l'Etat de la reconnaissance (*Binnenbeziehung*) dans le domaine de l'ordre public formel se justifie pleinement; les principes de procédure que tend à sauvegarder l'art. 27 al. 2 LDIP ne sont pas tous si fondamentaux qu'ils ne tolèrent de relativisation en fonction de l'éloignement spatial et temporel de la cause avec le for ou avec l'Etat de la reconnaissance. Cette théorie a d'autant plus de raison d'être dans le domaine de l'ordre public formel que l'ordre social suisse s'accommode des effets d'un jugement entaché d'une violation manifeste de l'ordre public formel, mais dont les intéressés ne se sont pas plaints. Si notre société accepte qu'un jugement heurtant gravement l'ordre public formel, rendu

c'est à notre avis par le biais du contrôle de la compétence de l'art. 25 lit. a LDIP qu'il faut procéder; BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 2 ad art. 27.

⁴²⁵ ATF 120 II 83 (85), B.; 116 II 625 (630), *Société R*.

⁴²⁶ *Infra*, N° 362.

⁴²⁷ *Obergericht* LU, 11 février 1992, RSJ 1992, N° 52, p. 340; *Zivilgericht* BS, 1^{er} février 1989, *S.F. Inc.*, BJM 1991, p. 31 (34-35); Cour de justice GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219; *Kantonsgericht* SG, 14 septembre 1995, GVP/SG 1995, N° 44; Tribunal civil du district de Neuchâtel, jugement sur moyen séparé, 3 octobre 1989, non publié, p. 5 (implicitement).

⁴²⁸ STOJAN, p. 159; MÜLLER, p. 270-271; s'agissant de l'art. 27 CL/CB, voir GEIMER/SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, N° 40 ss ad art. 27 (auteurs réservant un ordre public universel). *Contra*: MAYER, N° 384, en rapport avec l'effet atténué: « Rien ne vient ici « atténuer » l'effet de l'ordre public, car le « droit acquis » ne mérite pas de protection ».

⁴²⁹ STOJAN, p. 159 et note 61.

dans une cause étroitement reliée à la Suisse, y soit reconnu, parce que les parties n'ont pas invoqué ce motif de refus, elle supportera sans doute que soit reconnu un acte entaché d'une atteinte à l'ordre public qui se trouve relativisée en raison de son éloignement. Il convient toutefois de souligner qu'il existe un « noyau dur » de l'ordre public formel, comme il en existe un pour l'ordre public matériel, comprenant un ensemble de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse en matière de procédure; ces principes, d'une densité particulière, sont ceux qui ne souffrent pas de dérogation, quel que soit le degré de proximité de la cause avec l'Etat de la reconnaissance⁴³⁰. Ainsi, indépendamment des liens que les intéressés entretiennent avec la Suisse, l'ordre public procédural pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'un jugement issu d'une procédure au cours de laquelle l'une des parties a été la victime d'une inégalité de traitement motivée par son appartenance raciale, ethnique ou religieuse. En revanche, l'éloignement de la cause avec la Suisse pourrait justifier que soit reconnue la décision résultant d'une procédure au cours de laquelle le défendeur a certes pu présenter ses arguments, mais n'a pas eu la possibilité de prendre la parole en dernier lors de l'audience finale ou a été définitivement exclu de la procédure en raison de son comportement.

158. *Théorie de l'effet atténué*. Tout en soulignant que « la reconnaissance constitue la règle, dont il ne faut pas s'écarter sans de bonnes raisons »⁴³¹, le Tribunal fédéral a récemment confirmé qu'en statuant sur une violation de l'ordre public formel, il devait également appliquer la théorie de l'effet atténué⁴³². Selon cette théorie importante que nous traiterons plus amplement⁴³³, la réserve déploie des effets moins incisifs dans le domaine de la reconnaissance

⁴³⁰ Nous verrons (*infra*, N° 335 ss) que certains considèrent qu'il s'agit alors d'un ordre public universel, transnational ou réellement international; les deux approches conduisent toutefois à des résultats identiques (*infra*, N° 339 ss).

⁴³¹ ATF 116 II 625 (630), *Société R.*

⁴³² ATF 116 II 625 (630), *Société R.*; la jurisprudence est constante: l'ATF 85 I 39, *Hoepffner*, qui est le premier à admettre l'intervention de l'ordre public formel, confirme immédiatement la théorie de l'effet atténué, comme pour prévenir les craintes de ceux qui découvriraient ce nouveau rôle de l'ordre public: « es besteht indessen kein zureichender Grund, den Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel im Gebiete der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile auf materiellrechtliche Mängel zu beschränken, wenn ihr, wie das Bundesgericht in letzter Zeit wiederholt erklärt hat, in diesem Gebiet engere Grenzen gezogen sind als im Gebiete der direkten Gesetzesanwendung ». Voir les formulations des ATF 93 I 49 (58), *Egetran SA*; 97 I 151 (157), *Müller*; 101 Ia 521 (526), *Provenda SA*, en matière de reconnaissance de sentence: « un vice de procédure ne doit pas forcément entraîner le refus d'exécuter la sentence étrangère, alors qu'un tel vice entraînerait l'annulation d'une sentence rendue en Suisse »; ATF 102 Ia 308 (314), *Pfister-Grüebler*; 103 Ia 531 (533), *United Financial Group Inc.* En Belgique, la théorie de l'effet atténué ne semble pas s'appliquer dans le domaine de l'ordre public procédural, voir EKELMANS, *Effets atténués*, p. 301.

⁴³³ *Infra*, N° 299-327, 372-377.

de jugements que dans celui de l'application du droit étranger; ainsi s'explique l'interprétation fort restrictive des motifs de refus de l'art. 27 al. 2 lit. *a* et *b* LDIP qu'illustre la jurisprudence fédérale et cantonale.

D. Les différents motifs de refus de l'art. 27 al. 2 LDIP

a) L'absence de citation régulière (art. 27 al. 2 lit. a LDIP)

159. *Principe.* La reconnaissance de la décision doit être refusée si une partie établit qu'elle n'a pas été citée régulièrement, ni selon le droit de son domicile, ni selon le droit de sa résidence habituelle, à moins qu'elle n'ait procédé au fond sans faire de réserve (art. 27 al. 2 lit. *a* LDIP). Par citation, on entend le premier acte introductif d'instance⁴³⁴. Il convient toutefois de relever qu'une jurisprudence récente du Tribunal fédéral est venue tempérer ce principe: il faut tenir compte du but de cette exigence, soit de s'assurer que le défendeur est informé de la procédure afin qu'il puisse préparer sa défense. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, il n'est pas arbitraire de reconnaître un jugement malgré l'absence de preuve de la notification de la citation à la première audience lorsque le défendeur a pris connaissance de l'instance d'une autre façon et qu'il a pu se présenter à une audience contradictoire ultérieure lors de laquelle ses intérêts ont été défendus par un avocat⁴³⁵. La citation doit être régulière selon le droit de procédure civile de la résidence habituelle de la partie invoquant l'ordre public procédural et non pas selon le droit de l'Etat d'origine du jugement⁴³⁶.

⁴³⁴ DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 27; VOLKEN, N° 31 ad art. 27; l'art. 27 al. 2 lit. *a* ne vise pas la citation à l'audience finale (ATF 120 II 83, B.). Voir également *Bezirksgericht Kulm/AG*, décision non publiée, 1^{er} novembre 1996, p. 4.

⁴³⁵ ATF 122 III 439, M.R.; voir les critiques pertinentes de BUCHER, DIP I/1, N° 710 et SCHWANDER, RSDIE 1998, p. 449; *contra*: *Obergericht LU*, 11 février 1992, RSJ 1993, p. 401: il ne suffit pas que le défendeur ait connaissance de l'introduction de l'instance par hasard ou de façon non officielle.

⁴³⁶ BUCHER, DIP I/1, N° 699 ss; DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 27; DÖRIG, p. 376 (p. 377 ss pour la forme de la notification dans les rapports avec les Etats-Unis); SCHWANDER, Einführung AT, N° 714; BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 27; pour un résumé des opinions sous l'ancien droit, VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 33 ad art. 27. Sur la forme de la citation, voir ATF 102 Ia 308, *Pfister-Grüebler* et *Kantonsgericht ZG*, arrêt non publié, 9 avril 1997: la citation notifiée à l'étranger par la voie postale ne heurterait pas l'ordre public pourvu qu'elle soit conforme aux règles de procédure applicables et parvenue au destinataire; voir toutefois ATF 105 Ia 307 (312), *Lawrence Jusko*, DÖRIG, p. 396-399, BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar, N° 12 ad art. 27; Tribunal civil du district de Vevey, non publié, 21 août 1995: défenderesse domiciliée en Suisse avec son mari, citation en divorce par voie édictale en Iran; *Zivilstandsamt Sarnen/OW*, décision non publiée, 17 janvier 1997: reconnaissance d'un divorce comme préalable à la célébration d'un mariage; défenderesse domiciliée en Suisse, à une adresse prétendument inconnue du demandeur; refus de reconnaissance du jugement de divorce yougoslave, l'adresse de l'épouse étant connue du demandeur, subsidiairement en raison de l'absence de citation par voie

160. *Jugement par défaut*. L'exigence de la citation préalable revêt une importance toute particulière pour les jugements par défaut. Un jugement par défaut ne sera reconnu que si la partie défaillante a été assignée régulièrement, de sorte qu'elle était en mesure d'aller se défendre devant le tribunal étranger. Lorsque la citation, bien que régulière, est parvenue à la partie intéressée trop tard pour que celle-ci puisse préparer sa défense, une violation du droit d'être entendu sera retenue⁴³⁷. C'est au demandeur à l'instance en *exequatur* d'un jugement par défaut de démontrer que le défendeur a été cité régulièrement, en accompagnant sa requête du document officiel visé par l'art. 29 al. 1 lit. c LDIP.

161. *La réserve de l'art. 27 al. 2 lit. a in fine LDIP*. Selon plusieurs auteurs⁴³⁸, l'expression « *procéder au fond sans faire de réserve* » de l'art. 27 al. 2 lit. a doit être comprise dans un sens différent de celui qu'elle comporte à l'art. 26 lit. c LDIP. Ainsi, lorsque le défendeur procède au fond tout en soulevant l'exception d'incompétence du tribunal étranger, on pourrait considérer qu'il a procédé au fond sans faire de réserve au sens de l'art. 27 al. 2 lit. a LDIP, puisqu'il n'a pas contesté la citation, mais non au regard de l'art. 26 lit. c LDIP, dès lors qu'il a émis une réserve fondée sur le prétendu défaut de compétence du tribunal étranger. En revanche, le défendeur peut procéder au fond en se réservant le droit de soulever l'exception de citation irrégulière en cas de demande d'*exequatur*⁴³⁹. Pour que le défendeur puisse renoncer à se prévaloir de l'irrégularité de la citation, il est nécessaire qu'il ait eu connaissance de ce vice⁴⁴⁰.

édictale selon le droit du domicile; *Amtsgericht* Nidau/BE, décision non publiée, 25 janvier 1996: défenderesse domiciliée en Suisse, preuve de la citation pas rapportée. Dans le régime de la CB/CL, le contrôle de la régularité de la notification est effectué au regard du droit de l'Etat d'origine (cf. notamment, BUCHER, DIP I/1, N° 725 ss).

⁴³⁷ ATF 117 Ib 347, L.: assignation à comparaître le mardi 13 juin reçue le vendredi 9 juin, laissant au défendeur un jour ouvrable pour sa défense, violation admise; cf. en droit interne, dans le cadre d'un recours de droit public contre une décision de la Justice de Paix genevoise, l'ATF 86 I 3, X.: assignation à comparaître à une audience le 21 novembre mise à la poste le 17 novembre, le plaideur domicilié en Allemagne la recevant le matin de l'audience, violation de l'art. 4 Cst. féd. (1874) admise. L'ATF 58 I 181 (186), *Dame Lanvin* mentionne également le délai suffisant comme condition de la citation régulière (Conv. franco-suisse). Pour les Conventions de Bruxelles et de Lugano, voir notamment GAUDEMET-TALLON, Les Conventions, N° 361 ss.

⁴³⁸ WALTER, p. 360; WALDER, p. 143, note 171; DÖRIG, p. 400; implicitement, VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 40 ad art. 27.

⁴³⁹ VDLKEN, IPRG Kommentar, N° 40 ad art. 27: « *Die Einlassung muss allerdings vorbehaltlos gewesen sein, d.h. der Beklagte darf sich nicht vorbehalten haben, den Zustellungsfehler im späteren Vollstreckungsverfahren geltend zu machen* »; DÖRIG, p. 401.

⁴⁴⁰ ATF 117 Ib 347, L. (Convention franco-suisse de 1869); voir déjà l'ATF 58 I 181 (188), *Dame Lanvin*: « le dossier ne révèle (...) aucun acte permettant de dire que, le sachant et le

b) La violation des principes fondamentaux de la procédure (art. 27 al. 2 lit. b LDIP)

162. *Principe.* Aux termes de l'art. 27 al. 2 lit. b LDIP, la reconnaissance sera refusée si une partie établit que la décision a été rendue en violation de « principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure, notamment que ladite partie n'a pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens ». L'ordre public intervient de manière exceptionnelle⁴⁴¹.

163. *Quelques illustrations jurisprudentielles.* 1° *Jugement par défaut.* Un tour d'horizon de la jurisprudence nous paraît offrir le moyen le plus sûr de tracer les contours de cette nouvelle notion juridiquement indéterminée. Pour les procédures par défaut, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas de violation de l'ordre public formel lorsque le jugement n'était pas notifié au défendeur, celui qui se désintéresse de la procédure devant se laisser opposer un jugement par défaut rendu sur la base des seules allégations de la partie non défaillante⁴⁴². Il en irait de même, et c'est beaucoup plus surprenant puisque cela rend peu aisé le contrôle de sa conformité à l'ordre public matériel⁴⁴³, du jugement par défaut ne contenant ni l'exposé des faits ni l'indication des motifs, si la partie défaillante a été régulièrement citée: pour le Tribunal fédéral, « il est normal que celui qui se désintéresse du procès dans lequel il est impliqué en supporte les conséquences et doive souffrir, le cas échéant, qu'un jugement par défaut soit rendu sur la base des seules allégations de la partie non défaillante »; l'intimé informé qu'un jugement par défaut serait rendu ne pouvait ignorer que le tribunal fonderait son jugement sur les allégués de l'adverse partie: « C'est dire que l'intéressé n'avait pas besoin de connaître les motifs de ce jugement pour en saisir le sens »⁴⁴⁴.

voulant, elle a renoncé à exciper de l'irrégularité de la citation »; *Kantonsgericht ZG*, décision non publiée, 9 avril 1997: « Da die Klägerin vom hängigen Verfahren (...) sichere Kenntnis und sie sich zunächst auch vorbehaltlos auf den fraglichen Prozess eingelassen hatte, kann ihre Einrede, sie habe nie irgendwelche Dokumente auf dem RechtsHilfeweg erhalten, nicht gehört werden »; DÖRIG, p. 400-401; BUCHER, DIP I/1, N° 713.

⁴⁴¹ Voir notamment BUCHER, DIP I/1, N° 734, 737.

⁴⁴² ATF 116 II 625, *Société R.*; voir également ATF 102 Ia 308, *Pfister-Grüebler*: reconnaissance d'un jugement allemand notifié selon le § 175 ZPO et dont il n'est pas établi qu'il soit parvenu à son destinataire; *Kantonsgericht GR*, 16 août 1993, PKG 1993, N° 18, p. 68 (Convention italo-suisse); DÖRIG, p. 436-438.

⁴⁴³ Voir les réserves in ATF 122 III 344 (350), *Benjamin T.* (divorce privé).

⁴⁴⁴ ATF 116 II 625, *Société R.*; ATF 103 Ia 199 (204-206), *Berti* (jugement allemand ne contenant ni exposé des faits ni motivation, violation niée dès lors que le relief du défaut, aboutissant à un jugement motivé, était possible) et ATF 62 I 143, *Roth & Cie*, au sujet d'une sentence arbitrale anglaise; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 43 ad art. 27 relève que le droit

164. 2° *Notification. Indication des voies de recours. Assistance d'un avocat. Jura novit curia. Règles de procédure étrangères.* Le jugement rendu contradictoirement devrait quant à lui avoir été notifié à la partie qui succombe, afin que celle-ci puisse se déterminer sur le contenu du jugement et exercer les voies de recours prévues par la loi⁴⁴⁵. Selon une décision non publiée de l'*Obergericht* de Zurich, l'ordre public formel n'est pas heurté lorsque le jugement n'a pas été notifié aux parties et à leurs mandataires, pour autant qu'il s'agisse d'un jugement définitif, ne pouvant faire l'objet d'un recours⁴⁴⁶. L'absence d'indication des voies de recours ne devrait pas conduire à un refus de reconnaissance⁴⁴⁷, pas plus que l'obligation des parties d'être assistées par un avocat⁴⁴⁸ ou le fait que le juge n'est pas entré en matière sur une exception soulevée par une partie⁴⁴⁹. La transmission d'un acte par la voie postale ou d'une autre manière non conforme aux conventions internationales pertinentes ne heurte pas l'ordre public suisse⁴⁵⁰, seul l'art. 27 al. 2 lit. a LDIP entrant en ligne de compte pour l'acte introductif d'instance. L'adage *jura novit curia* ne fait pas partie de l'ordre public formel⁴⁵¹. En revanche, l'obligation d'examiner d'office, lors d'un divorce, les problèmes de l'attribution des enfants, du droit de visite et de leur entretien constitue un impératif découlant de l'ordre public

allemand connaît dorénavant une disposition (§ 313b al. 3 ZPO) affirmant que ce type de jugement ne devrait pas être utilisé lorsqu'il faut s'attendre à ce que le jugement par défaut soit invoqué à l'étranger. DÖRIG, p. 437-438, approuve cette jurisprudence. A noter qu'en procédure civile neuchâteloise, le jugement rendu en procédure orale (valeur litigieuse inférieure à 8000.-), même s'il est contradictoire, ne mentionne en principe ni les faits ni les motifs (cf. art. 354 CPCN); le jugement rendu à l'issue d'une telle procédure n'est rédigé qu'en cas de déclaration de recours (art. 355 CPCN); la partie qui obtient gain de cause et qui ne peut, faute de qualité pour recourir, adresser de déclaration de recours serait bien inspirée de demander au juge qu'il rende un jugement écrit selon l'art. 356 CPCN, si elle a l'intention de faire reconnaître et exécuter le jugement à l'étranger. En droit français, voir MAYER, N° 384 et Cass. fr., 9 octobre 1991, RCDIP 1992, p. 516: le défaut de motivation n'est pas contraire à l'ordre public et il ne constitue un obstacle à l'*exequatur* que si la partie qui invoque le jugement ne produit pas de documents permettant au juge français de s'assurer que les conditions pour l'efficacité, notamment la conformité à l'ordre public matériel, sont remplies.

⁴⁴⁵ ATF 111 Ia 12 (14), *Beyeler Machines SA*: jugement iranien, reconnaissance refusée. A notre avis, ce jugement est en partie dépassé en ce qui concerne le fardeau de la preuve de la notification.

⁴⁴⁶ *Obergericht* ZH, 7 juillet 1992, ZR 1994, N° 10, p. 54-58; décision cassée par TF, 24 novembre 1992, ZR 1994, N° 10, p. 58-59, sans examen de cette question.

⁴⁴⁷ ATF 96 I 396 (399), *H.*

⁴⁴⁸ ATF 87 I 73 (79-80), *Hagen*.

⁴⁴⁹ ATF 97 I 151, *Müller*; 96 I 396 (397), *H.*

⁴⁵⁰ BUCHER, DIP I/1, N° 747 et la jurisprudence citée, notamment ATF 105 Ia 307 (311), *Lawrence Jusko*; 102 Ia 308 (313-317), *Pfister-Grübler*.

⁴⁵¹ ATF 116 II 625 (632), *Société R.*

formel⁴⁵². La violation de règles de procédure étrangère qui ne constituent pas des principes fondamentaux de la conception suisse de la procédure n'est pas suffisante⁴⁵³.

165. 3° *Procédure sommaire et mesures provisoires. Absence de représentant. Capacité.* La procédure anglaise sommaire selon l'*Order 14* n'est pas contraire à l'ordre public formel⁴⁵⁴. Le principe de l'égalité des armes relève de l'ordre public formel⁴⁵⁵; une mesure provisoire ordonnée sur requête unilatérale, sans que l'adverse partie n'ait eu l'occasion de se prononcer, avant ou après l'ordonnance, et sans que le juge d'origine ne se prononce sur la nécessité de procéder de la sorte ne sera pas reconnue⁴⁵⁶. Les mesures provisoires doivent pouvoir être contestées aussitôt que possible dans une procédure ordinaire, affirme l'*Obergericht* de Zurich⁴⁵⁷. Le jugement rendu à l'insu d'une partie (demanderesse ou défenderesse) à l'issue d'une procédure à laquelle a participé un représentant sans pouvoirs ne sera pas davantage reconnu⁴⁵⁸, pas plus que

⁴⁵² Tribunal fédéral, 24 novembre 1992, in ZR 1994, N° 10, p. 59, refusant de reconnaître un jugement du Tribunal suprême yougoslave n'ayant pas tenu compte de l'importante dévaluation, due à la guerre, de la monnaie yougoslave par rapport à la monnaie du pays dans lequel les enfants résidaient. Pour d'autres exemples liés à la maxime d'office (adoption sans enquête préalable, jugement de paternité rendu sur le seul aveu de la mère), BUCHER, DIP I/1, N° 742.

⁴⁵³ ATF 120 II 83, B.: citation à l'audience finale irrégulière selon le droit américain.

⁴⁵⁴ ATF 107 Ia 199, *Kano Trading Limited*.

⁴⁵⁵ *Appellationshof* BE, décision non publiée du 4 décembre 1995: en l'espèce, violation admise, sentence arbitrale ayant fait intervenir dans la procédure, en opérant la levée du voile social (théorie de l'*alter ego*), l'actionnaire de la société défenderesse, celle-ci se voyant imputer les faits de celui-là et ne pouvant se défendre, dès lors que l'actionnaire avait contesté (à juste titre, selon l'*Appellationshof*) la compétence du tribunal arbitral et n'avait pas procédé.

⁴⁵⁶ *Gerichtspräsidium See/SG*, décision non publiée, 6 février 1995 (séquestre provisoire d'avoirs bancaires sis en Suisse par un tribunal canadien, saisi d'une action en divorce): «Darauf darf geschlossen werden, dass weder dem Gesuchsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesuch gegeben wurde, noch ein Rechtfertigungsgrund für den Ausschluss des rechtlichen Gehörs erörtert wurde». Dans le même sens, en rapport avec une ordonnance en remise de documents bancaires et d'extraits de compte, dans la même affaire, *Bezirksgericht See/SG*, décision non publiée, 20 janvier 1997: «Zu den tragenden Grundsätzen der schweizerischen Verfahrensordnung gehört, dass eine Prozesspartei angehört wird, bevor über ihre Sache entschieden wird, oder dass dann, wenn das Vorliegen von Umständen für eine Ausnahme geltend gemacht wird, diese Umstände so genau als möglich abgeklärt werden».

⁴⁵⁷ *Verwaltungskommission Obergericht ZH*, 11 juillet 1989, ZR 1989, p. 126, N° 37.

⁴⁵⁸ ATF 85 I 39 (49-51), *Hoepffner*; voir également ATF 58 I 181, *Dame Lanvin* (défendeur non régulièrement cité et représenté par un avocat sans pouvoir); *Bezirksgericht Liestal/BL*, décision non publiée, 29 janvier 1997 (mandataire provisoire désigné par le tribunal, non instruit par son « mandant »).

celui rendu contre une personne incapable d'exercer les droits civils et qui n'était pas légalement représentée⁴⁵⁹.

166. 4^e *Répudiations*. La violation de l'ordre public procédural a été opposée à une répudiation qui n'avait pas été notifiée à une épouse, alors qu'elle n'avait pas été convoquée à la procédure devant témoins et ignorait tout de la procédure⁴⁶⁰; l'ordre public procédural a également fait obstacle à la reconnaissance de la répudiation d'une épouse qui n'avait pas pu s'opposer à la mesure et faire valoir ses droits⁴⁶¹.

167. *Appréciation*. Ainsi que le souligne la doctrine, la violation de l'ordre public formel est fréquemment invoquée, mais rarement retenue par le Tribunal fédéral⁴⁶². L'examen des décisions non publiées que nous avons pu obtenir révèle que la plupart des arrêts dans lesquels l'ordre public est invoqué devant les tribunaux des cantons concernent l'art. 27 al. 2 LDIP et qu'une violation est assez fréquemment retenue. Nous ne chercherons pas à systématiser cette jurisprudence nuancée et parfois contradictoire⁴⁶³. A nos yeux, l'art. 27 al. 2 lit. b LDIP vise l'ordre public formel au sens strict, lequel recouvre principalement le droit d'être entendu par un tribunal régulièrement composé et le droit à un procès équitable. La notion de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure (« *wesentliche Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts/principi fondamentali del diritto procedurale svizzero* ») est vague; ce qui est important, c'est qu'il doit s'agir d'un principe essentiel de procédure qui tend à agencer le déroulement de l'instance de manière à sauvegarder, de façon contradictoire, les droits des parties qui s'opposent. Nous pensons que ces garanties procédurales devraient

⁴⁵⁹ ATF 81 I 139 (145-146), D.

⁴⁶⁰ Cour de justice GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219, A. Z (sur cette affaire, cf. *infra*, N° 796); voir également *Appellationshof* BE, décision non publiée, 20 décembre 1996 (*infra*, N° 800).

⁴⁶¹ Tribunal civil du district de Neuchâtel, jugement sur moyen séparé du 3 octobre 1989, non publié, p. 6: « *A n'en pas douter, la demanderesse n'a pas pu participer à la procédure qui s'est déroulée en Arabie saoudite, même si'il est vrai qu'elle était dans la salle du tribunal; (...) elle est restée assise à l'arrière avec ses enfants, on ne lui a rien demandé et elle n'a fait aucune déclaration ni signé aucun document* »; Tribunal civil du district de Vevey/VD, décision non publiée du 9 juin 1995, p. 12: « *qu'ainsi, même si l'intimée était assistée d'un avocat à l'audience, elle n'a pas eu la possibilité de se défendre sur le principe de la répudiation* » (cf. *infra*, N° 674 et 798).

⁴⁶² VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 41 ad art. 27; BUCHER, DIP I/I, N° 734.

⁴⁶³ Pour une tentative de systématisation, voir VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 41 ss ad art. 27 qui distingue « *das faire Verfahren* » et « *das rechtliche Gehör* »; pour une autre classification, voir PATOCCHI/GEISINOER, CDIP, p. 168 ss; sur la *Pre-Trial Discovery* et la *Class Action* américaines au regard de l'ordre public procédural suisse, voir DÖRIG, p. 402 ss, 439 ss.

en tout cas correspondre aux exigences minimales visées par l'art. 6 ch. 1 CEDH. Cette norme fondamentale offre une ligne directrice et rayonne sur le contenu de l'ordre public procédural. En écartant un jugement étranger issu d'une procédure violant la CEDH, le juge défend l'ordre public suisse qui intègre ces principes et assure « *le respect par l'Etat dont il est l'organe, de son engagement international* »⁴⁶⁴. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral ne s'est que peu référé à la Convention européenne des droits de l'homme pour motiver ses décisions en matière d'ordre public formel. Dans l'affaire *Berti*⁴⁶⁵, le Tribunal fédéral relevait que la CEDH devait être prise en compte pour déterminer le contenu de l'ordre public formel. Il est vrai que la notion d'ordre public formel ne doit pas être envahissante, au point de rendre difficile l'exécution des jugements en Suisse. Lorsque des principes absolument fondamentaux découlant de l'art. 6 CEDH, reconnus à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat membre (art. 1 CEDH), sont heurtés, la théorie de la *Binnenbeziehung* s'applique également; toutefois, l'éloignement de la cause avec l'Etat de la reconnaissance ne devrait que rarement conduire à relativiser les exigences de la CEDH, dès lors que les principes qui en découlent relèvent pour la plupart du noyau dur de l'ordre public formel, que certains qualifieraient d'ordre public universel⁴⁶⁶. D'autres principes d'ordre public procédural suisse, d'importance moindre, pourraient être relativisés par le biais de la théorie des liens avec le for.

c) Les exceptions de litispendance et de la chose jugée (art. 27 al. 2 lit. c LDIP)

168. *Enoncé.* L'autorité de la reconnaissance doit refuser de reconnaître le jugement si un litige entre les mêmes parties et portant sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé, ou encore qu'il a été précédemment jugé dans un Etat tiers, pour autant que cette décision remplisse les conditions de sa reconnaissance. Nous renonçons⁴⁶⁷ à traiter cette disposition qui, comme nous l'avons vu, ne nous paraît pas participer de la défense de principes fondamentaux du for, mais tend à la coordination d'actes juridictionnels rendus dans différents Etats.

E. Effet de l'intervention

169. *Effet négatif.* Lorsque l'ordre public formel intervient, il n'a qu'un effet

⁴⁶⁴ MAYER, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 651 (664).

⁴⁶⁵ ATF 103 Ia 199 (205), *Berti*, avec référence à BAUR, p. 18 ss.

⁴⁶⁶ Pour la discussion, voir *infra*, N° 335 ss.

⁴⁶⁷ Voir p. ex. STOJAN, p. 160 ss; BUCHER, DIP I/1, N° 754, pour qui ce motif de refus doit être examiné d'office (DIP I/1, N° 696).

négatif: il empêche simplement l'opposabilité du jugement étranger dans l'Etat dans lequel la reconnaissance est demandée. Par conséquent, si les parties disposent d'un for en Suisse, une nouvelle instance pourra être introduite dans notre pays sans que l'exception d'autorité de chose jugée y fasse obstacle. Pareillement, un jugement rendu à l'étranger (dans un autre pays que celui dont émane le premier jugement) par un juge saisi avant ou après le prononcé du jugement dont la reconnaissance a été refusée pourrait être reconnu en Suisse, pour autant qu'aucun des motifs de refus de l'art. 27 LDIP (en particulier la lit. c) n'y fasse obstacle.

F. L'ordre public formel dans les conventions internationales

170. *Principe.* Les conventions contiennent fréquemment des dispositions expresses sur le refus de reconnaissance en cas de citation irrégulière, de chose jugée ou de litispendance et réservent de manière générale l'ordre public de l'Etat requis, sans préciser s'il s'agit d'ordre public formel ou matériel.

171. *Autonomie du motif de refus fondé sur l'ordre public formel dans les conventions.* Pour le Tribunal fédéral, l'ordre public réservé dans les conventions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements implique également la réserve de l'ordre public formel⁴⁶⁸. Il faut toutefois relativiser cette affirmation: lorsqu'une convention mentionne précisément les conditions d'un motif de refus, par exemple celui de la litispendance et de la chose jugée, comme le fait l'art. 27 ch. 3 et 5 CL, ou de la citation irrégulière⁴⁶⁹, il n'est pas possible d'en étendre le cadre en invoquant la jurisprudence rendue en application du régime ordinaire des art. 25 ss LDIP. Le juge doit respecter les définitions autonomes des motifs de refus figurant dans les conventions internationales. De même, lorsqu'une convention exige que le juge examine l'un de ces moyens d'office⁴⁷⁰, l'autorité de la reconnaissance ne pourra se référer à la teneur de l'art. 27 al. 2 LDIP pour refuser d'y procéder, au motif que

⁴⁶⁸ ATF 85 I 39 (47-48), *Hoepffner*; 87 I 73 (78), *Hagen*; 117 Ib 347 (349), *L.*

⁴⁶⁹ P. ex. art. 4 al. 3 de la Convention germano-suisse (1929); art. 1 ch. 4 de la Convention austro-suisse (1960); art. 1 al. 1 lit. d de la Convention avec la Belgique (1959); art. 1 ch. 4 de la Convention avec l'Italie (1933) et de la Convention avec le Liechtenstein (1960); art. 8 de la Convention de La Haye (1970) sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps; art. 6 de la Convention de La Haye (1973) concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires; 9 ch. 1 lit. a de la Convention européenne (1980) sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants, qui précise que l'absence de signification ne saurait constituer un motif de refus de reconnaissance lorsqu'elle n'a pas eu lieu parce que le défendeur a dissimulé l'endroit où il se trouve à la personne qui a engagé l'instance; art. V al. 1 lit. b de la Convention de New York (1958) pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

⁴⁷⁰ P. ex. art. 1 al. 2 i.f. de la Convention austro-suisse.

ce moyen n'a pas été soulevé. A l'inverse, lorsqu'une convention ne précise pas si le juge doit retenir d'office ces moyens de refus, c'est peut-être que ses auteurs entendaient laisser subsister des solutions divergentes à cette question dans les législations nationales, ce qui permettrait à l'art. 27 al. 2 de jouer son rôle. Enfin, lorsque la convention exclut un contrôle au regard de l'ordre public⁴⁷¹, l'examen de la compatibilité à l'ordre public formel est également prohibé.

172. *Un exemple: l'art. 27 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.* Ainsi, les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoient à leur art. 27 que la décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis (ch. 1), si l'acte introductif d'instance n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre (ch. 2), si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis (ch. 3), si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un Etat non contractant entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque cette dernière décision réunit les conditions de sa reconnaissance dans l'Etat requis (ch. 5), alors que le ch. 4 prévoit un cas particulier (critiqué pour son archaïsme) de contrôle de la règle de conflit appliquée par le juge d'origine, en matière d'état ou de capacité des personnes physiques, de régimes matrimoniaux, de testaments ou de successions; ce contrôle de la loi appliquée n'a strictement rien à voir avec l'ordre public matériel ou formel.

173. *Art. 27 CL et ordre public formel.* Est-il possible d'invoquer l'ordre public formel en dehors des cas prévus à l'art. 27 ch. 2 CB/CL, texte qui ne s'applique qu'en cas de procédure par défaut? La Cour de justice n'a pas résolu directement cette question⁴⁷². Dans un arrêt de 1996⁴⁷³, elle a toutefois précisé que l'art. 27 ch. 1 CB ne devait intervenir que dans des cas exceptionnels, ce qui était en tout cas exclu lorsque le problème spécifique pouvait être résolu sur la base d'une disposition spécifique; en l'espèce, elle a considéré que l'art. 27 ch. 2 CB s'appliquait à une décision prononcée contre un défendeur qui ne

⁴⁷¹ ATF 94 I 358 (362), *Louis Ditzler AG*, au sujet de l'art. 19 de la Convention de La Haye (1954) sur la procédure civile: pas de contrôle au regard de l'ordre public de la décision sur les frais ou du jugement au fond sur lequel il s'appuie.

⁴⁷² La Cour de justice ne s'est pas prononcée directement sur ce point; dans son arrêt *Debaecker*, elle a cependant utilisé une formule très générale au sujet de l'art. 27 ch. 2 CB (CJCE, 11 juin 1985, Aff. 49/84, Rec. 1985, p. 1779 ss, JDI 1986, p. 461 ss); pour un bon résumé des opinions, voir GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions*, N° 365 ss et Gérard PLUYETTE, *Les Conventions de Bruxelles et les droits de la défense*, in *Mélanges Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 427-458; BUCHER, DIP I/1, N° 749 ss.

⁴⁷³ CJCE, 10 octobre 1996, *B. Hendrikman und M. Feyen c/ Magenta Druck & Verlag GmbH*, Aff. C-78/95, RCDIP 1997, p. 555, ZZPInt 1997, p. 136, RSDIE 1998, p. 133.

s'était pas vu signifier, régulièrement et en temps utile, l'acte introductif d'instance et qui n'avait pas été valablement représenté, alors qu'en raison de la comparution devant le juge d'origine d'un prétendu représentant du défendeur, la décision n'avait pas été prononcée par défaut. Une partie de la doctrine⁴⁷⁴ est d'avis que le contrôle des droits de la défense effectué dans l'Etat de la reconnaissance ne peut porter que sur les points expressément prévus à l'art. 27 (en particulier au ch. 2) CB/CL, mais cette opinion est loin de faire l'unanimité⁴⁷⁵.

8. Ordre public suisse et ordre public étranger

A. Introduction

174. *Questions à traiter.* L'ordre public de référence est logiquement celui du for quand il s'agit d'appliquer une loi étrangère et celui de l'Etat de la reconnaissance lorsqu'est envisagée la reconnaissance ou l'exécution d'un acte étranger. Il nous paraît toutefois nécessaire d'examiner brièvement le traitement qu'il convient de réserver à l'ordre public étranger. Le juge doit-il d'une part tenir compte de l'ordre public, positif ou négatif, de l'Etat étranger dont le droit est désigné par la règle de conflit du for et peut-il d'autre part prendre en considération des dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public dans un Etat tiers, non désigné par la règle de conflit ? Enfin, l'ordre public étranger exerce-t-il une autre influence sur le droit international privé suisse ? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre. Préablement, nous nous proposons d'examiner quelle doit être l'attitude des parties lorsqu'elles sont confrontées à des conceptions de l'ordre public divergentes dans les différents fors à leur disposition.

B. Diversité des conceptions de l'ordre public et fors à disposition des parties

175. *Intérêt des parties à connaître la conception de l'ordre public prévalant*

⁴⁷⁴ Voir les auteurs cités par DONZALLAZ, t. II, N° 2897, notes 276-278 et par GAUDEMET-TALLON, Les Conventions, N° 367 et note 109.

⁴⁷⁵ Voir les auteurs cités par DONZALLAZ, t. II, N° 2897 et 279; GEIMER/SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, N° 84 ad art. 27; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, N° 8 ss ad art. 27 et les arrêts allemands cités; DONZALLAZ, t. II, N° 2916-2918; BUCHER, DIP I/1, N° 749: « dans certains cas, certes exceptionnels, cette soupape de sécurité peut se révéler utile »; hésitant DROZ, RCDIP 1997, p. 562: « à la rigueur admettrions-nous tout de même un contrôle de l'ordre public procédural, s'il est prouvé que des irrégularités graves ont été commises non pas sur le fond mais en marge du fond, s'il est avéré ultérieurement que des témoins ont été achetés, que des pièces ont été falsifiées, voire que le juge était corrompu ».

dans les fors potentiels. Avant d'entamer une procédure, il est important pour les parties de connaître la conception de l'ordre public des tribunaux des différents Etats étrangers qui pourraient s'estimer compétents à l'égard de la relation juridique litigieuse⁴⁷⁶. En effet, à l'issue d'une procédure judiciaire, l'intervention éventuelle de l'ordre public sera scellée dans un jugement qui sera doté de la force exécutoire et qui permettra à l'adverse partie de soulever une exception de chose jugée, concrétisée pour la Suisse à l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP. Les parties ont également grand intérêt à anticiper les manifestations de l'ordre public de l'Etat dans lequel elles entendent se prévaloir d'un jugement: la décision refusant la reconnaissance au nom de l'ordre public y sera également revêtue de l'autorité de la chose jugée. Le demandeur choisira de saisir un juge en fonction de son intérêt à le voir déclarer une relation juridique contraire ou conforme à l'ordre public.

176. *Cette anticipation n'est pas toujours possible ni souhaitée. Obstacles.* L'évaluation préalable de la réaction de l'ordre public du for n'est pas toujours possible: parfois les parties ne disposent, pour des raisons juridiques ou pratiques, que d'un seul for, la saisine d'une autre juridiction risquant de constituer une fraude. Les parties ne souhaitent pas toujours consacrer le temps et l'argent nécessaires à la détermination de la loi applicable, du régime de la reconnaissance et de la pratique relative à l'intervention de l'ordre public dans chacun des fors qui s'offrent à elles. Il est de surcroît fort difficile d'augurer de l'usage qui sera fait de la réserve dans un Etat déterminé: même lorsque les parties parviennent, à l'aide de leurs conseils, à réunir la jurisprudence et les avis doctrinaux pertinents, l'appréciation concrète que suppose, dans la plupart des Etats, l'intervention de la réserve permet à la sensibilité particulière du juge saisi de s'exprimer, ce qui rend souvent aléatoire toute anticipation de la réaction de l'ordre public.

C. Prise en considération de l'ordre public (positif et négatif) du système désigné par la règle de conflit du for

a) Règles d'application nécessaire (ordre public positif) de la *lex causae*

177. *Le raisonnement par le biais de l'art. 13 LDIP.* Le juge suisse a l'obligation d'appliquer d'office les règles d'application nécessaire (ordre public positif) appartenant à la *lex causae*, puisqu'elles font partie intégrante du droit étranger⁴⁷⁷; en vertu de l'art. 13 LDIP, ces règles sont comprises dans la

⁴⁷⁶ Voir KELLER/SIEHR, § 42 V, p. 547.

⁴⁷⁷ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 387; BONOMI, *Le norme imperative*, p. 242; BUCHER, DIP I/2, N° 348 ss, 354 ss avec plusieurs exemples; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 22 ss ad art. 13; DUTOIT, *Commentaire*, N° 9 ad art. 13; Sylvain MARCHAND, *Les*

désignation du droit étranger par la règle de conflit suisse, qu'elles appartiennent au droit public ou non⁴⁷⁸, à moins que ces règles matérielles ne prévoient une limitation de leur propre champ d'application, ce dont l'art. 13 LDIP exige le respect⁴⁷⁹; en effet, respecter l'autolimitation voulue par la loi étrangère, c'est appliquer dans sa juste étendue la règle matérielle désignée par la règle de conflit.

178. *Opinion de F. VISCHER et réfutation de I. SCHWANDER.* F. VISCHER, suivi de plusieurs auteurs⁴⁸⁰, soutient que la désignation d'un droit ne comprend pas les lois d'application nécessaire de la *lex causae* qui poursuivent des buts de politique économique ou étatique (*Eingriffsnormen*); bien qu'il ne s'agisse pas de dispositions impératives « d'un droit autre que celui désigné » par la loi (art. 19 al. 1 LDIP), la nature et les buts particuliers de ces dispositions justifieraient que le juge les passe au crible de l'art. 19 LDIP et qu'il examine dans chaque cas s'il convient de les prendre en considération. I. SCHWANDER⁴⁸¹ nous semble réfuter à juste titre cette construction: selon ce dernier auteur, cette catégorie supplémentaire de lois impératives, qui n'est pas prévue par la loi et qui se concilie difficilement avec le texte de l'art. 19 LDIP, dénature la *lex causae*; celle-ci doit s'appliquer dans son ensemble, avec les correctifs que le législateur étranger a prévus, que ceux-ci méritent la qualification de lois d'application nécessaire ou non. L'approche défendue par F. VISCHER revient à amputer artificiellement la *lex causae* d'une part importante de ses règles, ce qui pourrait contribuer à créer des incohérences dans la réglementation pertinente.

179. *Notre position. Le jeu des art. 13 et 17 et 18 LDIP offre une réponse*

limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale, th. Genève 1994, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, p. 211 et note 595; SCHWANDER, Einführung AT, N° 539; SCHNYDER, IPR, p. 29-30 et 35; *idem*, Wirtschaftskollisionsrecht, N° 304; RENOLD, N° 63.

⁴⁷⁸ Cf. *supra*, N° 104 ss.

⁴⁷⁹ Sur l'autolimitation, voir surtout MAYER, Les lois de police, p. 331 ss.

⁴⁸⁰ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1, 2 et 10 ad art. 19 LDIP; *idem*, Zwingendes Recht, p. 440-441; *idem*, General Course, p. 181; Thomas MORSCHER, Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf. Ihre kollisionsrechtliche Behandlung im schweizerischen IPR-Gesetz und im UN-Kaufrecht, Schriftenreihe des schweizerischen Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen vol. 52, Bâle/Stuttgart 1992, p. 88, 101; NORDIN, p. 129, 131 ss; VOSER, p. 83, qui rapporte les avis de la doctrine sur cette question aux p. 73 ss.

⁴⁸¹ SCHWANDER, Einführung AT, N° 540; SCHWANDER, RSDIE 1997, p. 494 (note sous *Appellationsgericht BS*, 18 août 1995, BJM 1997, p. 17); BONOMI, Le norme imperative, p. 242; voir également la critique de MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 21 ad art. 13 qui propose toutefois (N° 24 ad art. 13) de s'inspirer des critères énoncés par l'art. 19 LDIP lors de l'application de la réserve d'ordre public à cette catégorie de normes.

satisfaisante. Nous nous rallions sans peine à l'argumentation de I. SCHWANDER. A nos yeux, la réserve d'ordre public de l'art. 17 LDIP permet de faire obstacle à l'application des lois d'application nécessaire de la *lex causae* poursuivant des buts de politique économique ou étatique lorsque cette application conduit à des résultats qui seraient inacceptables dans notre pays. Ni le caractère de droit public⁴⁸², ni la nature impérative d'une règle étrangère ne fait obstacle à son application, si elle appartient au système désigné par la règle de conflit. Le juge appliquera la *lex causae* comme le juge de l'Etat dont elle émane l'aurait appliquée, c'est-à-dire sans faire abstraction des règles qualifiées de lois d'application nécessaire dans le système de la *lex causae*. En obligeant le juge à justifier au regard des critères de l'art. 19 LDIP l'application de chacune des normes d'application nécessaire appartenant à la *lex causae*, l'approche défendue par F. VISCHER, qui ne trouve aucun fondement dans le texte des art. 13 à 17 LDIP, complique le système des conflits de lois sans présenter de réel avantage et opère au sein de la loi applicable une distinction discutable et difficilement praticable, fondée sur le but poursuivi et le rôle de la norme étrangère. Le jeu des art. 13, 17 et 18 LDIP nous semble assurer une réponse satisfaisante à la question que nous examinons, sans qu'il soit nécessaire d'étendre le champ de l'art. 19 LDIP au-delà de sa lettre: en premier lieu, la règle d'application nécessaire étrangère sera écartée au profit de la loi d'application nécessaire du for (art. 18 LDIP) qui déclare s'appliquer en l'espèce, qu'elle poursuive ou non un but similaire à la règle étrangère. La loi d'application nécessaire du for a donc toujours la priorité sur celle qui appartient à la *lex causae*. En second lieu, la *lex causae* étant applicable dans son ensemble, le juge évincera les dispositions particulières, qu'il s'agisse de lois d'application nécessaire ou non, dont l'application concrète conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse⁴⁸³. Cette approche nous paraît

⁴⁸² Cf. *supra*, N° 104 ss, 109.

⁴⁸³ Voir déjà ATF 68 II 203 (210), *Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk AG: «Steht eine Bestimmung des ausländischen Rechtes, die aus dortigen ordre public Geltung beansprucht, ihrerseits mit dem schweizerischen ordre public in Widerspruch, so ist ihre Berücksichtigung ausgeschlossen»*. Dans un arrêt de 1992 (ATF 118 II 468, V., PJA 1993, p. 204 [note SCHWANDER], RSDIE 1994, p. 306 [note BUCHER]), le Tribunal fédéral a déclaré que «selon l'article 13, deuxième phrase, LDIP, l'ordre public étranger fait partie du droit étranger; on ne saurait donc n'en point tenir compte». Nous approuvons cette affirmation dans la mesure où elle se rapporte à l'ordre public positif appartenant à la *lex causae*. Nous pensons que les considérants de l'arrêt ne permettent toutefois pas de porter une conclusion définitive sur la question qui nous occupe ici; le TF se réfère certes à la réserve d'ordre public, mais rien ne permet d'affirmer qu'en excluant le droit public qui est destiné à assurer l'exécution d'actes d'autorité, le TF n'ait pas voulu se référer aux critères de l'art. 19 LDIP. Voir également, laissant la question ouverte, *Appellationsgericht BS*, 18 août 1995, BJM 1997, p. 17, RSDIE 1997, p. 492 (note SCHWANDER), au sujet de l'art. 697 du code civil turc instaurant la propriété de l'Etat sur les antiquités trouvées sur son territoire: selon le

renforcée par l'analyse de l'art. 7 de la Convention de Rome [1980], qui constitue l'un des rares exemples de dispositions analogues à l'art. 19 LDIP en droit international privé comparé⁴⁸⁴. La plupart des auteurs considèrent que les lois d'application nécessaire appartenant à la *lex causae* ne sont pas soumises à l'art. 7 de la convention et qu'elle sont applicables en vertu de la désignation objective ou subjective de la *lex causae*⁴⁸⁵.

b) Prise en considération de la réserve d'ordre public (ordre public négatif) de la *lex causae*

180. *L'ordre public négatif de la *lex causae* doit être pris en considération lorsqu'il y a lieu d'appliquer le droit international privé étranger (renvoi)*. La réserve d'ordre public est un concept relevant du droit international privé et non du droit matériel. La désignation du droit matériel d'un Etat n'entraîne en principe pas l'application de son droit international privé. La conception de l'ordre public de l'Etat désigné par les règles de conflit du for ne sera prise en considération par le juge du for que si le droit international privé de cet Etat est désigné dans le cadre d'un renvoi (*Gesamtverweisung*) ou d'une désignation globale, par les parties, du droit matériel et du droit international privé étranger, lorsque la règle de conflit leur offre cette faculté⁴⁸⁶. Pour reprendre la formulation de I. SCHWANDER⁴⁸⁷, l'ordre public étranger doit être pris en

tribunal, « es besteht kein Grund, eine solche gleichsam "harmlose" Bestimmung aus dem von der *lex causae* erfassten Rechtskomplex auszugliedern. Aber auch wenn eine eigentliche Eingriffsnorm vorliegen würde, so müsste sie aufgrund von Art. 19 IPRG oder des universalen ordre public vom Schweizer Richter angewendet werden (...) ».

⁴⁸⁴ Cf. *infra*, N° 185 et note 497.

⁴⁸⁵ Cf. p. ex. Claude FERRY, La validité des contrats en droit international privé, Paris 1989, p. 264; Antoine KASSIS, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris 1993, p. 461, N° 445; MAYER (implicitement) N° 127; *idem*, Les lois de police, p. 330-331; Jean-Christophe POMMIER, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Paris 1992, p. 215, N° 211; implicite: Richard PLENDER, The European Contracts Convention, Londres 1991, p. 154, ch. 9.07.

⁴⁸⁶ La question est controversée s'agissant de l'art. 116 LDIP; voir AMSTUTZ/VOGT/WANG, IPR Kommentar SPR, N° 53 ad art. 116 et les références citées; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, IPRG Kommentar, N° 99-101 ad art. 116; DUTOIT, Commentaire, N° 7 et 13 ad art. 116; sous l'ancien droit, voir ATF 81 II 391 (393), *Guaranty AG*.

⁴⁸⁷ SCHWANDER, Einführung AT, N° 478; KNAPP, p. 184-185; Ernes BORIOLI, La notion de renvoi en droit positif suisse, th. Genève 1966, Ambilly-Annemasse 1967, p. 108-109; en droit allemand, cf. p. ex. KEGEL, p. 295-296, 385; SONNENBERGER, München. Komment., N° 73 ad art. 6 et les nombreuses références en note 240; KROPHOLLER, § 36 VII, p. 234; OLG Karlsruhe, 2 mars 1970, FamRZ 1970, p. 251 (253): renvoi-retour du droit international privé algérien au droit matériel allemand en matière de légitimation; l'ordre public algérien évince le droit allemand et conduit à l'application du droit algérien; celui-ci est contraire à l'ordre public allemand, de sorte que le tribunal applique le droit allemand. En

considération s'il convient d'appliquer le droit international privé étranger, à moins que cet ordre public ne viole lui-même l'ordre public du for (Illustration 1). L'idéal d'harmonie internationale des décisions que poursuit la théorie du renvoi serait sérieusement compromis si l'on appliquait un droit étranger dans son intégralité, mais en faisant abstraction de sa réserve d'ordre public⁴⁸⁸. Le juge ne peut toutefois s'affranchir de l'ordre public du for; les valeurs du for doivent être préservées contre toute atteinte que pourrait leur porter le résultat auquel conduit l'intervention de la réserve d'ordre public du système auquel la règle de conflit renvoie. Parfois, les valeurs du for seront gravement heurtées par les conséquences de l'éviction, par l'ordre public étranger, d'une norme déterminée du for (renvoi au premier degré) ou d'un Etat tiers (renvoi au second degré); la réserve d'ordre public du for interviendra alors à l'encontre du résultat auquel conduit l'intervention de la réserve de la *lex causae*. En revanche, il serait absurde de tenter de respecter de façon toute générale l'ordre public étranger, lorsque la règle de conflit du for n'exige pas que soit pris en compte le droit international privé du système désigné: la réserve d'ordre public de la *lex causae* n'a pas pour fonction d'évincer les règles de son propre système, la *lex causae* étant évidemment conforme aux valeurs d'ordre public du système envisagé; lorsque la loi du for est désignée par la règle de conflit, au nom de quel ordre public étranger pourrait-on prétendre l'écarter?⁴⁸⁹

181. *Lecture cursive de l'ATF 118 II 468, V.* Dans un arrêt de 1992, le Tribunal fédéral déclarait: « l'ordre public étranger fait partie du droit étranger: on ne saurait donc n'en point tenir compte »⁴⁹⁰. Exprimée de façon si générale et tirée de son contexte, cette affirmation est trompeuse s'agissant de la réserve d'ordre public. Si la phrase ne visait que l'ordre public positif, elle mériterait notre approbation et apporterait un appui décisif au rejet de la proposition de F. VISCHER. L'analyse de l'espèce démontre que l'expression utilisée par le Tribunal fédéral visait en réalité la réserve d'ordre public autant, si ce n'est davantage, que l'ordre public positif. Le Tribunal fédéral devait se prononcer

France, voir l'opinion réservée de BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 366, p. 590 et négative de LAGARDE, Répertoire, 2^e éd., V° Ordre public, ch. 62.

⁴⁸⁸ Dans ce sens, KROPHOLLER, § 36 VII, p. 234; sur les limites de ce fondement de la théorie du renvoi, voir REICHART, p. 15-22.

⁴⁸⁹ Exemple en France, cité par MAYER, N° 202 et BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 366: certains tribunaux français ont jugé bigamique, quoique soumis à la loi française par la règle de conflit, le mariage en France d'un Espagnol et d'une Française divorcée, à une époque où l'Espagne ne connaissait pas le divorce, adoptant ainsi la conception espagnole de l'ordre public (voir notamment Trib. civ. Montpellier, 18 mars 1920, Sirey 1921 II, p. 11 et JDI 1920, p. 633; *contra*: CA Aix, 24 janvier 1924, JDI 1924, p. 670).

⁴⁹⁰ ATF 118 II 468, V., PJA 1993, p. 204 (note SCHWANDER); RSDIE 1994, p. 306 (note BUCHER).

sur un jugement d'irrecevabilité prononcé par la Cour civile du Tribunal cantonal de Neuchâtel à l'encontre d'une action en paternité intentée par un Italien de 35 ans, domicilié en Suisse, contre un ressortissant suisse domicilié en Suisse. En droit suisse, l'action était périmée (art. 263 al. 1 ch. 2 CC), alors qu'elle était imprescriptible en droit italien (art. 270 al. 1 CCI⁴⁹¹). L'art. 68 al. 1 LDIP désignait le droit italien du domicile de l'enfant au moment de la naissance. En matière d'état civil le renvoi au droit suisse est admis (art. 14 al. 2 LDIP), de sorte que le Tribunal fédéral⁴⁹¹ devait examiner le contenu du droit international privé italien. Celui-ci prévoyait l'application cumulative du droit national de l'enfant et de la loi du parent en question. Cependant le Tribunal fédéral a écarté l'application cumulative du droit suisse au motif que le juge italien aurait, à ses yeux, refusé de l'appliquer pour des motifs d'ordre public⁴⁹². En dernier lieu, le Tribunal fédéral relevait qu'une législation qui, à l'instar de la loi italienne, ne limitait pas l'action en paternité dans le temps ne heurtait pas l'ordre public suisse et que l'art. 263 al. 1 ch. 2 CC ne revêtait pas le caractère d'une loi d'application nécessaire. Le Tribunal fédéral a donc cassé le jugement cantonal et admis l'action.

182. *Analyse de cet arrêt en rapport avec l'ordre public.* L'arrêt illustre de façon très précise ce que nous venons d'énoncer. Dès lors que la règle de conflit suisse désignait le droit italien dans son ensemble (droit matériel et droit international privé), le Tribunal fédéral a pris en compte l'éviction, par la réserve d'ordre public du droit international privé italien, d'une règle matérielle du for. En fin de raisonnement, le Tribunal fédéral a examiné au regard de l'ordre public suisse le résultat auquel le conduisait la prise en compte de l'ordre public étranger. Tout en tenant compte de l'ordre public étranger, le Tribunal fédéral maintenait fermement le refuge ultime de l'ordre public suisse.

183. *Limites à l'application de ce principe.* Le principe étant exposé, il faut immédiatement souligner les difficultés que risque de rencontrer le juge du for appelé à déclarer en quoi consiste la réserve d'ordre public de l'Etat étranger. Le juge devra faire un délicat pronostic sur l'attitude qu'adopterait une juridiction du système désigné à l'égard de la situation qui lui est soumise. Il

⁴⁹¹ Dans son c. 4c, le TF soutient, à tort selon nous, que l'art. 13 LDIP implique de façon générale l'examen du droit international privé du droit désigné; voir les critiques, à notre avis pertinentes, de BUCHER, RSDIE 1994, p. 312, REICHART, p. 91-92 et note 99; SIEHR, RSJ 1995, p. 75; HEINI, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 13; *contra* (approuvant la formulation du TF): SCHWANDER, PJA 1993, p. 205; NORDIN, p. 318-323.

⁴⁹² ATF 118 II 468 (474): « On peut dès lors tenir pour probable, sinon pour certain, (...) que le droit suisse (...) serait écarté également pour des motifs d'ordre public, puisqu'en droit italien, l'action de l'enfant tendant à la constatation de la filiation est imprescriptible (art. 270 al. 1 CCI) ».

devra donc déterminer les valeurs fondamentales du système auquel le droit du for renvoie et examiner précisément la manière dont elles interfèrent dans le mécanisme de la règle de conflit. L'ordre public étant relatif, l'approche doit toujours être concrète; il est rare qu'existe, dans la jurisprudence publiée à laquelle le juge du for a accès, un précédent rigoureusement identique à celui qui l'occupe, de sorte que la comparaison sera généralement périlleuse. Le juge du for aura peine à dire si les valeurs fondamentales du système désigné ont évolué depuis la publication d'un précédent; la situation est encore plus délicate lorsqu'aucune décision n'est accessible. De surcroît, il n'est pas aisé pour le juge du for de se prononcer sur les valeurs actuelles d'une société à laquelle il n'appartient pas et dont il n'a ni la sensibilité particulière, ni l'héritage culturel⁴⁹³. La connaissance purement livresque des valeurs de la *lex causae* sera le plus souvent imprécise. Il sera enfin fort difficile, voire impossible, de déterminer si les liens avec le for seraient jugés suffisamment étroits par le juge étranger pour que la réserve intervienne⁴⁹⁴. L'arrêt que nous venons d'examiner illustre également notre propos: il n'est pas certain que la conclusion du Tribunal fédéral quant à l'hypothétique intervention de l'ordre public italien à l'encontre de la loi suisse fût exacte⁴⁹⁵.

D. Prise en considération des manifestations de l'ordre public d'un Etat non désigné par la règle de conflit

184. *Enoncé de l'art. 19 LDIP.* Aux termes de l'art. 19 LDIP, dont la marginale est intitulée « *Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger* », « *lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative*

⁴⁹³ Cf. Hans LEWALD, La théorie du renvoi, RCADI 29 (1929 IV), p. 515-649 (566-567): « *Il n'y a pas, en droit international privé, de notion plus incertaine, plus fluide, plus insaisissable que la notion d'ordre public. S'il est difficile d'appliquer cette notion quant à sa propre législation, combien ne l'est-il pas davantage quand il s'agit de savoir si l'ordre public du droit étranger restreint le renvoi prononcé par la règle de conflit de cette même législation* ».

⁴⁹⁴ Ce que soulignent KROPHOLLER, § 36 VII, p. 234 et JAGMETTI, p. 245.

⁴⁹⁵ Le TF se réfère à l'arrêt *Maradona c. Sinagra*, RDIPP 1991, p. 734: la Cour de cassation italienne a refusé d'appliquer le droit argentin de la nationalité du célèbre père, dès lors que ce droit interdisait à l'enfant d'ouvrir seul action en paternité avant sa majorité. La Cour de cassation invoquait l'art. 30 de la Constitution italienne et le principe de la protection judiciaire en matière d'état. En jugeant contraire à l'ordre public un droit qui rendait plus difficile l'exercice de l'action, mais ne l'éteignait pas, la Cour de cassation italienne adoptait, selon le TF, une notion sévère de l'ordre public qui devait la conduire à refuser de prendre en considération le texte suisse déclarant l'action périmée. Comme l'affirme BUCHER (RSDIE 1994, p. 312), l'ordre public s'apprécie *in concreto*; rien ne permet de dire que le juge italien eût fait prévaloir la même solution que dans l'arrêt *Maradona* à un demandeur né 20 ans avant que le droit italien lui reconnaisse le droit d'agir en paternité. L'appréciation hypothétique du Tribunal fédéral est contestable.

d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. » Le second alinéa dispose que « pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit »⁴⁹⁶.

185. *Contenu et buts de la règle.* Les lois qui ne sont pas désignées par la règle de conflit du for, et qui se déclarent impératives sur le plan international, ne seront pas toujours appliquées par le juge suisse. A l'instar d'autres dispositions figurant dans des conventions internationales⁴⁹⁷ et s'inspirant des travaux de la doctrine⁴⁹⁸ (la construction a été évoquée parfois, timidement, par la jurisprudence)⁴⁹⁹, la LDIP reconnaît au juge une large liberté d'appréciation dans sa décision de faire intervenir une disposition à vocation extraterritoriale

⁴⁹⁶ Cette question a fait l'objet d'études détaillées; voir notamment: BONOMI, Le norme imperative, p. 223 ss; CHENAUX, p. 61-73; ERNE, *passim*; Anton HEINI, Ausländische Staatsinteressen und internationale Privatrecht, RDS 1981 I, p. 65-83; François KNOEPFLER, L'article 19 LDIP est-il adapté à l'arbitrage international ? in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1993, p. 531-541; MORSCHER, *op. cit.* (note 480); Kurt SIEHR, Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, *RabelsZ* 1983, p. 267-283; Anton K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Zurich 1990; *idem*, IPR, p. 35-36; SCHWANDER, Einführung AT, N° 541-554; *idem*, Lois d'application immédiate, p. 344 ss; VISCHER, IPRG Kommentar ad art. 19 LDIP; *idem*, Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz, *RabelsZ* 1989, p. 438-461; cf. ég. BUCHER, DIP I/2, N° 510 ss; *idem*, RCADI, p. 88 ss; DUTOIT, Commentaire, ad art. 19 LDIP; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR ad art. 19; KELLER/SIEHR, p. 274 ss, 547 ss; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 389 ss. En France, voir notamment: BATIFFOL/LAGARDE, N° 251; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 133; MAYER N° 127 ss; *idem*, Les lois de police, p. 277; Jean-Michel JACQUET, La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international, *JDI* 1985, p. 327; J.-C. SCHULTSZ, Les lois de police étrangère, *TCFDIP* 1982-1983, p. 39 ss.

⁴⁹⁷ Cf. art. 7 de la Convention de Rome [1980] sur la loi applicable aux obligations contractuelles; art. 16 de la Convention de La Haye [1978] sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation; art. 26 de la Convention de La Haye [1985] relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Voir également l'art. 13 al. 3 du projet de loi uniforme BENELUX cité par MAYER, Les lois de police, p. 317, note 120 ainsi que l'art. 9 de la Proposition [1998] du Groupe européen de droit international privé pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (*RSDIE* 1998, p. 802).

⁴⁹⁸ Notamment Konrad ZWIEGERT, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, *RabelsZ* 1942, p. 283-307; Wilhelm WENGLER, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1941, p. 168.

⁴⁹⁹ Voir notamment les arrêts néerlandais dans les affaires *Alnati* (Hoge Raad, 13 mai 1966, *RCDIP* 1967, p. 522) et *Compagnie européenne des pétroles SA* (Tribunal d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, *RCDIP* 1983, p. 473) ainsi que les arrêts cités par SCHULTSZ, *op. cit.* (note 496), p. 39 ss.

d'un Etat non désigné par la règle de conflit. L'art. 19 LDIP tend à éviter que les parties puissent échapper par l'utilisation habile des règles de conflit « à des dispositions qui, bien qu'inapplicables, méritent le respect et sont conformes aux principes fondamentaux de notre droit » (F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER)⁵⁰⁰; certains ont vu dans ce texte une réponse à un « souci de coordination et d'équilibre dans la répartition des compétences législatives, réputé être l'objectif principal des règles bilatérales de conflit » (A. BUCHER)⁵⁰¹, « une disposition progressiste marquant une tentative de solidarité entre Etats pour épauler mutuellement leurs politiques législatives et déjouer les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques nationaux » (P. LAGARDE)⁵⁰².

186. La « prise en considération ». La disposition impérative étrangère sera « prise en considération » et pas nécessairement appliquée dans toutes ses conséquences, ce qui laisse une large marge de manœuvre au juge. Il est possible par exemple que le juge, convaincu de l'existence d'un intérêt prépondérant à respecter la disposition d'un Etat tiers, tienne compte de cette loi, mais n'applique pas les sanctions mises à la charge des parties en cas de violation de ce texte.

187. La convergence dans la politique législative du for et de l'Etat tiers comme condition à l'application de l'art. 19 LDIP. L'application de l'art. 19 LDIP suppose une certaine convergence dans la politique législative du for et de l'Etat tiers, comme le relève A. BUCHER⁵⁰³. En imposant le respect des lois d'application nécessaire d'un Etat dont la loi n'est pas désignée par la règle de conflit, le juge du for œuvre pour l'harmonie des solutions, l'application de la loi d'application nécessaire ne dépendant plus du for devant lequel elle est invoquée⁵⁰⁴. Il ne s'agit pas de s'incliner devant la volonté d'un législateur étranger mais de protéger un intérêt qui paraît légitime au regard des conceptions fondamentales du for. Ainsi, ne seront pas prises en considération les mesures discriminatoires ou spoliatrices⁵⁰⁵, ou les règles coercitives visant indirectement, en intervenant sur des marchés étrangers, à faire cesser toute relation commerciale, par exemple pour certains biens sensibles d'un point de

⁵⁰⁰ KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 397a.

⁵⁰¹ BUCHER, DIP I/2, N° 511.

⁵⁰² Paul LAGARDE, Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé, ASDI 1979, p. 72 ss, p. 88.

⁵⁰³ BUCHER, DIP I/2, N° 548 ss.

⁵⁰⁴ MAYER, N° 127.

⁵⁰⁵ ATF 118 II 348 (353), *Banco nacional de Cuba* (ancien DIP), voir les notes de SCHWANDER, RSDIE 1994, p. 521-522 et PJA 1992, p. 1453.

vue stratégique, avec un Etat déterminé, ces mesures étant contraires au droit international public⁵⁰⁶.

188. *Distinction entre les art. 17 et 19 LDIP.* Comme pour la réserve d'ordre public, le juge doit examiner à l'art. 19 LDIP le résultat auquel conduirait la prise en considération de la loi extraterritoriale étrangère; en effet, l'art. 19 al. 2 LDIP exige que le juge tienne compte « des conséquences » qu'aurait l'application de la disposition pour arriver à une « décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ». Comme pour l'ordre public, l'examen de ce résultat se fait au regard des valeurs fondamentales du droit suisse⁵⁰⁷. Cette apparente similitude ne doit pas cacher l'essentiel: les art. 17 et 19 LDIP fonctionnent de manière fort différente. La réserve intervient exceptionnellement à l'encontre du résultat auquel conduit l'application d'une loi normalement applicable; l'art. 19 LDIP permet au juge de prendre en compte une loi qui n'est pas désignée par la règle de conflit, s'il estime qu'elle mérite d'être prise en considération et que son application concrète⁵⁰⁸ est conforme aux valeurs du for. On peut dès lors affirmer qu'à l'art. 19 LDIP, les valeurs d'ordre public sont appelées à intervenir d'emblée, au moment où le juge décide de prendre en considération la règle impérative d'un Etat tiers, dont la loi n'est pas désignée par la règle de conflit.

189. *Les art. 17 et 18 LDIP comme limites à l'application de l'art. 19 LDIP.* Les art. 17 et 18 LDIP constituent des limites à l'application de l'art. 19 LDIP. En premier lieu, la règle d'application nécessaire ne sera pas prise en considération si le droit suisse connaît une loi d'application nécessaire (art. 18 LDIP) qui ne se concilie pas avec celle-ci⁵⁰⁹. Lorsque l'ordre public (positif) du for manifeste de la sorte une opposition radicale à l'application d'une loi étrangère, il est exclu de tenir compte d'une loi extraterritoriale qui n'est même pas désignée par la règle de conflit. Le juge devra donc tout d'abord examiner si une loi d'application correspondante existe en droit suisse. Lorsque tel n'est pas le cas et que le juge décide de tenir compte de la loi impérative d'un Etat tiers, l'on peut croire à première vue qu'il devrait confronter le résultat auquel il

⁵⁰⁶ Voir au sujet de l'embargo américain sur le transfert de technologie à l'ex-URSS, le célèbre arrêt du Tribunal d'arrondissement de La Haye du 17 septembre 1982 (*Compagnie européenne des pétroles SA*, RCDIP 1983, p. 473) et Bernard AUDIT, *Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, RCDIP 1983, p. 401. Pour les embargos des Nations-Unies auquel la Suisse s'est ralliée, cf. BUCHER, DIP I/2, N° 573.

⁵⁰⁷ SCHWANDER, *Einführung AT*, N° 552.

⁵⁰⁸ Sur le caractère concret de l'examen auquel le juge doit procéder, voir NORDIN, p. 135; VISCHER, *IPRG Kommentar*, N° 20 ad art. 19 (« das konkrete Ergebnis »); MÄCHLER-ERNE, *IPR Kommentar SPR*, N° 22 ad art. 19 (« Ergebniskontrolle »).

⁵⁰⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 567.

parvient à l'ordre public du for, réservé à l'art. 17 LDIP. Cet ultime rempart sera superflu, dès lors que le juge aura déjà évalué les exigences de l'ordre public au moment où il aura décidé de prendre en considération la norme d'un Etat tiers. En effet, il est évident qu'une décision « *adéquate au regard de la conception suisse du droit* » (art. 19 al. 2 LDIP) est forcément compatible avec l'ordre public suisse. Le contrôle qu'impose l'art. 19 LDIP est un crible plus sévère que celui de l'art. 17 LDIP. Selon F. VISCHER⁵¹⁰, il est possible que les dispositions visées à l'art. 19 LDIP soient dans l'absolu contraires à l'ordre public suisse, mais que leur prise en considération ne le soit pas; F. VISCHER donne pour exemple la règle interdisant à une partie d'exécuter une obligation de livrer sous menace de sanctions pénales. A nos yeux, cette observation illustre simplement le principe de l'appréciation concrète de la réserve⁵¹¹ et l'approche fondée sur le résultat que préconise l'art. 19 LDIP: c'est bien la décision du juge et non la règle impérative d'un droit tiers qui doit être adéquate au regard de la conception suisse du droit et, par conséquent, conforme à l'ordre public; l'on peut envisager que le juge parvienne à un résultat conforme à l'ordre public en décidant de prendre en considération l'état de nécessité dans lequel se trouve une partie (et, par exemple, qui l'amène à ne pas exécuter un contrat) en raison d'une règle qui dans l'absolu n'est pas compatible avec nos valeurs.

190. *Ordre public étranger et règles de conflit.* L'intervention régulière de l'art. 19 LDIP dans un domaine précis peut constituer un indice très significatif de la nécessité de modifier la règle de conflit pertinente, comme le souligne A. BUCHER⁵¹². Le législateur peut être tenté de tenir compte de la fréquence des lois de police étrangères dans une matière donnée et d'adapter la règle de conflit en adoptant une règle à rattachement conditionnel visant l'ordre public étranger, règle « *qui concrétise, de façon explicite, à propos d'une question particulière, la méthode de solution préconisée par l'art. 19* »⁵¹³. Dès que le législateur a adapté la règle de conflit, la loi d'application nécessaire se trouve désignée par la règle de conflit (art. 13 LDIP) et, selon la conception défendue ici, le juge n'a pas à la passer au crible de l'art. 19 LDIP; en revanche, la réserve d'ordre public joue à nouveau son rôle.

⁵¹⁰ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 16 et 21 ad art. 19 LDIP; voir également NORDIN, p. 136.

⁵¹¹ Cf. *infra*, N° 215-218.

⁵¹² BUCHER, DIP I/2, N° 582 ss.

⁵¹³ Parmi les exemples donnés par BUCHER, DIP I/2, N° 583, voir l'art. 119 al. 3, 1^{ère} phrase LDIP, l'art. 11 al. 3 de la LF sur l'aviation (RS 748.0), l'art. 4 al. 1 de la LF sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30) et l'art. VIII ch. 2 *lit. b* des Statuts du FMI (RO 1992, p. 2571 ss).

E. Ordre public étranger et reconnaissance/exécution des jugements étrangers

191. *Principe.* Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution, la réserve d'ordre public de l'art. 27 al. 1 LDIP pourra intervenir indifféremment à l'encontre d'un acte qui concrétise ou non une expression de l'ordre public, positif ou négatif, de l'Etat dont la loi était désignée par la règle de conflit du juge d'origine ou d'un Etat tiers, dont la loi n'était pas désignée mais que le juge d'origine a appliquée en vertu d'une règle semblable à l'art. 19 LDIP. Ce contrôle sera toujours effectué au regard des valeurs du for; l'autorité suisse de la reconnaissance ou de l'*exequatur* ne pourra en revanche examiner ni la règle de conflit appliquée par le juge d'origine ni la façon dont il a été amené à prendre en considération les dispositions impératives d'un Etat tiers (art. 27 al. 3 LDIP).

192. *La théorie française de l'effet réflexe de l'ordre public.* Il convient d'évoquer brièvement la théorie française de l'effet réflexe de l'ordre public qui a sa place dans un système dans lequel l'autorité de la reconnaissance examine si la loi appliquée par le juge d'origine correspond à la loi désignée par la règle de conflit de l'Etat de la reconnaissance («*vérification de la compétence législative*»). Cette exigence est tempérée par l'application de la théorie de l'équivalence, qui permet de reconnaître l'acte étranger en dépit de la divergence des règles de conflit lorsque «*par suite d'une identité dans la teneur des lois internes, la solution donnée au litige ne se trouve nullement affectée par la non-application par le juge étranger de la loi compétente en vertu de la règle de conflit française*»⁵¹⁴. Lorsque le pays du lieu de formation d'un acte ou d'acquisition d'un droit écarte la loi étrangère désignée par la règle de conflit de ce système, qui correspond à la règle de conflit française, il existe une controverse sur la valeur à attribuer à cet acte en France. Faut-il tenir compte de l'ordre public étranger en France? La doctrine cite l'exemple suivant: deux Polonais de confessions différentes se marient en Belgique à une époque où la loi polonaise interdisait la célébration d'une telle union en raison de l'appartenance confessionnelle des intéressés. Les autorités belges célèbrent le mariage en écartant la prohibition polonaise au nom de l'ordre public belge. BARTIN⁵¹⁵ estimait qu'en ce cas, le mariage n'était pas valable en France, les autorités françaises ne devant en aucun cas tenir compte de l'ordre public belge, dès lors que la règle de conflit française désignait la loi polonaise. La doctrine actuelle parvient à la conclusion opposée, consacrant l'effet réflexe de l'ordre

⁵¹⁴ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 505; voir également MAYER, N° 386; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 726.

⁵¹⁵ BARTIN, Principes, § 95; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Précis, 6^e éd., N° 287 cité par LOUSSOUARN/BOUREL, N° 263.

public: tout en adoptant la même attitude lorsque l'ordre public étranger est incompatible avec l'ordre public français, la doctrine est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'être aussi strict lorsque l'ordre public du pays de formation concorde avec celui de l'Etat de la reconnaissance. Il faudrait reconnaître la validité en France de l'union célébrée en Belgique, dès lors que les autorités françaises auraient également écarté la loi polonaise au nom de l'ordre public et célébré le mariage⁵¹⁶. Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL⁵¹⁷ soulignent qu'un refus de reconnaissance « *équivalait à reprocher aux autorités belges d'avoir fait ce que les autorités françaises auraient elles-mêmes fait dans des circonstances identiques, à savoir écarter la loi normalement compétente au nom de l'ordre public* ». Comme le relèvent H. BATIFFOL/P. LAGARDE⁵¹⁸, la concordance de l'ordre public français avec l'ordre public étranger conduit à une coordination qui donne effet aux droits acquis à l'étranger en vertu de l'ordre public local. Il y a donc « *effet réflexe* » de l'ordre public.

193. *Place de cette théorie en Suisse ?* Nous pensons tout d'abord que la théorie de l'effet réflexe constitue une concrétisation de celle de l'équivalence. Cette théorie n'a pas sa place en Suisse, dans un droit international privé qui ne prescrit pas de contrôle, au regard des règles de conflit suisses, de la loi appliquée par l'autorité d'origine. Peu importe que l'autorité étrangère ait écarté ou non une loi étrangère contraire à l'ordre public de l'Etat auquel elle appartient; le juge suisse examinera uniquement si la reconnaissance de l'acte conduit à des résultats incompatibles avec l'ordre public du for, sans contrôle de la loi appliquée. Dans l'exemple de la célébration du mariage entre les deux Polonais, le juge suisse reconnaîtra le mariage, dès lors qu'il ne déploie pas d'effets contraires à l'ordre public suisse, sans se demander si l'ordre public belge coïncide avec l'ordre public suisse. Contrairement à ce qui prévaudrait en France⁵¹⁹, un acte étranger peut être reconnu en Suisse pour autant que sa reconnaissance ne déploie pas d'effets incompatibles avec l'ordre public suisse, quand bien même l'ordre public étranger a fait obstacle à l'application d'une règle de la *lex causae* que le juge suisse, s'il avait été saisi, aurait appliquée (Illustration 2). Dans un système connaissant, au stade de la reconnaissance, le contrôle de la loi appliquée, ce même jugement ne serait pas reconnu.

⁵¹⁶ NIBOYET, t. III, N° 1048; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 263, p. 301; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 366.

⁵¹⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 263, p. 302.

⁵¹⁸ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 366.

⁵¹⁹ Voir BATIFFOL/LAGARDE, t. I, note 7, p. 590: « *La preuve en est que le mariage célébré à l'étranger serait certainement nul si notre notion de l'ordre public ne coïncidait pas avec celle de l'Etat du lieu de célébration, qui aurait par hypothèse appliqué sa propre loi alors qu'une autre était compétente à nos yeux* ».

F. Conclusion

194. Si le juge du for peut être amené à tenir compte de l'ordre public étranger en déterminant la loi applicable à la relation juridique qu'il doit trancher, cet ordre public étranger ne se substitue jamais à l'ordre public du for. En premier lieu, les lois d'application nécessaire du for l'emportent toujours. En deuxième lieu, l'application de la *lex causae* et de ses dispositions impératives trouve sa limite dans l'ordre public du for; enfin, la loi d'application nécessaire d'un Etat tiers qui conduit à un résultat contraire à l'ordre public ne sera pas prise en considération.

G. Illustrations

195. *Illustration 1 a).* Les autorités suisses sont appelées à statuer (art. 88 al. 1 LDIP) sur une action portant sur la part située en Suisse de la succession d'un citoyen bordure réfugié en Syldavie. Pour les étrangers dont le dernier domicile est en Syldavie, le droit international privé syldave (désigné par l'art. 91 al. 1 LDIP) renvoie au droit national du défunt. Le Code des successions de l'Etat de Bordurie prévoit que, dans tous les cas, la moitié de la succession doit revenir à l'Etat, règle que la jurisprudence constante des tribunaux syldaves évince au nom de l'ordre public; le juge suisse tient compte de cette éviction qui ne heurte pas (et coïncide même avec) l'ordre public suisse.

196. *Illustration 1 b).* Même faits, mais les autorités suisses sont appelées à statuer sur l'action d'un légataire en délivrance d'un legs situé en Suisse. La loi bordure, à laquelle renvoie le droit international privé syldave, ne prévoit pas d'intérêt lorsque le débiteur du legs tarde à le délivrer à l'ayant droit. De jurisprudence constante, le juge syldave aurait écarté cette règle au nom de l'ordre public et appliqué à titre de droit de substitution le droit syldave qui prévoit un taux d'intérêt de 70 % de la valeur du bien par année. Le juge suisse ordonne la délivrance du legs mais réduit ce taux à 25 % au nom de l'ordre public suisse⁵²⁰.

197. *Illustration 1 c).* Le 1er janvier 2010, Patrick Sallüh, veuf sans enfants ni parents, de nationalité syldave et Suisse, meurt sur l'île de Baro-Baro. Il s'agit d'un atoll ayant servi à des essais nucléaires à la fin des années 90, déserté par ses habitants, récemment colonisé et rebaptisé par les membres, bannis de Syldavie, du Front national-socialiste de Syldavie, mouvement dissous par décret du Roi. Par testament olographe, Patrick attribue toute sa succession, dont sa collection de gravures de Piranèse, à son ami d'enfance, Y., membre du Parti communiste de Birmanie et domicilié en Syrie. Peu avant de décéder, Patrick Sallüh a déposé ses gravures dans les coffres de Robert-Zemekis de Montluc, antiquaire à Lausanne. Y. agit devant les tribunaux lausannois en constatation de sa qualité d'héritier et en pétition d'hérédité contre Robert-Zemekis, qui refuse la restitution. Le juge constate que le droit international privé suisse renvoie au droit international privé de l'île de Baro-Baro (art. 91 al. 1 LDIP). Le droit international privé de l'île prévoit que la loi nationale du défunt s'applique; en cas de double nationalité, il sera toujours donné préférence à la loi qui n'est pas la loi syldave. En l'espèce, le droit suisse s'applique. Un avis de droit déposé et invoqué par Robert-Zemekis démontre que la réserve d'ordre public de la loi de Baro-Baro écarte toute *lex*

⁵²⁰ Cf. l'illustration figurant *infra*, N° 442.

causae qui validerait une institution d'héritier en faveur d'un membre du Parti communiste. Le juge estime que l'intervention de la réserve d'ordre public de l'Ile est contraire à l'ordre public suisse, quand bien même les liens avec la Suisse sont très peu étroits.

198. *Illustration 2.* Demande de reconnaissance en Suisse d'un jugement syldave portant sur la succession d'un citoyen bordure décédé en Syldavie; statuant sur les droits successoraux de la veuve, le juge syldave a écarté au nom de l'ordre public la loi bordure normalement applicable (la règle de conflit syldave désignant la loi nationale du défunt) parce qu'elle ne prévoyait pas de réserve successorale et appliqué la loi du for à titre de droit de substitution; le juge a octroyé à l'épouse la moitié de la succession. L'ordre public suisse ne paraît pas faire obstacle à la reconnaissance du jugement syldave, quand bien même le juge étranger n'a pas appliqué le droit désigné par la règle de conflit suisse (droit du dernier domicile, à défaut de *professio juris*) et alors que l'ordre public suisse ne coïncide pas avec l'ordre public syldave. L'art. 17 LDIP ne serait sans doute pas intervenu pour évincer la loi bordure⁵²¹; l'ordre public suisse s'accommode toutefois du résultat auquel conduit l'ordre public syldave, soit l'attribution d'une réserve successorale à l'épouse.

⁵²¹ Cf. *infra*, N° 953 ss.

Chapitre VI: L'ordre public dans le mécanisme de la règle de conflit

1. Introduction

199. *Introduction.* Quelle est la place de la réserve d'ordre public au sein du raisonnement conflictuel? C'est à cette question que nous tenterons de répondre dans ce chapitre. Dans une première section (2), nous nous proposons d'examiner brièvement les rapports qu'entretiennent l'ordre public et les règles de conflit: quelle influence le législateur exerce-t-il sur le champ d'intervention potentiel de la réserve en choisissant une règle de conflit? L'intervention de la réserve est-elle susceptible d'exercer une influence sur la formation de la règle de conflit? Peut-on envisager des systèmes de droit international privé dans lesquels la réserve d'ordre public est inutile? Dans une deuxième section (3), nous nous placerons du point de vue de l'interprète et nous examinerons plus précisément le stade auquel intervient la réserve, tant à l'encontre de l'application d'un droit étranger (3/A) qu'en matière de reconnaissance et d'exécution d'actes étrangers (3/B); nous avons choisi de traiter à la fin de cette section de l'art. 32 LDIP sur la transcription des actes étrangers à l'état civil (3/C); enfin, nous ferons quelques observations sur l'ordre public au stade des recours (3/D). Nous traiterons ensuite successivement du principe de l'interprétation restrictive (4), de la relativité et de l'actualité de l'ordre public (5), des risques découlant d'une application opportuniste de la réserve (6) et de l'ordre public dans l'arbitrage international (7).

2. Réserve d'ordre public et règle de conflit

200. *Influence de la règle de conflit sur la réserve d'ordre public.* Nous avons relevé précédemment que les lois d'application nécessaire sont accompagnées de règles de conflit unilatérales et spéciales, expresses ou implicites, fixant leur champ d'application dans l'espace et qui dérogent aux règles générales de conflit. Lorsque le législateur use de ce procédé, la réserve ne perd sa vocation à intervenir que pour la seule matière régie par la loi d'application nécessaire; elle la garde pour les domaines qui ne sont pas visés par la règle d'application nécessaire. Le législateur peut également tenir compte de l'importance de certaines règles matérielles du for en adoptant une règle de conflit, générale et unilatérale, désignant la loi du for, ce qui réduit d'autant la vocation à intervenir de la réserve⁵²². Il faut bien admettre, tout en le regrettant, que certaines règles

⁵²² BUCHER, DIP I/2, N° 491 cite l'art. 34 al. 1 LDIP aux termes duquel la jouissance des droits civils est régie par le droit suisse, règle unilatérale déterminant le champ d'application de l'art. 11 CC ou l'article 119 al. 3 LDIP (les règles de forme du contrat portant sur un

matérielles, dont l'application est imposée par la règle de conflit (générale ou spéciale), ne poursuivent pas un véritable but de police⁵²³. Des règles de conflit bilatérales peuvent également être calquées sur certaines exigences de l'ordre public du for⁵²⁴. La réserve n'intervient qu'après désignation du droit étranger applicable; c'est dire, au risque d'énoncer un truisme, qu'il ne sera pas possible de l'invoquer lorsque la règle de conflit (du for ou étrangère en cas de renvoi) désigne le droit du for⁵²⁵. En revanche, lorsque le juge fait intervenir la clause d'exception (art. 15 LDIP) et applique un droit étranger, alors que la règle de conflit désignait la loi du for, la réserve pourra intervenir⁵²⁶.

201. *Influence de la réserve sur la règle de conflit.* Certaines concrétisations jurisprudentielles de la réserve d'ordre public sous l'empire de l'ancien droit se sont vues transformées en règles de conflit ou en règles matérielles dans la LDIP⁵²⁷. Faut-il dès lors faire sienne l'affirmation de KAHN, selon laquelle l'ordre public constitue la partie inconnue et imparfaite du droit international privé (« *der noch unerkannte und der noch unfertige Teil des internationalen Privatrechts* ») ?⁵²⁸ La réserve d'ordre public influence certainement la formation des règles de conflit⁵²⁹. Nous pensons en premier lieu que ce phéno-

immeuble situé en Suisse sont régies par le droit suisse), règle de conflit unilatérale qui protège le champ d'application de règles matérielles suisses (sous l'ancien droit, voir ATF 82 II 550 [553], *Bonvin*).

⁵²³ Ainsi, l'art. 72 al. 3 LDIP confère un champ d'application exclusif à certaines règles qui ne sont pas des lois d'application nécessaire et qui ne concrétisent pas des principes d'ordre public, notamment les règles sur les délais (art. 260c CC); BUCHER, DIP I/2, N° 491, cite en outre les art. 157 al. 1 et 159 LDIP.

⁵²⁴ BUCHER, DIP I/2, N° 493 et RCADI, p. 58-59, citant l'art. 36 al. 1 LDIP (sécurité des transactions), l'art. 120 LDIP (contrats de consommation), l'art. 137 al. 1 LDIP (entraves à la concurrence) et l'art. 139 al. 2 LDIP (droit de réponse).

⁵²⁵ P. ex.: la réserve n'interviendra jamais lorsqu'un ressortissant étranger demande à changer de nom en Suisse, puisque le droit suisse s'applique (art. 38 al. 3 LDIP).

⁵²⁶ Même réflexion pour la déclaration d'absence (art. 41 al. 3 LDIP), le mariage (art. 44 LDIP sous réserve de l'al. 2), les effets généraux du mariage lorsque les autorités du lieu d'origine sont compétentes (art. 48 al. 3 LDIP), le régime matrimonial des époux dans l'hypothèse visée à l'art. 54 al. 3 LDIP, le divorce (art. 61 LDIP, sous réserve de l'al. 2), les mesures provisoires dans le divorce (art. 62 al. 2 LDIP), etc.

⁵²⁷ BUCHER cite (DIP I/2, N° 493 et RCADI, p. 59) l'art. 68 al. 1 LDIP: le droit d'agir en désaveu pour l'enfant vivant de manière permanente en Suisse avait été dégagé par des arrêts anciens: Chambre des recours VD, 29 janvier 1969, JT 1972 III 50, BUCHER, DIP II, N° 595; cf. également le droit d'action directe contre l'assureur suisse fondé sur la réserve d'ordre public, alors qu'elle est impossible d'après la loi du lieu de l'accident (voir aujourd'hui l'art. 141 LDIP), *Appellationshof* BE, 10 mars 1965, RSJB 1967, p. 238 (242).

⁵²⁸ KAHN, p. 251

⁵²⁹ Message, ch. 214.52: « la réserve d'ordre public sert à développer les règles de conflit de lois », cité par BUCHER, DIP I/2, N° 508-509, sur la « fonction de transition » de l'ordre public; GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 7.

mène est bien trop ponctuel pour que l'on puisse en tirer un principe général; en second lieu, il concerne le législateur et non le juge. Il n'est pas surprenant que le législateur cherche, en consultant les arrêts dans lesquels la réserve est intervenue, à améliorer une solution retenue par le droit international privé positif. Le jeu de l'ordre public peut mettre en évidence un conflit de valeurs qui d'exceptionnel qu'il était, le for n'étant à l'origine pas concerné, s'actualise: ce phénomène peut résulter d'échanges croissants de populations avec des systèmes qui n'étaient jusque-là que peu en contact entre eux, d'une profonde mutation politique à l'étranger ou d'une évolution des valeurs dans l'Etat du for. L'intervention fréquente, quasi systématique, de la réserve peut inciter le législateur à transformer l'exception en une règle unilatérale prescrivant l'application de certaines dispositions du for en matière internationale ou en une clause spéciale d'ordre public. Le législateur pourrait également, s'inspirant de la *Binnenbeziehung* exigée par la jurisprudence⁵³⁰, adopter un nouveau critère de rattachement, transformant l'exception en règle. Il pourrait encore adopter une règle internationale matérielle, soit une disposition substantielle réglant de façon spécifique une situation internationale⁵³¹. En revanche, la simple modification du critère de rattachement n'empêchera pas la réserve d'intervenir, ponctuellement, à l'encontre d'une *lex causae* étrangère déployant dans l'Etat du for des effets incompatibles avec l'ordre public. Il nous paraît essentiel de garder à l'esprit qu'en dépit de l'influence qu'elle peut exercer sur les choix du législateur, la réserve d'ordre public ne constitue pas une catégorie de rattachement indépendante, de second ordre, dans laquelle l'interprète pourrait venir puiser lorsqu'il juge la règle de conflit inadaptée.

202. *Absence de réserve d'ordre public. 1° Application systématique de la loi du for.* Il faut enfin relever que l'on pourrait se passer de la réserve classique d'ordre public si l'on adoptait un système de droit international privé d'un tout autre ordre que le nôtre. Ainsi en irait-il en premier lieu du système dans lequel la loi du for serait toujours appliquée, comme si l'on niait la dimension internationale de l'affaire litigieuse⁵³². Le conflit de lois étant « tué dans

⁵³⁰ Voir GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 74: « (...) la fréquence d'intervention de l'exception d'ordre public peut constituer un critère permettant de juger de la pertinence localisatrice de la règle de conflit elle-même, poussant, le cas échéant, à la reformuler en s'inspirant des facteurs bilatéralisables, constituant un lien suffisant, aux yeux du for, entre la situation juridique et l'ordre juridique du for ».

⁵³¹ Sur ces règles internationales matérielles d'origine nationale, voir p. ex. BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 250; MAYER, N° 135; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 69 ss; BUCHER, DIP I/2, N° 234 ss; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 37.

⁵³² LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 154 ss, 185 ss sur les théories défendant la primauté de la *lex fori*. Pour des opinions récentes, voir les doctrines américaines, notamment celle de Stanley COX, citées par Friedrich JUENGER, *The Evolution of American Choice-of-Law Doctrines Since HEINTZ'S «Neuere Strömungen», in Rechtskollisionen, Festschrift für*

l'œuf», la réserve n'aurait pas de raison d'être.

203. 2° *Unification du droit matériel. Réception des jugements.* En deuxième lieu, la réserve serait inutile si le droit matériel était entièrement unifié; le droit matériel uniforme ne saurait heurter les principes fondamentaux du for puisqu'il fait partie de l'ordre juridique du for. Dans l'état actuel du droit, ce système est encore largement utopique, quand bien même certaines matières sont régies ponctuellement par des règles matérielles uniformes, visant parfois uniquement les situations internationales⁵³³. En droit des personnes, de la famille et des successions, le droit n'est pas unifié. La disparité des conceptions fondamentales des Etats et des réglementations en ces matières en font le domaine d'excellence de l'intervention de la réserve d'ordre public. Relevons encore que l'on peut envisager, sur un plan théorique, de supprimer la réserve en matière de reconnaissance de jugements étrangers, dans un système qui refuserait, en toutes circonstances, tout effet aux jugements étrangers ou, ce qui reviendrait au même, qui autoriserait le juge à revoir souverainement la décision du juge d'origine en faisant application de la loi du for⁵³⁴.

204. 3° *Règles internationales matérielles de source nationale.* On pourrait envisager de se passer de réserve, en prévoyant que les situations internationales sont régies exclusivement par un ensemble de règles internationales matérielles, adaptées à la spécificité de la relation civile internationale (droit international privé matériel). Deux législations complètes existeraient en parallèle, l'une régissant les situations internes, l'autre réglant les affaires internationales. Les normes matérielles émanant du for, la réserve d'ordre public n'interviendrait pas⁵³⁵. Nous savons que, dans notre système, les règles internationales

A. HEINI zum 65. Geburtstag, Zurich 1995, p. 225 ss (231).

⁵³³ Ainsi, le juge ne peut pas invoquer la réserve d'ordre public à l'égard des règles uniformes de la Convention de Vienne [1980] sur la vente internationale de marchandises. Dès qu'un contrat sort du champ d'application de cette convention ou qu'il s'agit d'une question non réglée par ce texte (art. 7 al. 2 CVIM), la réserve pourra jouer son rôle; si la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955 s'applique, la réserve de l'art. 6 peut intervenir; à défaut, l'art. 17 LDIP peut s'appliquer.

⁵³⁴ Dans la conception la plus extensive de la révision au fond, on pourrait se passer de la réserve d'ordre public, le juge de l'*exequatur* étant habilité à revoir le jugement en fait et en droit. En France, sous l'empire du système de la révision au fond, le contrôle de la décision au regard de l'ordre public était (formellement) maintenu; cf. Mohand ISSAD, *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur. De la révision au contrôle*, Bibliothèque de droit privé, tome XCIX, Paris 1970, p. 127; PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., Paris 1923/1924, N° 705; NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Paris 1949, p. 124; BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, Paris 1930, § 212.

⁵³⁵ En France, voir l'exemple donné par LIBCHABER p. 70-71: lorsque le type d'adoption mis en œuvre par les adoptants est inconnu de la loi de l'adopté, cette loi, applicable aux

matérielles sont ponctuelles, de sorte que la réserve conserve toute son utilité dans les domaines qu'elles ne visent pas.

205. 4° *Règle de conflit à caractère substantiel*. La règle de conflit à caractère substantiel (ou à finalité matérielle) est celle qui se caractérise par l'incorporation d'un présupposé de droit matériel⁵³⁶; en d'autres termes, la règle de conflit a pour but avoué de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par son auteur⁵³⁷. Cette vocation se traduit notamment par l'utilisation de rattachements alternatifs (art. 72 LDIP), en cascade (art. 44 al. 1 et 2 LDIP) ou cumulatifs (art. 144 al. 1 LDIP), ou encore par la faculté pour l'une des parties de choisir le droit applicable (art. 135 al. 1; 139 al. 1 LDIP). Lorsque le législateur adopte une règle de conflit à caractère substantiel, la réserve d'ordre public peut encore être appelée à intervenir. Toutefois, comme le relève P. M. PATOCCHI, lorsqu'un rattachement à caractère substantiel permet de tenir compte de certaines idées fondamentales du for, « *il est de nature à réduire la fréquence de la mise en œuvre de la réserve d'ordre public* »⁵³⁸. En effet, poursuit cet auteur, « *lorsque la loi étrangère en principe compétente est mesurée aux exigences de l'ordre public international du for, sa teneur a déjà subi un premier contrôle par la règle de rattachement elle-même* »⁵³⁹. Nous verrons plusieurs illustrations de cette observation dans la partie spéciale de notre travail⁵⁴⁰.

206. 5° *Droit conventionnel unifiant les règles de conflit de lois*. Dans le cadre de conventions unifiant les règles de conflit de lois, les Etats contractants pourraient envisager de supprimer la réserve d'ordre public, au moins lorsque la

conditions du consentement et de la représentation de l'adopté, n'est pas évincée au nom de l'ordre public, dès lors que la Cour de cassation a préféré une règle matérielle: le contenu du consentement doit être apprécié en soi, par interprétation de la volonté réelle de l'adopté, en dehors de toute référence à sa loi nationale (voir *infra*, N° 890). En Suisse, voir p. ex. les art. 5 al. 1, 177 al. 1 LDIP.

⁵³⁶ Selon la définition de BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 269; voir également BUCHER, DIP I/1, N° 208 pour qui ces règles « *subordonnent l'effet juridique qu'elles favorisent au contenu de plusieurs lois internes* »; voir également N° 24.

⁵³⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 147-1.

⁵³⁸ PATOCCHI, Règles de rattachement, p. 271 et 298.

⁵³⁹ PATOCCHI, Règles de rattachement, p. 298.

⁵⁴⁰ Lorsqu'aucune loi désignée par l'art. 72 al. 1 LDIP ne permet la reconnaissance de l'enfant, la réserve pourrait intervenir (cf. *infra*, N° 861; en France, LIBCHABER, p. 71 et *infra*, N° 824 au sujet de l'art. 311-16 CCFr.). Il en irait de même en matière de forme des testaments, pour autant qu'aucune des lois désignées alternativement par la règle de conflit (art. 93 al. 1 LDIP se référant à la Convention de La Haye de 1961) n'admette, par extraordinaire, la validité formelle de la clause testamentaire, au contraire de la loi du for. Cette situation ne devrait pas être fréquente (cf. *infra*, N° 952).

loi de l'un d'eux est désignée. Le procédé n'est pas fréquent⁵⁴¹, parce que les Etats ne désirent pas renoncer à la possibilité de défendre leurs valeurs fondamentales contre les effets inacceptables, et souvent imprévisibles au moment de la signature de l'instrument international, d'une règle (issue ou non d'une révision législative postérieure à la signature de l'accord) du droit de l'un de leurs partenaires conventionnels⁵⁴².

207. 6° *Intervention de l'ordre public au stade de la désignation. Exemple de la Louisiane.* Il est parfaitement envisageable de supprimer la réserve d'ordre public dans un système de conflit de lois qui fait intervenir les exigences de l'ordre public au stade de la désignation de la loi applicable. Ce système n'est pas inconnu en droit positif. Ainsi, le *Restatement Second* américain mentionne parmi les « *choice-influencing considerations* » les « *relevant policies of the forum* » ainsi que les « *relevant policies of other interested states* »; en tenant compte, lors de la détermination de la loi applicable, de l'intérêt de chaque Etat (en particulier celui du for) à l'application de sa législation, il n'est pas nécessaire de passer par une réserve d'ordre public. La récente codification de l'Etat de Louisiane constitue une excellente illustration de cette démarche⁵⁴³. Elle ne mentionne pas la réserve d'ordre public « *une telle exception paraissant superflue au regard de la méthode du "comparative impairment" à la base de la nouvelle législation* » (A. BUCHER)⁵⁴⁴; lors de l'adoption de ce texte, le législateur a délibérément renoncé à prévoir une clause de réserve de l'ordre public, certains la jugeant même dangereuse⁵⁴⁵. Cette omission s'explique aisément à la lecture des différentes règles de conflit à la base de cette nouvelle législation; ainsi, l'état et la capacité des personnes sont régis par « *la loi de l'Etat dont les objectifs de politique législative se trouveraient le plus gravement entravés si cette loi n'était pas appliquée à la question considérée* ». La méthode de la *better law rule* permet également de se passer d'une clause de réserve⁵⁴⁶.

208. *Pluralité de méthodes.* Le choix, dans un système de droit international privé, d'une pluralité de méthodes, comprenant des règles matérielles

⁵⁴¹ Voir notamment, sur l'exécution des décisions relatives aux frais judiciaires dans la Convention de La Haye (1954), *supra*, N° 72.

⁵⁴² Voir *supra*, N° 70-71 sur les tentatives de limitation des cas d'intervention de l'ordre public dans des conventions.

⁵⁴³ Traduction in RCDIP 1992, p. 394.

⁵⁴⁴ BUCHER, DIP I/2, N° 500 et RCADI, p. 69.

⁵⁴⁵ Cf. Syméon SYMÉONIDES, Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane, RCDIP 1992, p. 223 ss, p. 273-274.

⁵⁴⁶ Sic LAGARDE, Public policy, p. 3; SPICKHOFF, p. 27-28 (cf. *supra*, N° 18, la théorie d'Aldricus, selon laquelle il fallait appliquer la coutume « *quae potior et utilior videtur* »). Voir également HANOTIAU, p. 319.

autonomes et conventionnelles, des règles de conflit à caractère substantiel, des lois d'application nécessaire, manifestant et concrétisant des objectifs législatifs essentiels du for, conduit à une moindre sollicitation de la réserve d'ordre public⁵⁴⁷. La LDIP est emblématique à cet égard: elle se caractérise par un savant dosage de ces méthodes dans le but d'assurer une véritable justice conflictuelle. Cette tendance à l'équilibre contribue au développement d'une réserve d'ordre public constituant une exception véritablement défensive, et permet de la libérer de la fiction de sauvegarde des politiques législatives du for qu'elle a pu avoir autrefois, lorsque la fonction positive et la fonction négative de l'ordre public tendaient à se confondre.

209. *La prise en compte de la dimension sociale des lois du for. L'opinion d'A. BUCHER.* Andreas BUCHER propose de donner davantage d'importance à la dimension sociale des lois dans la formation des règles de conflit⁵⁴⁸. Selon lui, seul l'ordre public permet de tenir compte des dimensions sociales et internationales des lois de droit matériel⁵⁴⁹. Le pluralisme de méthodes actuel entraînerait des réponses qui « *tendent (...) à se cristalliser en marge ou en dehors de la conception traditionnelle du fonctionnement de la règle de conflit, en particulier dans le concept de l'ordre public, pris dans un sens large, comprenant les règles d'ordre public et d'application immédiate* »⁵⁵⁰. L'idée d'un ordre public opérant comme une exception au jeu normal des règles de conflit ne serait pas réaliste, au vu de l'ampleur des règles d'ordre public⁵⁵¹. L'application pratique du mécanisme des règles de conflit ne permettrait pas de marquer une distinction catégorique entre l'intervention de l'ordre public et la recherche du « *lien le plus étroit* »⁵⁵². Les deux approches, réserve d'ordre public et clause d'exception, se confondraient dans une certaine mesure; confrontée à la nécessité de redéfinir le domaine d'application de la loi du for, la jurisprudence utiliserait l'un et l'autre des procédés, qui s'intégreraient l'un dans l'autre⁵⁵³. La doctrine majoritaire serait en retard sur le législateur, la codification du droit international privé prenant en compte le but et la fonction sociale des lois au stade de l'adoption de la règle de conflit⁵⁵⁴. A. BUCHER estime que la doctrine est incohérente lorsqu'elle admet que les règles de conflit sont indépendantes de la teneur du droit matériel, mais subordonnées à

⁵⁴⁷ LIBCHABER, p. 71-72.

⁵⁴⁸ BUCHER, DIP I/2, N° 495 ss et RCADI, p. 71 ss.

⁵⁴⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 495.

⁵⁵⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 497 et RCADI, p. 65.

⁵⁵¹ BUCHER, DIP I/2, N° 498 et RCADI, p. 65-66.

⁵⁵² BUCHER, RCADI, p. 66.

⁵⁵³ BUCHER, RCADI, p. 66-67.

⁵⁵⁴ BUCHER, DIP I/2, N° 499 et RCADI, p. 68.

l'exception d'ordre public dont le contenu est puisé dans le droit matériel⁵⁵⁵. Il estime que la formation de la règle de conflit doit intégrer le respect des lois impératives sur le plan international et, en particulier, celles du for. Les règles de conflit tiendraient compte de la finalité des règles matérielles⁵⁵⁶. La clause d'ordre public devrait jouer « *son véritable rôle d'exception, corrigeant des règles de conflit insuffisamment adaptées aux exigences d'efficacité résultant du droit du for* »⁵⁵⁷.

210. *La méthode des intérêts*. La démarche d'A. BUCHER doit être mise en rapport avec sa conception plus générale du système des conflits de lois; il est d'avis que la règle de conflit bilatérale n'a d'avenir que dans la mesure où l'on tiendrait compte de sa finalité, qui refléterait l'intérêt des Etats à l'application ou à la non-application de leurs lois⁵⁵⁸. A. BUCHER soutient qu'il n'y a plus lieu de distinguer strictement la règle de conflit bilatérale d'une part, les lois de police d'autre part⁵⁵⁹. Il faudrait, au stade de la désignation du droit, comparer la volonté d'application des différentes normes sur le plan international, compte tenu de la nature et des objectifs des droits matériels en conflit⁵⁶⁰. Dans la mesure où le droit matériel représente une certaine finalité, il conviendrait de se demander comment procéder par rapport aux situations présentant un élément d'extranéité⁵⁶¹.

211. *Critique de cette position*. Le but social des lois est un critère trop flou. A nos yeux, il y a certes interaction entre la réserve d'ordre public et les règles de conflit, mais pas dans une aussi large mesure que le préconise A. BUCHER. Si l'on voulait tenir compte de la dimension sociale de chacune des lois du for (et toutes les lois ont une dimension sociale !), il suffirait de déclarer que la loi du for s'applique toujours en dépit de l'existence d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité. Lorsque le législateur adopte une règle de conflit qui permet la désignation d'une loi étrangère, il est nécessaire de garder en réserve la soupape de sécurité de l'ordre public. La notion de but social des lois est bien trop fluide pour être utile à l'interprétation du système des conflits de lois⁵⁶². La souplesse qu'elle apporterait au stade de la détermination de la loi applicable nous paraît

⁵⁵⁵ Voir également, *Méthode des intérêts*, p. 215-216.

⁵⁵⁶ BUCHER, RCADI, p. 74.

⁵⁵⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 501 et RCADI, p. 74.

⁵⁵⁸ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 222 *id.*

⁵⁵⁹ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 231.

⁵⁶⁰ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 233.

⁵⁶¹ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 233 et RCADI, p. 106.

⁵⁶² Voir la critique convaincante, sous l'angle de l'insécurité juridique, des méthodes fondées sur un droit international privé « *matériellement orienté* », LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 366.

dangereuse, tant la marge de manœuvre qu'elle offrirait à l'interprète serait forte; celui-ci pourrait en revenir confortablement à l'application de la loi du for en invoquant vaguement le but social qu'elle poursuit, alors qu'aucune valeur fondamentale du for ne serait heurtée par l'application d'une législation différente. Indépendamment du fait qu'elle élargirait excessivement l'étendue de la *lex fori*, cette théorie se heurte à des difficultés pratiques et théoriques qui la rendent peu séduisante⁵⁶³. Lorsqu'A. BUCHER suggère de tenir compte du but social des lois, peut-être a-t-il à l'esprit ce qu'il nomme les « *règles d'ordre public* » et non les principes d'ordre public: cet auteur estime en effet que l'intervention de principes d'ordre public, par le truchement de la réserve, ne met pas en cause l'objectif de la règle de conflit, cette intervention n'étant pas motivée par la volonté d'application prépondérante de la loi du for⁵⁶⁴. La réserve remplirait en revanche un rôle supplétif à l'égard des règles d'ordre public, leur donnant effet lorsque leur volonté à s'appliquer n'est pas prise en compte ou seulement de façon insuffisante par les règles de conflit⁵⁶⁵. Nous avons montré ailleurs les raisons qui nous conduisent à rejeter cette notion de règles d'ordre public⁵⁶⁶. Nous estimons que les lois impératives de l'art. 18 LDIP constituent les seules règles matérielles du for qui s'appliquent lorsqu'un droit étranger est désigné.

212. *L'interprétation classique des art. 17-19 LDIP est préférable. Sécurité juridique.* L'intérêt de l'Etat du for à l'application de certaines de ses règles est suffisamment pris en compte par l'art. 18 LDIP. La théorie de la *Binnenbeziehung* permet de mesurer l'intensité du trouble que subit l'ordre social à l'aune de la proximité de la cause avec le for, et, par là-même, d'assurer de façon nuancée l'intérêt de l'Etat du for à voir sauvegardés ses principes d'ordre public. L'intérêt des Etats étrangers à l'application de leur propre législation n'est pas ignoré pour autant dans notre système, puisque le juge doit appliquer les règles impératives et les lois de police de la *lex causae*, sous réserve de l'ordre public et tenir compte des lois d'application nécessaire d'un Etat tiers présentant un lien étroit avec la cause, lorsque des intérêts légitimes et prépondérants l'exigent (art. 19 LDIP). Quant à la clause d'exception (art. 15 LDIP), elle ne doit pas être confondue avec la réserve d'ordre public; les deux

⁵⁶³ Voir la démonstration de LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 364: la méthode ne fonctionne pas lorsque les règles matérielles des différents Etats présentant un rapport avec la question litigieuse poursuivent des buts différents (ce que reconnaissait déjà BARTIN, *Principes*, t. II, Paris 1931, p. 182-183); que faire lorsqu'une même loi poursuit plusieurs buts dont chacun désigne un droit différent? Quelles lois matérielles consulter pour identifier les « *policies* » ou les « *governmental interests* »?

⁵⁶⁴ BUCHER, *DIP I/2*, N° 502 et *RCADI*, p. 74-75.

⁵⁶⁵ BUCHER, *DIP I/2*, N° 503 et *RCADI*, p. 75.

⁵⁶⁶ *Supra*, N° 133-135.

mécanismes distincts peuvent intervenir cumulativement. Ils ne poursuivent pas le même objectif et interviennent à un stade différent du raisonnement⁵⁶⁷; le fait que le principe de proximité soit également pris en compte pour la réserve, sous le couvert de la théorie des liens avec le for, ne justifie pas que les mécanismes des art. 15 et 17 LDIP soient confondus. En d'autres termes, nous pensons que les art. 17 à 19 LDIP, interprétés de façon classique, permettent de tenir compte dans une large mesure du « *but social des lois* » et de la « *volonté d'application* » des lois étrangères sans qu'il soit nécessaire d'adopter les méthodes exposées dans les lignes qui précèdent. Procédant à l'examen critique de la doctrine de la recherche du « *governmental interest* » préconisée par une partie de la doctrine d'outre-Atlantique et à laquelle s'apparente étroitement la méthode des intérêts, P. LALIVE soulignait que le devoir des juristes, en particulier de ceux qui étudient les relations internationales, était de travailler à la sécurité juridique, cet impératif de sécurité revêtant une importance particulière dans le domaine des relations familiales internationales⁵⁶⁸. Il n'est pas acceptable que les parties à des actes ayant des incidences sur leur état et leurs relations familiales et se constituant souvent sans mise en œuvre d'une procédure judiciaire (rédaction d'un testament, reconnaissance d'un enfant, mariage à l'étranger, etc.) soient condamnées à rester dans l'incertitude la plus totale tant qu'une autorité n'a pas statué. On peut craindre que cette approche contribue à l'accroissement des litiges, les parties saisissant plus fréquemment les tribunaux, afin de clarifier la question du droit applicable de façon préventive. Des critères flous et faisant appel à l'appréciation subjective de l'autorité quant à la nature et aux objectifs des droits matériels en conflit⁵⁶⁹ et de l'intérêt des Etats à l'application de leur législation⁵⁷⁰ ne permettent assurément pas aux parties de poser un pronostic sur la règle matérielle qui sera appliquée en cas de litige; cette incertitude risque d'entraver la mobilité des individus. L'intérêt général de la société et le bien commun auxquels se réfère A. BUCHER⁵⁷¹ postulent également une réglementation juste et prévisible des relations internationales privées⁵⁷².

213. *Conclusion.* La remise en question de la méthode à la base de la codification suisse nous paraît inopportune. Nous pensons que les préoccupations de droit matériel se manifestent d'une part dans le choix, par le législateur, de la règle de conflit, lorsqu'elle permet d'orienter la cause vers un droit déterminé, d'autre part dans le jeu des art. 17-19 LDIP. Le système de

⁵⁶⁷ Cf. *supra*, N° 75 ss.

⁵⁶⁸ LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 367.

⁵⁶⁹ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 233.

⁵⁷⁰ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 218.

⁵⁷¹ BUCHER, *Méthode des intérêts*, p. 224.

⁵⁷² LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 363.

conflit de lois du droit positif permet de tenir suffisamment compte du but social des lois et de l'intérêt des Etats à l'application de leur législation, sans qu'il soit nécessaire d'en remettre en cause les fondements. Les concepts distincts de réserve d'ordre public et de loi d'application nécessaire, sans être la panacée, sont de bons outils⁵⁷³. Il ne nous paraît pas souhaitable d'adopter les méthodes présentées par A. BUCHER, en raison de l'insécurité juridique qu'elles impliquent; les art. 15, 17, 18 et 19 LDIP assouplissent suffisamment le système des règles de conflit sans remettre en cause excessivement les besoins de prévisibilité et de sécurité des particuliers.

3. *Démarche en droit international privé et stade auquel intervient la réserve d'ordre public*

A. Application de la loi étrangère (effet direct)

214. *Démarche en droit international privé.* La démarche classique en droit international privé consiste à qualifier le rapport de base afin de trouver et d'appliquer les règles de conflit pertinentes pour répondre à la question principale ou préalable à résoudre. La présence de lois d'application nécessaire rend pratiquement inutile le détour par la règle de conflit générale⁵⁷⁴. En l'absence de loi d'application nécessaire applicable, la réserve d'ordre public peut être appelée à intervenir pour évincer la règle matérielle étrangère normalement applicable. Au préalable, l'interprète doit déterminer la *lex causae* par application de la règle de conflit. Si la loi du for est désignée, la réserve n'interviendra pas; la question de l'intervention éventuelle de la réserve ne se pose que lorsque la règle de conflit désigne une autre loi que celle du for.

215. *Principe de l'appréciation concrète.* La démarche de l'interprète sera concrète et axée sur le résultat⁵⁷⁵. Le principe de l'appréciation concrète exige

⁵⁷³ Voir les réflexions de LAGARDE lors de la discussion ayant suivi l'exposé de BUCHER in TCFDIP 1994-1995, Paris 1996, p. 229-230.

⁵⁷⁴ Rappelons que les lois d'application nécessaire contiennent des règles de conflit spéciales, expresses ou implicites, déterminant leur propre champ d'application dans l'espace, cf. la discussion *supra*, N° 123-127.

⁵⁷⁵ AUDIT, p. 384, N° 467; BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 358; BALLARINO, DIP, p. 290; BUCHER, RSDIE 1998, p. 278; DÖRIG, p. 355; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 17; GOLDSTEIN, Ordre public, p. 53; KROPHOLLER, § 36 II, N° 1; KELLER/SIEHR, § 42 III.1, p. 542-543; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 353; LAGARDE, Répertoire, 2^e éd., V^e Ordre public, ch. 23; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254-2, p. 294; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 17; SCHWANDER, Einführung AT, N° 487 et Diskriminierungsverbot, p. 1405; SONNENBERGER, München. Komment., N° 47 ad art. 6; VISCHER, IPRG-Kommentar, N° 5 et 19 ad art. 17 LDIP; VON BAR, IPR I, p. 541, N° 634; VISCHER/VON PLANTA, p. 22, note 4; voir également *Obergericht LU*, 11 février 1992 in RSJ 1992, p. 340 (341); Message LDIP, ch. 214.52, p. 49.

du juge qu'il applique dans un premier temps la loi étrangère aux faits litigieux et qu'il examine si la solution à laquelle celle-ci conduit n'est pas contraire aux valeurs fondamentales du for. Le juge se référera à l'impact réel de l'application de la loi étrangère dans la société du for⁵⁷⁶. Le Tribunal fédéral énonçait le principe de l'appréciation concrète de la réserve sous l'empire de l'ancien droit international privé déjà, en matière de reconnaissance de jugements étrangers⁵⁷⁷. La loi de 1987 exprime ce principe de façon très claire, en matière de loi applicable également: pour être en mesure de décider si « l'application de dispositions du droit étranger est exclue » parce qu'elle « conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse » (17 LDIP)⁵⁷⁸, il faut l'avoir appliquée dans un premier temps, aux seules fins de voir si elle conduit à un résultat acceptable, qui s'intègre dans l'ordre juridique du for sans porter atteinte à des valeurs fondamentales. Dans sa décision, le juge devra esquisser le fil conducteur de sa démarche; le jugement devra mentionner la règle de conflit applicable, le résultat auquel conduit l'application de la loi désignée et, le cas échéant, les motifs pour lesquels le résultat est tenu pour inconciliable avec des principes fondamentaux du for. Le juge fera appel aux ressources du droit comparé afin de comprendre et d'insérer la norme étrangère dans son système et pour éviter d'en isoler faussement certains aspects⁵⁷⁹. La norme sera interprétée selon le sens que lui donnent la jurisprudence et la doctrine du système dont elle émane. Cette méthode permet d'éviter que la réserve ne devienne le gardien intolérant de particularités nationales qui ne méritent pas protection, ainsi que le souligne Monica MÄCHLER-ERNE⁵⁸⁰.

216. *Parallèle avec le contrôle concret de constitutionnalité des lois.* Pour tirer un parallèle avec le droit constitutionnel⁵⁸¹, le juge ne doit pas procéder à un contrôle abstrait de la norme applicable au regard de l'ordre public, mais à un contrôle concret uniquement. Comme le juge constitutionnel qui examine si une disposition viole une règle ou un principe constitutionnel à l'occasion d'un cas

⁵⁷⁶ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254-2, p. 294, parlent de « résultat choquant pour l'opinion publique française ».

⁵⁷⁷ ATF 80 II 53 (64-65), Ammon; 103 Ib 69 (73), Sprecher: « Ob ausländisches Recht mit dem schweizerischen ordre public vereinbar sei, beurteilt sich nämlich nicht abstrakt, sondern auf Grund der Auswirkungen im Einzelfall ».

⁵⁷⁸ Voir également la teneur de l'art. 16 de loi italienne du 31 mai 1995 « (...) se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico ».

⁵⁷⁹ VISCHER/VON PLANTA, p. 22 parlent de « rechtsvergleichende Konfrontation »; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 17; JAYME, Methoden, p. 44 ss, 49 ss; VON BAR, IPR I, N° 127. Voir en Grande-Bretagne, *Re Fuld's Estate* (N° 3), [1965] 3 All ER 776 (781): « Before it exercises such power it must consider the relevant foreign law as a whole ».

⁵⁸⁰ MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 17.

⁵⁸¹ Cf. KROPHOLLER, § 36 II N° 1, p. 222.

d'application et non dans l'abstrait, le juge doit vérifier si l'application du droit désigné au litige dont il est saisi contrevient à des principes fondamentaux du for.

217. *Illustration dans le domaine du divorce.* En 1970, A., française, a épousé B., ressortissant du Royaume du Biran. A. acquiert par mariage la nationalité du Royaume et renonce à sa nationalité française. En 1982, les époux se séparent, A. prenant domicile dans le canton de Neuchâtel, chez sa cousine, avec l'accord de B. qui conserve son domicile à Sbiraf, capitale du Royaume. En 1998, A. saisit le Tribunal matrimonial de son domicile d'une action en divorce. Le juge, dont la compétence se fonde sur l'art. 59 lit. b LDIP, devra dans un premier temps déterminer la règle de conflit pertinente. L'art. 61 al. 2 LDIP⁵⁸² désigne la loi du Royaume, droit national commun. Celle-ci prévoit des motifs de divorce conçus de façon inégalitaire selon que le juge est saisi d'une demande émanant de l'époux ou de l'épouse: lorsqu'il est saisi par l'époux, il doit prononcer le divorce si celui-ci confirme sa demande après qu'une tentative de conciliation a échoué. S'il est saisi d'une demande de l'épouse, le juge ne peut prononcer le divorce, après l'échec d'une conciliation, que si l'époux a abandonné sa femme, a commis un adultère ou des violences à son encontre. A. dépose un avis de droit, rédigé par un professeur à la Faculté de droit de Sbiraf, qui apporte une précision importante: selon la jurisprudence constante des tribunaux du Royaume, le juge doit également prononcer le divorce lorsqu'il est saisi par une épouse qui s'est créé un domicile séparé, d'accord avec son conjoint, depuis plus de 5 ans. Les tribunaux du Royaume prononceraient le divorce en l'espèce. Le bien-fondé de cette affirmation est confirmé par un avis de l'Institut suisse de droit comparé, demandé d'office par le juge. Celui-ci devra donc examiner si le résultat concret auquel conduit l'application de la *lex causae* est incompatible avec les valeurs fondamentales du for, au nombre desquelles figurent notamment les principes d'ordre public de la liberté personnelle et de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe. S'il est clair qu'envisagés de façon abstraite, les motifs de divorce de la *lex causae* heurtent profondément, du fait de leur nature inégalitaire, les valeurs essentielles de l'ordre juridique suisse, la réserve ne doit toutefois pas intervenir ici, au vu du résultat, parfaitement compatible avec l'ordre public suisse, auquel conduit l'application de la loi du Royaume, puisqu'elle permet à A. d'obtenir le divorce.

218. *Avantages de la méthode fondée sur l'appréciation concrète de l'ordre public.* La méthode fondée sur l'appréciation concrète de la réserve constitue sans doute un facteur contribuant à compliquer tout pronostic relatif à l'intervention de la réserve d'ordre public⁵⁸³; cette approche a toutefois le grand mérite d'éviter tout jugement de valeur aprioriste de la *lex causae* et de garantir que la réserve n'interviendra que dans la mesure où la société du for est concernée. Le principe de l'appréciation concrète constitue l'un des fondements des importantes théories de l'effet atténué et des liens avec le for⁵⁸⁴. Il permet de canaliser, dans une certaine mesure, la part d'appréciation que renferme le

⁵⁸² Sur la clause spéciale d'ordre public de l'art. 61 al. 3 LDIP, qui n'entre pas en ligne de compte en l'espèce, voir *infra*, N° 739-745.

⁵⁸³ GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 54-55 relève qu'en diminuant les « coûts d'inadéquation », on augmente les « coûts d'imprévisibilité ».

⁵⁸⁴ Cf. *infra*, N° 306 et 332; EKELMANS, *Effets atténués*, p. 302-303.

concept d'ordre public. Toute autre démarche risquerait de transformer la réserve d'ordre public en un moelleux oreiller de paresse pour tous ceux qui souhaiteraient éviter les délicats problèmes posés par l'application d'un droit étranger qu'ils ne connaissent pas et dont il ne leur est pas toujours aisé de prendre connaissance⁵⁸⁵. En d'autres termes, la nécessité d'appliquer dans tous les cas, dans une première phase du raisonnement, une loi étrangère, même hautement suspecte au regard de l'ordre public suisse, permet d'éviter dans une assez large mesure que l'effort d'ouverture à la loi étrangère que présuppose la règle de conflit soit réduit à néant par l'invocation *a priori* et opportuniste de principes fondamentaux. Le noyau des valeurs essentielles du for ne peut être atteint que de façon concrète, par le trouble à l'ordre social du for que pourrait entraîner l'application d'une règle du droit étranger; l'examen dans l'absolu des valeurs différentes sur lesquelles se fonde la loi étrangère n'est d'aucune utilité pour mesurer une atteinte à l'ordre public du for. Tant que la règle étrangère n'est pas appliquée, le conflit de valeur n'est que virtuel et l'intervention de la réserve n'a pas de raison d'être.

219. *Choix d'un droit de substitution.* Lorsqu'il évince la règle matérielle étrangère désignée par la règle de conflit, le juge ne peut se dispenser de statuer sur le litige qui lui est soumis. Il devra alors choisir un droit de substitution qu'il appliquera en lieu et place de celui qu'il a évincé pour des motifs tenant à l'ordre public. Ainsi que nous l'observerons, plusieurs solutions sont envisageables⁵⁸⁶.

B. Reconnaissance et exécution (effet indirect)

220. *Terminologie. Reconnaissance à titre principal/préalable.* La démarche du juge ne sera pas différente selon qu'il est appelé à statuer sur la reconnaissance, à titre principal ou à titre préjudiciel, d'un acte étranger. Ainsi, l'une des parties peut requérir du juge, à titre principal, la reconnaissance d'un jugement de divorce prononcé à l'étranger, afin de disposer d'un titre lui permettant d'introduire une poursuite en recouvrement de prestations d'entretien contre son conjoint. A titre préalable à la célébration d'un mariage en Suisse, un officier de l'état civil peut être appelé à se prononcer sur la reconnaissance d'un divorce prononcé à l'étranger⁵⁸⁷. Toute autorité suisse peut se prononcer à titre préalable sur la reconnaissance d'un acte sans devoir saisir une autorité qui centraliserait ce prononcé (art. 29 al. 3 LDIP); le prononcé de l'autorité saisie de la question principale ne bénéficiera toutefois pas de l'autorité de la chose jugée s'agissant

⁵⁸⁵ Sur les moyens d'investigation à disposition du juge, voir ATF 124 I 49 (52), S. et les références citées.

⁵⁸⁶ *Infra*, N° 389 ss.

⁵⁸⁷ WALTER, p. 367.

de la reconnaissance à titre préalable⁵⁸⁸. Nous examinerons plus loin⁵⁸⁹ la situation particulière de l'autorité de surveillance se prononçant sur la transcription d'un acte étranger dans les registres suisses de l'état civil (art. 32 LDIP).

221. *Conditions générales de la reconnaissance/exécution.* Le juge appelé à reconnaître, à titre principal ou à titre préalable, un jugement, une décision rendue à l'étranger ou une situation créée à l'étranger doit vérifier si les conditions prévues par une convention ou par la loi (art. 25 à 27 LDIP) sont réunies. Sous le régime de la LDIP, une décision étrangère est reconnue en Suisse si la compétence des autorités ayant statué était donnée (art. 25 lit. a et 26 LDIP, ainsi que les différentes règles de compétence indirecte contenues dans les chapitres spéciaux de la loi), si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive (art. 25 lit. b LDIP) et s'il n'y a pas de motifs de refus au sens de l'art. 27 LDIP. Le régime conventionnel ne présente que peu de différences avec le modèle classique repris dans la loi⁵⁹⁰.

222. *Motif de refus fondé sur l'ordre public.* Aux termes de l'art. 27 al. 1 LDIP, la décision étrangère ne sera pas reconnue si elle est « *manifestement incompatible* » avec l'ordre public suisse. Aux termes de l'alinéa deuxième de cette disposition, la reconnaissance est également refusée si une partie établit une violation de l'ordre public formel. L'art. 27 s'applique aussi à la reconnaissance des actes ou décisions de la juridiction gracieuse (art. 31 LDIP), des transactions judiciaires (art. 30 LDIP) et des actes de l'état civil (art. 32 LDIP).

223. *Principe de l'appréciation concrète.* A nouveau, le juge doit examiner *in concreto* si l'ordre public est heurté par la reconnaissance ou l'exécution. Ce n'est pas le jugement étranger en tant que tel qui sera jugé au regard de l'ordre public, mais bien les effets que déploieraient sa reconnaissance ou son exécution en Suisse⁵⁹¹. Les textes allemand et italien de l'art. 27 al. 1 LDIP

⁵⁸⁸ WALTER, p. 369; STOJAN, p. 187.

⁵⁸⁹ *Infra*, N° 227 ss.

⁵⁹⁰ Cf. *supra*, N° 69-72.

⁵⁹¹ WALTER, p. 335; SCHWANDER, Einführung AT, N° 711; BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 7 ad art. 27; LENZ, p. 164; Message LDIP, ch. 217.3, p. 64: « Ce n'est donc pas la décision étrangère en tant que telle, mais le résultat qui découlerait de sa reconnaissance et de son exécution en Suisse qui doit faire l'objet d'un examen »; ATF non publié du 10 juillet 1997, 5A.6/1997/min: « Indessen beurteilt sich die Frage, ob die angebliche Verstoßung der Beschwerdeführerin mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar sei, nicht abstrakt, sondern aufgrund der Auswirkungen im Einzelfall ». Dans le cadre de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP, l'examen doit également être concret, cf. ARFAZADEH, p. 232.

expriment ce principe avec plus de clarté que le texte français⁵⁹². Parfois, la reconnaissance sera refusée en Suisse parce qu'elle y déploierait des effets inacceptables, alors que le juge d'origine avait appliqué une loi dont le contenu, envisagé sous l'angle abstrait, ne paraît pas heurter nos valeurs; parfois même, un jugement étranger déploie des effets contraires à l'ordre public de l'Etat dans lequel il est invoqué en dépit du fait que le juge d'origine a fait application d'un texte dont la teneur est identique à un texte légal de l'ordre juridique de l'Etat de la reconnaissance⁵⁹³. Parfois, l'identité des règles n'est que de façade et « dissimule une différence de sensibilité dont l'expression peut conduire à des résultats qui nous heurtent » pour reprendre l'expression de Y. LEQUETTE⁵⁹⁴. Inversement, il est possible que le jugement étranger soit parfaitement conforme à l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance malgré l'apparente contrariété aux valeurs de cet Etat que la loi appliquée par le juge d'origine semble contenir⁵⁹⁵. Le Tribunal fédéral a récemment affirmé, en matière de reconnaissance de sentences arbitrales (art. 190 al. 2 lit. e LDIP), que la sentence ne sera annulée « que si le résultat auquel elle aboutit est incompatible avec l'ordre public. Il ne suffit donc pas que ses motifs le soient (...); encore faut-il tirer la même conclusion relativement à son dispositif »⁵⁹⁶. En extrapolant cette affirmation aux jugements, le principe de l'appréciation concrète a pour conséquence que l'autorité de la reconnaissance n'écartera pas un jugement étranger dont les motifs paraissent en soi choquants, mais dont le dispositif, même s'il est différent de celui qu'aurait rendu un juge suisse, déploie des effets encore compatibles avec l'ordre public suisse.

224. Importance du principe de l'appréciation concrète en matière d'effet indirect. Le système libéral de reconnaissance et d'exécution des jugements

⁵⁹² Cf. les textes allemand et italien: « (...) wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre. / Non è riconosciuta in Svizzera la decisione straniera il cui riconoscimento sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico svizzero »; c'est nous qui soulignons.

⁵⁹³ Voir p. ex. Cass. fr., 30 janvier 1979, *Bayar*, RCDIP 1979, p. 629: refus de reconnaissance d'un jugement tunisien de divorce qui, pour accorder au mari tunisien vivant en Tunisie la garde des enfants mineurs vivant en France depuis plus de 12 ans, a déclaré statuer en fonction de l'intérêt des enfants (art. 67 al. 2 Code de statut personnel tunisien) mais s'est fondé en réalité sur des considérations de principe (sauvegarde des prérogatives du mari), de sorte que l'intérêt affectif des enfants n'a pas été examiné.

⁵⁹⁴ LEQUETTE, RCDIP 1979, p. 632.

⁵⁹⁵ En France, voir p. ex. CA Paris, 18 décembre 1973, RCDIP 1975, p. 243 et 1^{er} juillet 1974, RCDIP 1975, p. 266: la loi qui confie systématiquement la garde des enfants à l'un ou l'autre des parents en fonction de leur âge ou de leur sexe est contraire à l'ordre public, mais le jugement qui fait application d'une telle législation peut être justifié en l'espèce par les circonstances concrètes. En Suisse, voir l'ATF 103 Ib 69, *Sprecher rapporté infra*, N° 226 et 779.

⁵⁹⁶ ATF 120 II 155 (167), *Emtrats Arabes Unis et consorts*.

étrangers que met en place la LDIP suppose l'acceptation de jugements différents de ceux qu'auraient rendus les tribunaux de l'Etat de la reconnaissance s'ils avaient été saisis. La révision au fond de la décision étant prohibée (art. 27 al. 3 LDIP), l'autorité de la reconnaissance n'examinera ni la règle de conflit ni les règles matérielles appliquées par l'autorité d'origine. Seul le résultat auquel conduirait la reconnaissance de la décision sera confronté aux valeurs fondamentales de l'Etat de la reconnaissance. L'examen *in concreto* prévaut également pour la reconnaissance d'actes créés à l'étranger. Pour prendre un exemple, le mariage célébré entre deux fiancés de 18 et 20 ans en application d'une *lex causae* qui autorise le mariage entre des enfants sera reconnu en Suisse: abstraitement, la loi étrangère semble certes difficilement compatible avec les valeurs fondamentales de notre ordre juridique; la reconnaissance de ce mariage ne trouble néanmoins pas l'ordre social du for⁵⁹⁷. Selon la jurisprudence, la reconnaissance doit être la règle et le refus l'exception, qui doit pouvoir se fonder sur de bonnes raisons⁵⁹⁸. La jurisprudence souligne qu'il en va ainsi tout particulièrement en matière de reconnaissance d'état des personnes où il faut éviter, dans toute la mesure du possible, de créer des situations boiteuses; le refus de reconnaissance d'une situation valablement créée à l'étranger, vécue comme telle par les parties pendant des années, peut conduire à une situation inextricable pour celles-ci. L'équité dans la résolution des relations juridiques internationales constitue assurément un principe fondamental de l'ordre juridique auquel la réserve ne devrait pas faire obstacle sans motifs.

225. *Appréciation abstraite. Illustration jurisprudentielle.* Bien que le Tribunal fédéral confirme régulièrement son attachement au principe de l'appréciation concrète, certaines décisions paraissent s'en écarter de façon discutable. Un arrêt du Tribunal fédéral nous paraît offrir un exemple regrettable d'appréciation *in abstracto* de l'ordre public: la Haute Cour a refusé de reconnaître une répudiation prononcée selon le droit égyptien, à l'ambassade de la RAU à Moscou, et à laquelle l'épouse avait consenti d'avance⁵⁹⁹. L'épouse avait demandé la transcription de la répudiation dans les registres de l'état civil, désireuse d'éviter ainsi d'avoir à introduire une action en divorce en Suisse et recourait au Tribunal fédéral contre un refus de transcription. Le Tribunal fédéral a considéré que la procédure du *talak* équivalait à une violation des droits de la défense parce qu'elle ne comportait pas de procédure contradictoire, la contrariété à l'ordre public formel se soulevant d'office avant l'entrée en vigueur de la LDIP⁶⁰⁰. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral n'a pas examiné si la reconnaissance de cette répudiation heurtait, de façon concrète, le sentiment du droit en Suisse, compte tenu de la claire ratification de l'épouse qui entendait s'en prévaloir et de l'intérêt légitime à la reconnaissance qu'elle invoquait.

⁵⁹⁷ Exemple donné par BUCHER, RCADI, p. 28.

⁵⁹⁸ ATF 116 II 625 (630), *Société R.*; 120 II 87 (88), *Epoux X.*; 109 Ib 232 (235), *Dame B.*; 103 Ib 69 (74), *Sprecher*.

⁵⁹⁹ ATF 88 I 48, *F.* Sur cet arrêt, cf. *infra*, N° 777.

⁶⁰⁰ Cf. *supra*, N° 151 et note 413.

226. *Appréciation concrète. Illustration jurisprudentielle.* Un autre arrêt fournit l'illustration d'une démarche plus respectueuse du principe de l'appréciation concrète. Il s'agit de l'affaire *Sprecher*⁶⁰¹, au sujet de la loi suédoise sur les divorces; en 1969, un ressortissant suisse avait ouvert action en divorce contre son épouse, de nationalité suisse également, devant les tribunaux suisses, sans pouvoir l'obtenir, en raison de l'opposition de son épouse (art. 142 al. 2 CC); en 1976, alors qu'il était nouvellement établi en Suède, le mari avait à nouveau demandé le divorce; l'action avait été admise par le tribunal de Stockholm, en application de la loi suédoise. Celle-ci prévoyait que chaque époux pouvait obtenir le divorce, s'il confirmait sa demande après un délai de réflexion de 6 mois. Fort de ce jugement, le demandeur tenta d'obtenir la transcription de son nouvel état dans les registres suisses de l'état civil. Le Tribunal fédéral déclara: « *Ob ausländisches Recht mit dem schweizerischen ordre public vereinbar sei, beurteilt sich nämlich nicht abstrakt, sondern auf Grund der Auswirkungen im Einzelfall. Es kommt somit nicht darauf an, ob der fragliche schwedische Scheidungsgrund als solcher ordre public-widrig sei oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob die Beachtung dieser Bestimmung des schwedischen Rechts im konkreten Fall zu einem unhaltbaren, das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzenden Ergebnis führt oder nicht* »⁶⁰². Pour le Tribunal fédéral, le fait que le juge ait prononcé le divorce en application de la loi suédoise, sans autre examen que celui du respect du délai de réflexion de 6 mois qu'elle prévoit, n'est pas contraire à l'ordre public, bien que cette réglementation s'apparente à la répudiation du droit musulman, dès lors que dans les faits, les époux vivaient séparés depuis 7 ans, ce qui constituait un indice en faveur de la désunion irrémédiable de l'union conjugale.

C. Excursus: la transcription des décisions et actes étrangers à l'état civil (art. 32 LDIP)

a) Généralités

227. *Introduction.* Nous avons choisi de traiter de la transcription des actes et décisions étrangers dans les registres suisses de l'état civil, sous l'angle de la réserve d'ordre public, en raison de l'importance particulière qu'elle revêt dans les domaines du droit des personnes et de la famille. Il est en effet possible d'envisager de nombreuses constellations de faits dans lesquelles un acte étranger est susceptible d'être inscrit dans les registres suisses de l'état civil. Les actes de l'état civil des ressortissants suisses domiciliés à l'étranger seront transcrits au feuillet du registre des familles dont ils sont titulaires. Les ressortissants suisses, domiciliés en Suisse, dont le statut a été modifié à l'étranger (changement de nom, mariage, divorce, reconnaissance, adoption, etc.), à une époque à laquelle ils y étaient domiciliés, y résidaient ou y étaient simplement de passage, pourront également solliciter la transcription d'actes étrangers, sous réserve du contrôle de la compétence de l'autorité d'origine. La transcription des actes étrangers ne concerne pas uniquement les Suisses: le conjoint et les enfants, de nationalité étrangère, d'un ressortissant suisse

⁶⁰¹ ATF 103 Ib 69, *Sprecher*.

⁶⁰² ATF 103 Ib 69 (72), *Sprecher*.

titulaire d'un feuillet au registre des familles (art. 114a OEC) sont également concernés par la procédure de l'art. 32 LDIP, lorsqu'ils subissent une modification de leur état civil à l'étranger; il peut également y avoir transcription de modifications de l'état civil qui concernent des ressortissants étrangers ne figurant pas au registre des familles, lorsqu'elles doivent être annotées sous la forme d'une mention marginale dans les registres spéciaux (art. 52 OEC).

228. *Compétence exclusive de l'autorité de surveillance.* Alors que les cantons désignent une autorité compétente *ratione materiae* en matière de reconnaissance à titre principal (art. 29 al. 1 LDIP), la LDIP fixe directement la compétence d'attribution pour la transcription des actes de l'état civil: c'est l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil⁶⁰³ qui se prononce sur les requêtes de transcription dans les registres. L'autorité territorialement compétente est celle du canton dans lequel se trouve le registre dans lequel l'acte étranger doit être inscrit⁶⁰⁴. Pour la transcription d'événements d'état civil au registre des familles, l'autorité compétente sera celle du canton d'origine⁶⁰⁵. Les autorités cantonales de surveillance disposent d'une compétence exclusive pour prendre la décision de transcrire à l'état civil les actes et décisions étrangers⁶⁰⁶. Cette décision peut faire suite à une requête de transcription déposée par un intéressé. La soumission de l'activité de l'autorité de surveillance à la maxime d'office et aux principes d'exactitude et d'intégralité des registres implique que l'autorité procède à la transcription des actes et décisions qui lui sont communiqués par d'autres autorités suisses, voire par des autorités étrangères ou des particuliers qui ne sont pas directement intéressés. Dans la pratique, la plus grande partie des transcriptions est ordonnée par l'autorité de surveillance à la suite de communications (transitant par le canal de l'Office fédéral de l'état civil) de représentations suisses à l'étranger, s'agissant notamment de ressortissants suisses immatriculés auprès d'elles⁶⁰⁷.

229. *Rapports entre procédure de transcription (art. 32 LDIP) et procédure ordinaire des art. 25 ss LDIP.* L'art. 32 LDIP soumet la transcription à la

⁶⁰³ Pour la liste de ces autorités, voir Henri-Robert SCHÜPBACH, *Saisie de l'état civil des personnes physiques*, TDPS II.11/2, Fribourg/Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, p. 93.

⁶⁰⁴ BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 32.

⁶⁰⁵ BUCHER, DIP II, N° 60; sur l'art. 137a OEC, voir OTHENIN-GIRARD, *Transcription*, p. 165.

⁶⁰⁶ ATF 99 Ib 240, *Brulhart*; 110 II 5 (7), H.; 117 II 11 (12), S.

⁶⁰⁷ Cf. art. 24 du Règlement du service diplomatique (RS 191.1); voir en outre Angelo CASTELLI, *Die Arbeit der schweizerischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland im Bereich des Zivilstandswesen*, REC 1990, p. 359 ss; Urs BERNER, *Du travail des représentations suisses à l'étranger dans le domaine de l'état civil*, REC 1997, p. 218-223.

vérification des conditions prévues aux art. 25 à 27 LDIP⁶⁰⁸. La transcription dans les registres de l'état civil selon l'art. 32 LDIP doit toutefois être clairement distinguée de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères des art. 25 ss LDIP dont elle ne remplit pas les fonctions. La transcription se distingue d'une part de la reconnaissance d'un acte ou d'une décision étrangers, à titre principal, devant l'autorité de reconnaissance ordinaire (art. 29 al. 1 LDIP)⁶⁰⁹ et, d'autre part, de la reconnaissance à titre préalable ou préjudiciel devant toute autorité saisie d'une autre question, dite principale (art. 29 al. 3 LDIP)⁶¹⁰. La transcription dans les registres, soumise à des règles de compétence et de forme particulières, se situe à mi-chemin entre la reconnaissance et l'« *exequatur* »⁶¹¹: l'autorité cantonale de surveillance résout la question de la reconnaissance à titre préalable (ou préjudiciel) à celle, principale, de la transcription dans les registres⁶¹². La procédure ordinaire des art. 25 ss LDIP et celle fondée sur l'art. 32 LDIP sont parfaitement distinctes, la voie ordinaire étant parfois seule ouverte, notamment lorsqu'il n'y a pas de support à l'inscription⁶¹³; en outre, la procédure⁶¹⁴ et les voies de recours⁶¹⁵ ne sont pas identiques. Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de préciser que la transcription, ordonnée dans un canton, produisait des effets dans toute la Suisse⁶¹⁶, mais que cette autorisation ne préjugait en rien d'une éventuelle décision judiciaire relative à la nullité ou à la validité d'un mariage ou d'une adoption par exemple⁶¹⁷. Le Tribunal fédéral a

⁶⁰⁸ Il importe toutefois de souligner d'emblée que la procédure de l'art. 32 LDIP ne régit pas l'ensemble des inscriptions dans les registres suisses de faits d'état civil survenus à l'étranger; voir, pour les situations dans lesquelles l'art. 32 LDIP ne s'applique pas (p. ex. inscription par le capitaine d'un navire battant pavillon suisse, par le commandant d'un aéronef suisse, par une représentation suisse à l'étranger, etc.), OTHENIN-GIRARD, Transcription, p. 164-165.

⁶⁰⁹ P. ex. requête de reconnaissance et d'exécution d'un jugement de divorce.

⁶¹⁰ Voir p. ex. ATF 114 II 1, F.: examen à titre préjudiciel et reconnaissance, par le juge du divorce, d'un mariage célébré à l'étranger dans un pays en guerre alors que l'état civil était désorganisé.

⁶¹¹ SCHÜPBACH, *op. cit.* (note 603), p. 57.

⁶¹² Henri-Robert SCHÜPBACH, Essai panoramique de définition de la reconnaissance et de l'exequatur en matière civile, RJN 1992, p. 9-60 (47); cf. également César E. DUBLER, La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Suisse, in Rapports suisses présentés au XII^e Congrès international de droit comparé, Sydney/Melbourne, 18-27 août 1986, Publications de l'ISDC N° 7, Zurich 1987, p. 29-66 (45); VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 19 vor art. 25-32: « *In diesen Fällen werden also die Anerkennungs Voraussetzungen des IPRG im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zur Anwendung gebracht* ».

⁶¹³ P. ex. lorsque tous les intéressés sont de nationalité étrangère et qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'annotation de mentions marginales dans les registres spéciaux.

⁶¹⁴ Voir OTHENIN-GIRARD, Transcription, p. 166-167.

⁶¹⁵ Cf. *infra*, N° 245-247.

⁶¹⁶ ATF 91 I 364 (371), *Spross*.

⁶¹⁷ ATF 113 II 106 (113), *Y.*; en doctrine, voir DUBLER, *op. cit.* (note 612), p. 45; DUTOIT,

récemment confirmé que « la décision administrative d'inscription ne préjuge en rien de la compétence du juge pour statuer sur la validité de faits constatés par l'inscription (...). Elle a uniquement une valeur déclarative et n'acquiert pas la force de chose jugée au sens matériel »⁶¹⁸. Le Tribunal fédéral soulignait que l'art. 32 LDIP était fondée sur les mêmes principes. Bien qu'elle examine les faits à la lumière des art. 25 à 27 LDIP, l'autorité de surveillance doit se prononcer, dans son dispositif, sur la transcription exclusivement; à moins que le droit cantonal ne lui attribue concurremment la compétence d'autorité ordinaire de reconnaissance (art. 29 al. 1 LDIP), l'autorité de surveillance n'est pas habilitée à prononcer, dans son dispositif, la reconnaissance d'une décision ou d'un acte. Les parties peuvent dès lors demander à l'autorité ordinaire (art. 29 al. 1 LDIP) la reconnaissance à titre principal d'un acte ou d'une décision prononcés à l'étranger⁶¹⁹, indépendamment d'une procédure de transcription se déroulant devant l'autorité de surveillance; l'autorité de surveillance sera liée par la décision de l'autorité ordinaire de reconnaissance ayant admis une requête de reconnaissance. Elle devra ordonner la transcription⁶²⁰, à moins que l'acte reconnu ne soit pas susceptible d'être inscrit à l'état civil. L'autorité ordinaire de la reconnaissance ne pourra en revanche ordonner directement la transcription de l'acte dans les registres, puisque la compétence de l'autorité de surveillance est exclusive. Enfin, l'autorité ordinaire ne sera pas liée par la décision de transcription⁶²¹. Il convient de relever que l'autorité de surveillance peut toutefois être appelée à se prononcer, à titre préalable également, sur la reconnaissance d'un acte dont la transcription n'est pas demandée, lorsque la résolution de cette question préalable est nécessaire à celle de la question principale dont elle est saisie, soit la transcription d'un autre acte⁶²². Comme toute autre autorité administrative ou

Commentaire, N° 1 ad art. 32; GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozess der Schweiz, Zurich 1951, p. 118, ch. 4; Jean-François AUBERT, La transcription des divorces étrangers dans les registres de l'état civil suisse, REC 1959, p. 339.

⁶¹⁸ ATF 117 II 11 (12), S., RVJ 1991, p. 369; voir également *Kantonsgericht SG*, arrêt non publié du 2 juillet 1997; Andreas BUCHER, L'application de la LDIP à l'état civil, REC 1993, p. 342-352 (348).

⁶¹⁹ P. ex.: requête de reconnaissance d'un divorce, cumulée avec une demande d'*exequatur* et de mainlevée définitive pour le paiement des pensions alimentaires auxquelles le défendeur a été condamné; cf. en outre, BUCHER, DIP II, N° 62.

⁶²⁰ SCHÜPBACH, *op. cit.* (note 603), p. 119.

⁶²¹ Cf. SCHÜPBACH, *op. cit.* (note 603), p. 119.

⁶²² P. ex.: demande de transcription d'un jugement de divorce étranger (question principale); pour savoir si le jugement de divorce remplit les conditions de sa reconnaissance (question préjudicielle), l'autorité de surveillance doit parfois examiner si le mariage dissous à l'étranger était valable (autre question préjudicielle); il en va ainsi lorsque l'un des conjoints soutient que le mariage n'était pas valable, par exemple parce que l'un d'eux était déjà marié. Si l'autorité parvient à la conclusion que le mariage dont la dissolution a été prononcée à l'étranger ne pouvait être reconnu en Suisse, elle rejettera la demande de transcription. En

judiciaire suisse, l'autorité de surveillance est compétente, en vertu de l'art. 29 al. 3 LDIP, pour examiner les questions préjudicielles auxquelles elle doit répondre pour statuer sur la demande de transcription.

b) Intervention de l'ordre public matériel

230. *Intervention de la réserve. En général.* La réserve d'ordre public (art. 27 LDIP) est donc appelée à intervenir dans ce contexte; il s'agit d'une manifestation typique de l'effet indirect de l'ordre public négatif qui présuppose une application conjointe des théories de l'effet atténué et des liens avec le for. L'intervention de la réserve conduira au refus de transcription. L'autorité ordinaire de la reconnaissance pourrait, si elle est saisie, ne pas partager l'avis de l'autorité de surveillance et reconnaître l'acte étranger.

231. *Ordre public matériel.* L'autorité de surveillance examinera d'office si l'ordre public matériel doit intervenir, en modulant l'intervention de la réserve en fonction des liens que la cause entretient avec la Suisse⁶²³ et en tenant compte de l'effet atténué.

c) Art. 32 al. 3 LDIP et intervention de l'ordre public formel

232. *L'audition des personnes concernées (art. 32 al. 3 LDIP).* Aux termes de l'art. 32 al. 3 LDIP, « les personnes concernées sont entendues préalablement s'il n'est pas établi que, dans l'Etat étranger où la décision a été rendue, les droits des parties ont été suffisamment respectés au cours de la procédure ». Le Message du Conseil fédéral affirmait, de façon assez maladroite et en renversant la présomption, que « le 3^e alinéa [de l'art. 30 P] garantit aux personnes concernées par une inscription au sens de l'art. 6 PA (...) le droit d'être entendues lorsqu'il est établi que les droits élémentaires de la procédure ne leur ont pas été garantis dans l'Etat étranger où la décision a été rendue »⁶²⁴.

dehors du cadre de la transcription, l'autorité de surveillance peut également se prononcer sur la reconnaissance d'un acte étranger à titre de question préalable: ainsi, lorsqu'appelée à se prononcer sur le mariage de fiancés étrangers non domiciliés en Suisse (art. 43 al. 2 LDIP; 168a OEC), elle examine si une précédente union est valablement dissoute.

⁶²³ Cf. p. ex. *Bau-Département* SO, 24 avril 1998, REC 1998, p. 190, affaire rapportée *infra*, N° 586.

⁶²⁴ Message LDIP, ch. 217.4. Voir également Office fédéral de la justice, avis non publié du 1^{er} septembre 1994: « In un certo senso l'ordine public procedurale è da considerare come cosa "astratta" e "assoluta", siccome deve venire a favore di tutte le persone toccate, senza distinguere quest'ultima secondo la loro nazionalità o il loro domicilio. Infatti, nell'articolo 27, come pure nell'articolo 32 LDIP, non si trovano dei criteri per distinguere diverse categorie di parti. (...) Infatti la tutela dei diritti procedurali che fa parte dell'ordine public procedurale, deve venire a profito di tutte le persone che sono coinvolte in un processo ».

L'autorité de surveillance examinera d'office si les personnes concernées ont été entendues dans le cadre de la procédure qui s'est déroulée à l'étranger; si cela n'est pas établi, elle devra leur offrir la possibilité de se prononcer sur la transcription. Cette disposition revêt une importance particulière lorsque l'autorité de surveillance n'est pas saisie d'une requête émanant d'intéressés, mais statue d'office, parce que l'existence d'une décision ou d'un acte étranger est parvenue à sa connaissance par un autre truchement. Ainsi, l'autorité ayant reçu communication d'une représentation suisse à l'étranger d'une décision de changement de nom (art. 39 LDIP) doit s'assurer que tous les intéressés visés par la décision (conjoint, enfants) ont été entendus. Pour savoir si les droits des parties ont été suffisamment respectés à l'étranger, l'autorité cantonale de surveillance pourrait s'inspirer de la jurisprudence rendue en application de l'art. 27 al. 2 lit. b LDIP, texte qui se réfère aux « principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure »⁶²⁵. L'autorité n'a pas l'obligation d'entendre les parties de vive voix; elle peut leur communiquer la requête en transcription ou les aviser de la procédure introduite d'office en les invitant à faire part de leurs observations écrites⁶²⁶ dans un délai déterminé.

233. *Articulation des art. 32 al. 3 et 27 al. 2 LDIP.* Comment concilier la prise en compte sur requête de l'ordre public procédural (art. 27 al. 2 LDIP) avec l'examen d'office, en matière de transcription, du respect des droits des parties lors de la procédure à l'étranger (32 al. 3 LDIP)? Nous pensons que l'art. 32 al. 3 LDIP ne doit pas être considéré comme une exception à l'art. 27 al. 2 LDIP; ces deux dispositions concernent deux questions distinctes. Nous sommes d'avis que l'examen d'office du respect des droits des parties ne signifie pas que la transcription sera refusée chaque fois que les droits des intéressés n'ont pas été suffisamment respectés à l'étranger. L'art. 32 al. 3 LDIP exige simplement que les intéressés soient entendus durant la procédure de transcription en Suisse lorsque leurs droits semblent avoir été violés à l'étranger, mais n'impose pas que l'ordre public formel de l'art. 27 al. 2 LDIP soit pris en compte d'office. Une décision de l'autorité de surveillance de l'état civil du canton de Zoug a statué en ce sens⁶²⁷. Telle semble également être la

⁶²⁵ Voir notamment BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 16-17 ad art. 27; PATOCCHI/GEISINGER, CDIP, p. 166-167.

⁶²⁶ Cette disposition découlant de l'art. 4 Cst. féd. (1874), il convient de s'inspirer de la jurisprudence fédérale en la matière (cf. G. MÜLLER, Commentaire de la Constitution fédérale, N° 105 ad art. 4 et les arrêts cités en note 262; André GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, t. I, p. 380 ss [382]).

⁶²⁷ Voir Direktion des Innern ZG, 21 novembre 1996, non publié (requête de transcription d'un jugement de divorce turc): « Ein Verstoss des türkischen Scheidungsurteils gegen den formell-rechtlichen Ordre-public im Sinne von Art. 27 al. 2 IPRG wird von der Gesuchsgegnerin nicht geltend gemacht und ist daher nicht zu prüfen ».

position de l'Office fédéral de l'état civil⁶²⁸. Ainsi, lorsque c'est l'intéressé dont les droits n'ont pas été respectés à l'étranger qui sollicite la transcription de l'acte, l'autorité pourra y procéder, pour autant qu'il n'existe aucun autre motif de refus qui doive être pris en compte d'office, en particulier l'ordre public matériel. En déposant une requête de transcription, le requérant renonce implicitement à se plaindre d'une violation de l'ordre public formel. En revanche, lorsque celui qui a souffert du vice à l'étranger n'est pas le requérant, l'autorité de surveillance l'invitera à faire part de ses observations sur la requête; s'il ne s'oppose pas à la transcription, n'invoque pas une violation de l'ordre public formel et que les autres conditions devant être examinées d'office sont réunies, notamment l'absence d'atteinte à l'ordre public matériel, l'autorité ordonnera la transcription⁶²⁹. Il serait paradoxal de se montrer plus sévère dans le contrôle de l'acte étranger, lorsqu'il s'agit d'une transcription, dont l'effet n'est que déclaratif, qu'en matière de procédure ordinaire, laquelle aboutit à une décision dont les effets sont bien plus larges, puisqu'elle lie toutes les autorités suisses⁶³⁰. De surcroît, la prise en compte d'office des motifs de refus de l'art. 27 al. 2 LDIP pourrait jouer en défaveur de parties qui ont accepté, en dépit de ses vices, une décision étrangère sur laquelle elles ont fondé des attentes et en fonction de laquelle elles ont déjà modifié leur comportement à l'étranger. Un refus de transcription fondé sur la violation de l'ordre public formel peut causer de sérieux préjudices à des parties qui sollicitent la transcription. Enfin, la nature administrative de la procédure ne paraît pas justifier une dérogation aussi sensible à la teneur de l'art. 27 al. 2 LDIP. La renonciation à invoquer l'ordre public formel, au stade de l'audition par l'autorité cantonale de surveillance, déploie dès lors parfois un effet réparateur des vices de la procédure qui s'est déroulée à l'étranger.

⁶²⁸ Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 10 juin 1993, au sujet d'un divorce coutumier ghanéen: « Ce grief n'est en principe pas soulevé d'office, il doit être établi par la partie. Mais l'art. 32 al. 3 LDIP prévoit que, dans un tel cas, la partie dont les droits ont peut-être été lésés doit être entendue préalablement à la transcription dans les registres suisses de l'état civil. Il faut donc essayer de contacter l'épouse pour déterminer si elle a pu faire valoir ses droits ou si elle désire s'opposer à la reconnaissance du divorce (...). S'il est impossible de retrouver l'épouse, la prescription de l'art. 32 al. 3 ne pourra pas être respectée. À notre avis, on devrait appliquer par analogie l'art. 29 al. 1 lit. c et exiger un document officiel établissant que l'épouse a eu la possibilité de faire valoir ses moyens. En effet, l'art. 32 al. 3 donne une protection supplémentaire en prescrivant d'entendre la partie; aussi, à défaut de pouvoir respecter cette prescription, on doit au moins donner la protection standard à la partie absente ».

⁶²⁹ Voir les réflexions d'Andreas BUCHER, L'application de la LDIP à l'état civil, REC 1993, p. 342-352 (349).

⁶³⁰ WALTER, p. 368; SCYBOZ/BRACONI, p. 230, auteurs se référant au c. 6, non publié au recueil officiel, de l'ATF 118 Ia 118, M.; STOJAN, p. 187; ACOCELLA, p. 150.

D. Réserve d'ordre public et voies de recours

a) Intraduction

234. *Introduction.* Le stade ultime auquel l'ordre public peut intervenir en droit international privé est celui des recours. Nous nous bornerons à faire quelques remarques en renonçant, faute de place, à aborder les questions liées à la procédure de recours.

b) Art. 17 LDIP et voies de recours

235. *Voies de recours cantonales.* Les voies de recours permettant de contrôler l'application de l'art. 17 LDIP par les tribunaux civils⁶³¹ sont en premier lieu celles que les cantons mettent à disposition des parties, qu'il s'agisse d'un appel ou d'une voie de recours extraordinaire (nullité, cassation).

236. *Voies de recours fédérales. a) Recours en réforme.* Après épuisement des voies de recours cantonales, le recourant pourra se plaindre d'une violation de l'art. 17 LDIP et de la règle de conflit déterminante en déposant un recours en réforme ou un recours en nullité. S'agissant du recours en réforme, le recourant qui estime que le juge a fait intervenir à tort la réserve d'ordre public dans un litige se fondera sur l'art. 43a al. 1 lit. a OJ, le juge n'ayant pas appliqué le droit étranger désigné par la règle de conflit⁶³², dans l'hypothèse inverse, lorsque le juge a appliqué le droit étranger désigné par la règle de conflit, alors qu'il aurait dû, selon le recourant, faire intervenir la réserve d'ordre public, son recours sera fondé sur l'art. 43 OJ. Le Tribunal fédéral pourrait faire intervenir d'office la réserve d'ordre public, ou au contraire l'écarter alors que l'instance inférieure s'y serait référée, cela même si aucune des parties ne se plaint d'une mauvaise application de cette disposition⁶³³. Il peut arriver que le juge ait fait une mauvaise application du droit étranger et que cette solution erronée le conduise à faire intervenir la réserve de l'art. 17 LDIP, de façon apparemment conforme au droit fédéral; lorsqu'il s'agit d'une contestation civile de nature non pécuniaire⁶³⁴, il n'est pas contesté que le recourant pourra se plaindre d'une

⁶³¹ Excepté l'art. 32 LDIP, qui sera examiné ici (*infra*, N° 245-247) nous renonçons à traiter des voies de recours contre les décisions administratives faisant application de l'art. 17 LDIP.

⁶³² MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, p. 1825; Georg MESSMER/Hermann IMBODEN, *Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen*, Zurich 1992, p. 109.

⁶³³ En effet, le Tribunal fédéral contrôle d'office si le droit suisse est applicable, en vertu de l'art. 63 al. 1 OJ: très clair: ATF 118 II 83 (85), *W.*; Jean-François POUDRET/Suzette SANDOZ-MONOD, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, vol. II, Berne 1990, N° 1.2 ad art. 43a; N° 3.2 ad art. 63; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, p. 1824; DUTOIT, *Commentaire*, N° 19 ad art. 16.

⁶³⁴ Sur le sens à donner à ce terme, voir POUDRET/SANDOZ-MONOD, *op. cit.* (note 633), N° 5 ad art. 43a et les références.

application erronée du droit étranger (art. 43a al. 2 OJ). Dans les autres cas, en revanche, faut-il considérer que le recourant ne peut se plaindre d'une mauvaise application du droit étranger par la voie du recours en réforme⁶³⁵ et qu'il doit par conséquent se borner à interjeter un recours de droit public en invoquant l'arbitraire ?⁶³⁶ A nos yeux, le contrôle de l'application correcte de l'art. 17 LDIP et des règles de conflit suisses, dans le cadre d'un recours en réforme, suppose l'examen de l'interprétation du droit étranger. En effet, lorsque le juge s'est fondé sur une mauvaise interprétation du droit étranger pertinent qui l'a conduit à tort à faire intervenir la réserve d'ordre public, ou au contraire à ne pas la faire intervenir, la décision attaquée viole l'art. 17 LDIP et la règle de conflit pertinente du droit international privé suisse⁶³⁷; dans le premier cas, le recourant fondera son recours sur l'art. 43a al. 1 lit. a OJ, dans le second sur l'art. 43 OJ. Le Tribunal fédéral doit contrôler la correcte application du droit étranger dans la mesure où il conditionne la mise en œuvre du droit (international privé et matériel) suisse⁶³⁸.

237. *b) Recours en nullité et en révision.* Lorsque le recours en réforme n'est pas ouvert et que les conditions d'un recours en nullité sont remplies, le recourant peut également se plaindre d'une violation de l'art. 17 LDIP à l'appui d'un tel recours. Les ouvertures à recours figurent à l'art. 68 al. 1 lit. b et c OJ. Enfin, le recours en révision pourrait être utilisé à l'encontre de décisions du Tribunal fédéral faisant application de l'art. 17 LDIP, lorsque l'une des étroites ouvertures à recours des art. 136 ss OJ est ouverte.

c) Art. 27 LDIP et voies de recours

238. *L'ouverture du recours de droit public*⁶³⁹. Selon le Tribunal fédéral, les contestations relatives à la reconnaissance ou à l'exécution en Suisse de jugements rendus par des tribunaux étrangers ne sont pas des contestations

⁶³⁵ Pour POUDRET/SANDOZ-MONOD, *op. cit.* (note 633), N° 1.2 ad art. 43a, le contrôle de l'application du droit étranger n'est ni nécessaire ni utile, sous réserve de l'art. 43a al. 2 OJ.

⁶³⁶ MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, p. 1830.

⁶³⁷ Sous l'ancien droit, Alain WURZBURGER, (La violation du droit fédéral dans le recours en réforme, RDS 1975 II, p. 77-130 [118-119]) écrivait: « En règle générale, le Tribunal fédéral ne revêt pas l'interprétation que la juridiction cantonale donne ainsi du droit étranger. Cela serait pourtant souhaitable, dans la mesure où l'application régulière de la réserve d'ordre public présuppose que le droit étranger a été correctement déterminé et où la règle de droit international privé suisse n'a de sens que par rapport à lui ».

⁶³⁸ Cf. WURZBURGER, *op. cit.*, p. 121. Favorables au contrôle du droit étranger, lorsqu'il conditionne la mise en œuvre de la règle de conflit suisse, BUCHER, DIP I/1, N° 400; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 554; SCHWANDER, Einführung AT, N° 418.

⁶³⁹ Pour la transcription dans les registres de l'état civil, voir *supra*, N° 235-237.

civiles susceptibles d'être attaquées par la voie du recours en réforme⁶⁴⁰. Il ne s'agit pas non plus d'affaires civiles au sens de l'art. 68 al. 1 OJ qui pourraient être soumises au Tribunal fédéral par la voie du recours en nullité⁶⁴¹. Ces décisions ne peuvent dès lors être attaquées que par la voie du recours de droit public, le Tribunal fédéral ayant estimé que le recours de droit administratif n'était pas recevable contre une décision sur la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger rendue en application de la LDIP (art. 84 al. 1 lit. a OJ) ou d'une convention (art. 84 al. 1 lit. c OJ)⁶⁴². Le Tribunal fédéral peut non seulement annuler la décision attaquée, mais également accorder ou refuser la mainlevée si la situation est claire⁶⁴³.

239. *Conséquences de ce système. L'application uniforme du droit fédéral n'est pas garantie.* Contrairement à ce qui vient d'être exposé concernant l'art. 17 LDIP, le Tribunal fédéral ne revoit l'application de l'art. 27 LDIP que sous l'angle étroit de l'arbitraire (art. 4 Cst. féd. [1874]/art. 8 Cst. féd. [1999]), qu'il s'agisse d'une éventuelle violation de l'ordre public formel⁶⁴⁴ ou matériel; il n'annule l'arrêt attaqué que s'il viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou s'il contredit de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Lorsqu'en revanche la décision en cause a été rendue en application d'une convention internationale, le recours de droit public de l'art. 84 al. 1 lit. c OJ est ouvert; le Tribunal fédéral statue alors avec un plein pouvoir d'examen⁶⁴⁵. Il est regrettable que l'application uniforme de l'art. 27 LDIP ne soit pas assurée et que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral soit si différent selon que l'autorité de la reconnaissance s'est fondée sur cette disposition ou sur une source internationale.

⁶⁴⁰ ATF 116 II 376, T. AG; 116 II 625, *Société R.* Jean-François POUDRET/Alain WURZBURGER, Unité ou dualité des recours au Tribunal fédéral contre les décisions rendues en matière de reconnaissance des jugements étrangers, JT 1991 I 290, proposaient d'ouvrir la voie du recours de droit administratif. Dans le même sens, pour les recours contre les décisions fondées sur la LDIP, SCHÜPBACH, Essai panoramique, *op. cit.* (note 612), p. 42-43, qui admet le recours de droit public pour celles fondées sur des traités.

⁶⁴¹ ATF 116 II 378, T. AG.

⁶⁴² ATF 118 Ia 118, M.; pour le TF, il ne s'agit pas d'une contestation administrative, le TF se ralliant à la doctrine dominante estimant que l'art. 5 LPA qui se réfère au « *droit public fédéral* » ne vise que le droit administratif (interprétation à la lumière de l'art. 114^{bis} al. 1 Cst. féd. [1874]).

⁶⁴³ ATF 116 II 625 (627), *Société R.*

⁶⁴⁴ ATF 116 II 625 (628), *Société R.*; ATF 118 Ia 118 (123), M.

⁶⁴⁵ ATF 116 II 625 (628), *Société R.*, le Tribunal fédéral devant s'accommoder de cette situation « *même si elle l'empêche d'assurer pleinement l'application uniforme du droit fédéral en ce domaine* »; cf. la critique de Robert HAUSER, Zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Leistungsurteile in der Schweiz, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 589 ss (608) et POUDRET/WURZBURGER, p. 290 ss.

d) *Ordre public et voies de recours en matière d'arbitrage*

240. *Recours contre une sentence rendue en Suisse.* La sentence rendue par des arbitres siégeant en Suisse dans une procédure arbitrale soumise au chapitre 12 de la LDIP peut être annulée par l'autorité de recours, soit le Tribunal fédéral (art. 191 al. 1 LDIP) ou, si les parties en sont convenues, l'autorité cantonale désignée par les cantons (art. 191 al. 2 LDIP). La loi fait de l'incompatibilité à l'ordre public une ouverture à recours (art. 190 al. 2 lit. e LDIP); la nature de l'ordre public susceptible d'entrer en ligne de compte fait l'objet de controverses nourries que nous examinerons dans un chapitre suivant⁶⁴⁶. Bornons-nous à mentionner pour l'instant que le Tribunal fédéral a développé une conception extrêmement restrictive du motif de recours fondé sur l'ordre public; selon lui, c'est une notion universelle de l'ordre public qui intervient, recouvrant les principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les Etats civilisés⁶⁴⁷. Le Tribunal fédéral, qui ne revoit pas l'application du droit par les arbitres, puisqu'il s'agit d'un motif qui n'est pas énuméré à l'art. 190 LDIP, ne contrôlera pas si c'est à juste titre que ceux-ci ont fait ou n'ont pas fait intervenir la réserve d'ordre public à l'encontre de la *lex causae*; il ne cassera la sentence que lorsqu'elle produit des effets incompatibles avec l'ordre public dit universel.

241. *Ordre public procédural et recours contre une sentence arbitrale (art. 190 al. 2 LDIP).* Alors qu'il ne fait pas de doute que la violation de l'ordre public procédural, réservé implicitement par la Convention de New York de 1958 (art. V ch. 2 lit. b), peut faire obstacle à la reconnaissance d'une sentence étrangère en Suisse⁶⁴⁸, la doctrine a examiné le point de savoir s'il était possible de retenir une violation de l'ordre public procédural dans le cadre du recours contre une sentence arbitrale, au sens de l'art. 190 al. 2 LDIP. Les opinions divergeaient. Ph. SCHWEIZER⁶⁴⁹ relevait qu'une lecture littérale et systématique des art. 190 et 27 LDIP appelait une réponse plutôt négative; en effet, la lit. e de cette disposition ouvre le recours lorsque la sentence est incompatible avec l'ordre public suisse, sans référence à la manière dont la sentence a été rendue, comme c'est le cas à l'art. 27 al. 2 LDIP. En outre, d'autres motifs de recours, énumérés de façon exhaustive, prennent en considération certaines violations de l'ordre public procédural: ainsi, la lit. a

⁶⁴⁶ Cf. *infra*, N° 291-298.

⁶⁴⁷ Cf. *infra*, N° 292.

⁶⁴⁸ ATF 101 Ia 521 (526), *Provenda SA*; *Appellationshof* BE, décision non publiée du 4 décembre 1995; BUCHER, *Le nouvel arbitrage international*, N° 455; SIEHR, *IPRG-Kommentar*, N° 23 ad art. 194; PATOCCHI/JERMINI, *IPR Kommentar SPR*, N° 129 ad art. 194; SATMER, p. 74-76; Elliot GEISINGER/Marc-André RENOLD, p. 97.

⁶⁴⁹ SCHWEIZER, *RSDIE* 1991, p. 351 (note à l'ATF 116 II 373).

ouvre le recours lorsque le tribunal a été irrégulièrement désigné ou composé, la lit. *d* lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'ont pas été respectés. *BUCHER* était d'avis que l'ouverture à recours de l'art. 190 al. 2 lit. *e* LDIP était limitée aux griefs touchant au droit matériel⁶⁵⁰. Pour la doctrine majoritaire toutefois, la violation de l'ordre public procédural pouvait être invoquée dans le cadre de ce recours⁶⁵¹. Dans un arrêt du 30 décembre 1994⁶⁵², le Tribunal fédéral a mis un terme à la discussion: selon lui, si des règles de procédure sortant du cadre fixé par l'art. 190 al. 2 lit. *a* à *d* LDIP sont transgressées, la sentence peut être annulée dans la mesure où cette violation a pour effet d'entraîner une violation de l'ordre public. Le Tribunal fédéral s'empressait d'ajouter que l'ordre public procédural ne constituait « *qu'une simple clause de réserve, à savoir qu'il a uniquement une fonction protectrice et ne déploie aucun effet normatif.* » Il précisait enfin que le législateur n'avait pas voulu que ce principe soit interprété de manière extensive et qu'on puisse en déduire « *un code de procédure arbitrale auquel serait soumise la procédure choisie librement par les parties* »; il relevait en outre que l'ordre public procédural ne saurait en tout cas être heurté si la solution adoptée par la sentence était conforme à une règle de procédure en vigueur en Suisse.

242. *Exclusion du recours et ordre public (art. 190 al. 2 LDIP)*. Lorsque les liens avec la Suisse sont ténus, la loi offre aux parties une faculté fort singulière: à condition qu'elles n'aient ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent exclure tout recours ou exclure le recours pour l'un ou l'autre des motifs de l'art. 190 al. 2 LDIP (art. 192 al. 1 LDIP)⁶⁵³. Si les parties ont exclu tout recours, aucune autorité de recours suisse n'interviendra pour sanctionner une violation de l'ordre public. En revanche, si la sentence doit être exécutée à l'étranger, l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance pourrait intervenir. Si la sentence doit être exécutée en Suisse, la Convention de New York de 1958 s'appliquera par analogie (art. 192 al. 2 LDIP); le juge pourra refuser l'exécution de la sentence au nom de l'ordre public réservé par ce texte (art. V al. 2 lit. *b*)⁶⁵⁴. Dans cette hypothèse,

⁶⁵⁰ *BUCHER*, Le nouvel arbitrage, N° 359.

⁶⁵¹ *LALIVE/POUDRET/REYMOND*, p. 430; *HEINI*, IPRG Kommentar, N° 38 ad art. 190; *WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN*, p. 224 ss; *DUTOIT*, Commentaire, N° 8 ad art. 190; *BERTI/SCHNYDER*, IPR Kommentar SPR, N° 77 ad art. 190; *VISCHER*, IPRG Kommentar, N° 14 ad art. 182.

⁶⁵² TF, 30 décembre 1994, *F. et U.*, Bull. ASA 1995, p. 217, RSDIE 1996, p. 545 (note *SCHWEIZER*); voir déjà ATF 117 II 346, *U.*, RSDIE 1993, p. 196 (note *KNOEPFLER*).

⁶⁵³ Voir surtout *Valentine GÉTAZ KUNZ*, Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, th. Berne 1993, Berne 1993; *JERMINI*, p. 363 ss; *SATMER*, p. 36-40; ATF 115 II 390, *K. SA*, RSDIE 1991, p. 337 (note *SCHWEIZER*); ATF 116 II 639, *S.*, RSDIE 1991, p. 365 (note *SCHWEIZER*).

⁶⁵⁴ *PATOCCHI/JERMINI*, IPR Kommentar SPR, N° 46 ad art. 192; *JERMINI*, N° 792.

l'intervention de l'ordre public sera tout à fait exceptionnelle, en raison de la théorie des liens avec le for: en effet, il est nécessaire, pour que la renonciation au recours soit possible, que les liens avec le for soient particulièrement lâches; au stade de l'exécution de la sentence en Suisse, seules les atteintes sévères à l'ordre public suisse seront sanctionnées. Dans cette hypothèse, les voies de recours seront en premier lieu celles mises à disposition par le droit cantonal de procédure⁶⁵⁵. Sur le plan fédéral, le Tribunal fédéral est d'avis, nous l'avons vu⁶⁵⁶, que seul le recours de droit public est ouvert contre les décisions cantonales rendues dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution. Il doit en aller de même pour les décisions cantonales rendues en application de l'art. 192 al. 2 LDIP. En revanche, dans ce contexte particulier, le Tribunal fédéral examine l'application qu'ont faite les autorités cantonales de la Convention de New York sous l'angle étroit de l'arbitraire, ce texte étant appliqué par analogie en qualité de droit fédéral⁶⁵⁷.

243. *Limitation du recours et ordre public.* Si les parties ont simplement exclu le motif de recours fondé sur l'ordre public, le recours pourra porter sur les autres ouvertures visées à l'art. 190 al. 2 LDIP. L'autorité de recours ne contrôlera pas la sentence à l'aune de l'ordre public de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP, dont la nature sera examinée dans un chapitre suivant⁶⁵⁸. Faut-il déduire de l'énoncé de l'art. 192 al. 2 LDIP, qui ne semble viser que le cas dans lequel les parties ont exclu tout recours contre la sentence et qui ne prévoit pas l'application de la Convention de New York en cas d'exclusion partielle, que la sentence sera exécutoire en Suisse en dépit d'une éventuelle contrariété à l'ordre public, lorsque les parties ont simplement exclu ce motif de recours? Cette solution serait choquante, puisqu'elle conduirait à ce qu'une sentence contraire à notre ordre public doive être exécutée en Suisse. W. J. HABSCHEID propose que la sentence contraire à l'ordre public ne pouvant être attaquée auprès du Tribunal fédéral en raison de la renonciation soit considérée comme nulle lorsqu'un intérêt public prépondérant est heurté; les parties pourraient ouvrir une action en constatation de nullité⁶⁵⁹. G. WALTER/W. BOSCH/J. BRÖNNIMANN estiment, *contra legem*⁶⁶⁰, que c'est la renonciation au motif

⁶⁵⁵ PATOCCHI/JERMINI, IPR Kommentar SPR, N° 48 ad art. 192.

⁶⁵⁶ *Supra*, N° 238.

⁶⁵⁷ PATOCCHI/JERMINI, IPR Kommentar, N° 33 et 52 ad art. 192; *contra*: DUTOIT, N° 5 ad art. 192 qui estime que le recours de droit administratif est ouvert.

⁶⁵⁸ *Infra*, N° 291-298.

⁶⁵⁹ Walter J. HABSCHEID, p. 586-587 et *idem*, Rechtsstaatliche Aspekte des internationalen Schiedsverfahrens mit Rechtsmittelsverzicht nach dem IPR-Gesetz, Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte (édit.), Soleure 1988, p. 14, commenté par GÉTAZ KUNZ, *op. cit.* (note 653), p. 139-141.

⁶⁶⁰ Voir l'opinion de JERMINI, N° 765.

fondé sur la violation de l'ordre public qui ne serait pas valable, de sorte que la sentence pourrait être attaquée auprès du Tribunal fédéral⁶⁶¹. La doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, propose de combler une lacune en appliquant par analogie l'art. V de la Convention de New York, dans la mesure où les motifs prévus par cette disposition correspondent aux motifs de recours exclus par les parties⁶⁶². Ainsi, si le motif de recours fondé sur l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP a fait l'objet d'une renonciation, le juge appelé à statuer sur la reconnaissance de la sentence en Suisse pourrait examiner sa compatibilité à l'ordre public sur la base de l'art. V al. 2 lit. b de la Convention de New York. Cette proposition nous paraît sauvegarder l'essentiel du texte légal tout en protégeant l'ordre juridique suisse contre les effets de sentences contraires à l'ordre public suisse. A nouveau, seul le recours de droit public est ouvert.

244. *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger.* Lorsque le juge suisse se prononce sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, il examinera si la sentence étrangère risque de déployer des effets incompatibles avec l'ordre public suisse. En droit international privé suisse, l'art. 194 LDIP universalise la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger. La Suisse a retiré en 1993⁶⁶³ la réserve fondée sur l'art. I ch. 3 de la Convention, de sorte que ce texte continue à s'appliquer, mais dorénavant en vertu du droit international public, à la reconnaissance de toute sentence étrangère, même rendue dans un Etat qui n'y est pas partie. L'art. V ch. 2 lit. b de cette convention permet à l'autorité compétente de refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* s'ils sont « *contraires à l'ordre public de ce pays* ». Les décisions cantonales rendues en application de la Convention de New York peuvent faire l'objet, après épuisement des voies de recours cantonales (art. 86 OJ), d'un recours de droit public pour violation des traités internationaux (art. 84 al. 1 lit. c OJ); le Tribunal fédéral jouit alors d'un plein pouvoir de cognition⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, p. 259-260 (cf. GÉTAZ KUNZ, *op. cit.* [note 653], p. 141-142).

⁶⁶² BUCHER, *Le nouvel arbitrage international*, N° 402; LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 452; SIEHR, *IPRG Kommentar*, N° 32 ad art. 192; SATMER, p. 40; GÉTAZ KUNZ, *op. cit.* (note 653), p. 137 *if.* et 141 *if.* (avec p. 136 ss l'exposé des opinions doctrinales); DUTOIT, *Commentaire*, N° 6 ad art. 192; PATOCCHI/JERMINI, *IPR Kommentar* SPR, N° 35 ad art. 192; JERMINI, N° 778.

⁶⁶³ La réserve a été retirée avec effet au 23 avril 1993 (RO 1993, p. 2439; voir l'arrêté fédéral du 17 décembre 1992, RO 1992, p. 2434 et le Message du Conseil fédéral du 19 février 1992, FF 1992 II 1174); voir SATMER, p. 11.

⁶⁶⁴ DUTOIT, *Commentaire*, N° 5 ad art. 194; LALIVE/POUDRET/REYMOND, N° 4 ad art. 194; BUCHER, *Le nouvel arbitrage international*, N° 424; PATOCCHI/JERMINI, *IPR Kommentar*, N° 141 ad art. 194.

e) Art. 32 LDIP et voies de recours

245. *Principe. Recours cantonal.* Aux termes de l'art. 20 OEC, les décisions de l'autorité cantonale de surveillance peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (art. 97 et 98 lit. g OJ). Depuis le 15 février 1997⁶⁶⁵, les décisions de l'autorité cantonale de surveillance doivent pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'une instance cantonale qui soit judiciaire et non administrative⁶⁶⁶; c'est dire que dorénavant, et en dépit de la lettre de l'art. 20 OEC, le recours au Tribunal fédéral n'est recevable que contre la décision de la dernière instance cantonale judiciaire⁶⁶⁷.

246. *Suite.* Les cantons fixent la compétence des autorités judiciaires qu'ils instituent en vertu de l'art. 98a OJ. Ils en règlent l'organisation et la procédure, sous réserve des exigences du droit fédéral (art. 98a al. 2 OJ). C'est donc le droit cantonal qui indiquera auprès de quelle autorité⁶⁶⁸, dans quel délai⁶⁶⁹ et en quelle forme (nombre d'exemplaires, langue, contenu) le recours devra être interjeté. S'agissant de la qualité pour recourir et des motifs de recours, le droit fédéral exige qu'ils soient admis de façon aussi large qu'en matière de recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (art. 98a OJ). Les cantons doivent dès lors respecter les exigences minimales des art. 103 et 104 OJ. Le recourant pourra invoquer la violation du droit fédéral (art. 104 lit. a OJ), en particulier des art. 25 à 27 LDIP, d'autres dispositions de la LDIP (p. ex. art. 45 al. 2 LDIP), de dispositions de l'OEC et des conventions internationales (règles sur la compétence), ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 104 lit. b OJ).

247. *Recours de droit administratif au Tribunal fédéral.* Le recours de droit

⁶⁶⁵ Il s'agit de la date d'échéance du délai de cinq ans prévu par le ch. 1^{er} al. 1^{er} des dispositions transitoires de la LF du 4 octobre 1991 révisant l'OJ, délai durant lequel les cantons devaient adapter leur droit aux exigences de l'art. 98a OJ.

⁶⁶⁶ Voir également Circulaire du 22 mai 1997 de l'Office fédéral de l'état civil aux Autorités cantonales de surveillance de l'état civil.

⁶⁶⁷ Verwaltungsgericht ZH, 26 août 1998, REC 1999, p. 41: « *Nach der Lehre steht trotz des Wortlauts von Art. 20 ZStV in Kantonen, wo die Aufsichtsbehörde nicht die letzte Instanz darstellt, der Beschwerdeweg ans Bundesgericht gemäss Art. 98g OG erst offen, wenn die letzte kantonale Instanz entschieden hat, welche ab 15. Februar 1997 ein Gericht sein muss (...). Mit andern Worten mischt sich das Bundesrecht zumindest seit 15. Februar 1997 nicht in die Frage ein, auf welchem Weg es zu einem letztinstanzlichen kantonalen Entscheid kommt, der der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegt. Gegenteils überlässt das Art. 98a Abs. 2 OG den Kantonen* ».

⁶⁶⁸ Pour Neuchâtel, voir l'art. 30 LPJA.

⁶⁶⁹ Pour Neuchâtel, voir l'art. 34 LPJA.

administratif (art. 97 ss OJ) auprès du Tribunal fédéral est recevable contre la décision judiciaire supérieure cantonale⁶⁷⁰. Le recours est recevable pour violation du droit fédéral y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 104 lit. a OJ) ou en raison de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 104 lit. b OJ); le recours portant sur la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 105 al. 2 OJ). Le Tribunal fédéral examinera avec un plein pouvoir de cognition l'application de l'art. 27 LDIP par l'autorité intimée. Dans le cadre du recours de droit administratif, le recourant peut en outre se prévaloir de la violation de ses droits constitutionnels⁶⁷¹, de sorte qu'il n'y a pas lieu de saisir le Tribunal fédéral d'un double recours. S'il admet le recours, le Tribunal fédéral peut, statuant au fond, ordonner la transcription dans les registres⁶⁷², renvoyer la cause à l'autorité intimée (l'autorité judiciaire ayant rendu la décision sur recours) ou renvoyer la cause à l'autorité de surveillance (art. 114 al. 2 OJ).

f) Conclusion

248. *Conclusion.* L'application uniforme de l'art. 17 LDIP dans les litiges civils paraît raisonnablement garantie par l'ouverture du recours en réforme et en nullité, à condition de suivre l'interprétation proposée lorsqu'une application erronée du droit étranger entraîne une violation de l'art. 17 LDIP. En revanche, l'ouverture du seul recours de droit public à l'encontre de décisions portant sur la reconnaissance et l'exécution (art. 27 LDIP) ne nous semble pas judicieuse; en premier lieu, elle ne garantit pas l'application uniforme du droit fédéral de la reconnaissance et de l'exécution, lorsqu'aucune convention internationale ne s'applique. Même si nous ne croyons pas avoir observé ce phénomène à la lecture de la jurisprudence cantonale dont nous avons connaissance, l'on peut craindre qu'une conception cantonale de l'effet indirect soit développée ici ou là. Cette dérive serait d'autant moins admissible que les décisions cantonales sur la reconnaissance déploient des effets sur l'ensemble du territoire helvétique. En outre, l'importance pour les individus des décisions de

⁶⁷⁰ En effet, les règles sur la tenue des registres font partie du droit administratif fédéral, cf. TF, 27 août 1991, REC 1991, p. 407 (408) (considérant non publié au recueil officiel de l'ATF 117 II 340) ainsi que les arrêts non publiés des 12 novembre 1990 et 19 avril 1971, cités p. 408.

⁶⁷¹ Voir p. ex. les ATF 120 Ib 287 (298), *Chemins de fer fédéraux suisses*; en matière de transcription à l'état civil, voir ATF 117 II 340 (346), *E. et A. F.-M.*; voir René RHINOW/Heinrich KOLLER/Christina KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, N° 1518.

⁶⁷² Voir p. ex. ATF 120 II 87 (92), *Epoux X.*

reconnaissance dans le domaine de l'état des personnes et des relations de famille justifierait qu'un contrôle plus pointu puisse être effectué. Enfin, cette jurisprudence du Tribunal fédéral implique un risque important de décisions contradictoires en matière d'état civil: il est parfaitement possible que le Tribunal fédéral, parce qu'il n'examine l'application des art. 25 ss LDIP que sous l'angle étroit de l'arbitraire⁶⁷³, ne censure pas la décision d'une autorité de reconnaissance ordinaire statuant, à titre principal, sur la reconnaissance d'un acte étranger de l'état civil, alors que précédemment, mais statuant cette fois avec la pleine cognition que lui confère le recours de droit administratif, il avait cassé la décision de l'autorité cantonale de surveillance ordonnant la transcription de l'acte. Il nous semble paradoxal de contrôler avec un plein pouvoir l'application de l'art. 27 LDIP en matière de transcription, alors que l'incidence d'une telle décision, limitée au registre dans lequel la transcription est opérée, est bien moins importante qu'une décision prononçant ou refusant la reconnaissance. Il serait judicieux que ce problème soit résolu à l'occasion de la prochaine révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Quelle que soit la technique utilisée, il nous paraît indispensable que le Tribunal fédéral puisse examiner avec un plein pouvoir d'examen l'application du droit fédéral en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. L'avant-projet de loi sur le Tribunal fédéral mis en consultation à l'automne 1997 permettrait de résoudre cette question; ce texte prévoit que le recours en matière civile (art. 70 AP) serait recevable contre les décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil, soit notamment les décisions sur l'exécution en matière civile (art. 70 al. 2 lit. a) et sur la tenue des registres (art. 70 al. 2 lit. b), en particulier ceux de l'état civil.

4. *L'interprétation restrictive de la réserve d'ordre public*

249. *Le principe. La jurisprudence.* Un recours trop généreux à la réserve d'ordre public pourrait contribuer à vider de leur substance les règles de conflit, à l'encontre de la volonté du législateur. Il serait vain de prévoir un système complexe de règles de conflit si l'interprète avait toute liberté d'écarter la *lex causae* en invoquant n'importe quel principe du droit du for lorsqu'il ne souhaite pas appliquer un droit étranger qu'il connaît mal. La réserve permet au juge de défendre certains principes fondamentaux du for contre des atteintes potentielles de la loi étrangère. L'ordre public est un outil à géométrie variable qui implique une large part d'appréciation; si la jurisprudence n'y fixait certaines limites, d'aucuns pourraient être tentés par l'utilisation de cette notion

⁶⁷³ Le problème ne se pose pas lorsque le Tribunal fédéral est saisi d'un recours de droit public pour violation d'un traité international (art. 84 al. 1 lit. c OJ), puisqu'il dispose alors d'une pleine cognition; cf. sur cette question SCYBOZ/BRACONI, p. 218-219; SCHÜPBACH, *op. cit.* (note 612), p. 42-43 et *supra*, N° 239.

fuyante, mais séduisante par la facilité apparente de son maniement, à d'autres fins que la défense des valeurs du for, cédant à une pente pour ainsi dire naturelle, qui les conduirait au confort relatif de la *lex fori*. L'impératif de sécurité juridique dicte une application mesurée du large pouvoir d'appréciation que la réserve offre à l'interprète. Il est souvent très difficile, voire impossible, de pronostiquer l'intervention éventuelle de la réserve, tant qu'une autorité n'a pas statué définitivement. Interprétée de façon restrictive, la réserve d'ordre public ne s'opposera qu'aux résultats de l'application de la *lex causae* qui sont en profonde contradiction avec les valeurs essentielles de notre société, valeurs que les parties ne peuvent prétendre méconnaître. Il serait injuste que les attentes que nourrissent les parties quant à l'application du droit désigné par la règle de conflit du for ou à la reconnaissance d'un jugement soient déçues par l'intervention imprévisible d'un principe du for ne présentant qu'une parenté douteuse avec l'ordre public. En affirmant que « la réserve d'ordre public, en tant que clause d'exception (sic)⁶⁷⁴, doit être interprétée de manière restrictive »⁶⁷⁵ et en soulignant que la réserve permet d'évincer l'application d'un droit étranger qui heurterait de manière « insupportable »⁶⁷⁶ ou « intolérable »⁶⁷⁷ le sentiment du droit, la jurisprudence du Tribunal fédéral vise à contenir le jeu de l'exception d'ordre public dans des limites raisonnables.

250. *Les termes utilisés par la loi.* Le projet de 1978 limitait l'intervention de la réserve aux cas dans lesquels le résultat auquel conduisait l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance du jugement étranger était « *manifestement contraire(s) à l'ordre public suisse.* » (art. 25 al. 1 lit. a AP; cf. art. 17 al. 1 AP); la formulation proposée par les experts se donnait pour but d'insister sur l'interprétation restrictive de cette clause exceptionnelle⁶⁷⁸. Le Conseil fédéral reprit ce texte dans son projet⁶⁷⁹. Les Chambres décidèrent de supprimer l'adverbe « *manifestement* » pour l'application de la loi étrangère et de le maintenir pour la reconnaissance et l'exécution, afin de souligner l'importance de la théorie de l'effet atténué; la nécessité d'une interprétation mesurée de la réserve n'en fut pas moins réaffirmée.

251. *La doctrine.* L'ensemble de la doctrine souligne la nécessité de ne faire

⁶⁷⁴ Sur la distinction entre réserve d'ordre public et clause d'exception, voir *supra*, N° 74-84.

⁶⁷⁵ ATF 116 II 625 (630), *Société R.* Dans la jurisprudence cantonale, voir notamment Cour de cassation civile NE, arrêt non publié du 8 janvier 1997: « (...) l'art. 27 al. 1 LDIP constituant une clause d'exception qui doit être appliquée de façon restrictive ».

⁶⁷⁶ ATF 117 II 494 (501), *C. Inc.*

⁶⁷⁷ Voir p. ex. ATF 102 Ia 574 (581), *Société des grands travaux de Marseille.*

⁶⁷⁸ Projet LDIP, p. 260.

⁶⁷⁹ Art. 16 et 25 P; le Message, ch. 214.52, utilise les termes « *d'interprétation stricte et mesurée* ».

intervenir la réserve que lorsque cette intervention est absolument nécessaire à la défense des valeurs du for. Elle le faisait sous l'ancien droit déjà⁶⁸⁰ et le répète sous l'empire du nouveau⁶⁸¹.

252. *Appréciation. Vertus pédagogiques.* Le principe de l'interprétation restrictive découle de la définition de la réserve. En employant cette expression, le Tribunal fédéral et la doctrine entendent souligner le caractère exceptionnel de la mise en œuvre d'une réserve située dans la partie générale de la loi, par là-même susceptible d'entrer en jeu dans tout domaine du droit, afin d'éviter que celle-ci ne soit utilisée à d'autres fins que celles que le législateur lui a attribuées. L'affirmation du principe a des vertus pédagogiques⁶⁸² et préventives de tout excès; elle tend à éviter que l'exception se transforme en règle, ce qui ruinerait l'équilibre général d'un système de règles de conflit supposant que soit reconnue *a priori* la valeur intrinsèquement équivalente de toutes les lois potentiellement applicables; une règle foncièrement différente de celle du for n'est pas par là-même inconciliable avec l'ordre public du for. Dès lors que la réserve constitue une exception ou une dérogation aux règles de rattachement, elle n'interviendra à l'encontre de la loi normalement applicable que lorsque cette intervention est absolument nécessaire pour éviter que des principes fondamentaux de l'ordre juridique ne soient gravement heurtés. Dans le doute, l'interprète s'abstiendra de faire jouer la réserve; ainsi, entre deux interprétations de la *lex causae* soutenues par la doctrine et la jurisprudence étrangères, le juge donnera la préférence à celle dont les effets, jugés de façon concrète, seront encore compatibles avec l'ordre public du for. Il en va de même en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements et sentences étrangers. Le parallèle ne peut toutefois être tiré rigoureusement, car la situation est un peu différente. Il ne s'agit pas alors d'interpréter le jugement pour lui donner un sens compatible avec l'ordre public, mais d'examiner les effets qu'il déploiera dans l'Etat de la reconnaissance et de ne faire intervenir la réserve que lorsque l'ordre public de cet Etat est gravement heurté. Nous observerons que le caractère restrictif de la réserve prend une signification particulière dans le

⁶⁸⁰ VISCHER/VON PLANTA, p. 22; SCHNITZER, p. 236.

⁶⁸¹ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 17: « *Der ordre public ist ein Ausnahmebehelf, der zurückhaltende Anwendung erfordert* »; KELLER/SIEHR, § 42 III, p. 544-545: « *Vom allgemeinen Vorbehalt des Ordre public ist zurückhaltend Gebrauch machen* »; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 352: « (...) *ne joue qu'exceptionnellement* »; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 17: « *Aussi bien son application, qui doit rester exceptionnelle, est-elle soumise à un certain nombre de conditions restrictives* »; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 17: « (...) *ist von der Vorbehaltsklausel indessen nur zurückhaltender Gebrauch machen* ».

⁶⁸² Cf. les réflexions de GOLDSTEIN, Ordre public, p. 31, pour qui la répétition de l'adverbe « *manifestement* » dans les conventions de droit international privé est censée créer un réflexe internationaliste chez les praticiens.

domaine de l'effet indirect; traditionnellement, la réserve intervient alors moins vigoureusement, en vertu des théories de l'effet atténué et de la *Binnenbeziehung*⁶⁸³.

5. Relativité et actualité de l'ordre public

A. Introduction

253. *Relativité spatiale et temporelle.* Nous avons déjà traité, dans l'aperçu de droit comparé⁶⁸⁴ et dans le survol historique⁶⁸⁵, de la relativité spatiale et temporelle des techniques permettant à un ordre juridique de sauvegarder ses valeurs essentielles dans les relations civiles internationales. Nous traiterons plus loin⁶⁸⁶ de la relativité de la réserve en fonction de l'intensité des liens que la cause entretient avec l'ordre juridique concerné (Etat du for ou de la reconnaissance). Dans les lignes qui suivent, nous nous proposons d'évoquer la relativité dans le temps et l'espace des valeurs fondamentales dont la réserve assure la sauvegarde. Les principes d'ordre public ne peuvent se définir que relativement à un espace et à un temps donné. Il n'y a pas un ordre public, mais des ordres publics qui évoluent dans le temps et qui coexistent dans l'espace.

B. Relativité dans le temps de l'ordre public

254. *Variabilité des valeurs dans le temps.* Les conceptions fondamentales de nature éthique d'une société donnée se modifient au cours du temps. Comme ces valeurs constituent le contenu de l'ordre public, celui-ci évolue continuellement. Ses exigences s'accroissent ou diminuent dans le temps relativement à une matière donnée; suivant les époques, cette évolution marquera une tendance plus libérale ou au contraire plus stricte, avec d'imprévisibles retours de balancier, parfois violents et excessifs, qui se refléteront dans le miroir de l'ordre public. L'évolution des mœurs précède parfois les révisions législatives; le droit positif ne coïncide pas toujours avec les valeurs éthiques fondamentales de la population⁶⁸⁷. La modification de l'ordre public peut être le fruit d'une douce évolution des valeurs, d'un long phénomène progressif et presque imperceptible. En interprétant des textes devenus désuets, la jurisprudence trace fréquemment de nouvelles voies adaptées à l'évolution des valeurs sociales. Il arrive à l'inverse que l'évolution

⁶⁸³ *Infra*, N° 299 ss sur l'effet atténué et N° 328 ss sur la *Binnenbeziehung*.

⁶⁸⁴ *Supra*, N° 44-61.

⁶⁸⁵ *Supra*, N° 16-43.

⁶⁸⁶ *Infra*, N° 328-386.

⁶⁸⁷ Cf. BUCHER, DIP I/2, N° 462: « Alors même que les lois et règles de droit restent inchangées dans leur texte, la perception du caractère essentiel, ou non, de leur contenu, et de leur impact sur l'ordre public, peut évoluer ».

des valeurs soit renforcée par une modification du droit interne, parfois en avance sur les mœurs: du jour au lendemain, une institution dont l'équivalent étranger était fréquemment jugé contraire à l'ordre public et qui heurte encore les sensibilités est introduite en droit interne, ou une institution, jusqu'alors largement reconnue lorsqu'elle était importée, est abrogée en droit interne au nom de l'évolution des valeurs. Les continuels avancées de la science (il suffit de songer aux opérations des transsexuels, à la procréation médicalement assistée, à la maternité de substitution, aux progrès de la génétique, aux problèmes posés par les banques de données électroniques ou les réseaux mondiaux de communication informatique, au clonage, etc.) entraînent l'adaptation des valeurs ou la formation de nouveaux principes fondamentaux. A l'instar de la modification des règles internes, l'adoption de conventions internationales, en particulier les instruments de défense des droits de l'homme, peut transformer la substance de l'ordre public. Enfin, l'augmentation des échanges d'une société avec d'autres peut contribuer à modifier ses conceptions à l'égard d'institutions auxquelles elle n'avait jusqu'alors guère été confrontée⁶⁸⁸. L'augmentation de ces échanges se produit parfois brusquement, à la suite d'une guerre, d'une révolution ou d'une alternance politique.

255. *Illustration.* Pour le XX^e siècle, on peut citer divers exemples d'une lente évolution des conceptions éthiques: l'émancipation des femmes, la révolution sexuelle des années septante, l'extension du concubinage en Suisse et dans le monde⁶⁸⁹, la décriminalisation des « amours juvéniles » (art. 187 ch. 2 CPS)⁶⁹⁰ ou l'émergence d'une large tolérance sociale à l'égard de l'homosexualité. Le processus de décolonisation, la révolution iranienne de 1979 ou la chute du communisme dans les pays d'Europe de l'Est à la fin des années quatre-vingt illustrent bien le phénomène inverse de la rupture brusque des valeurs fondamentales d'une société.

256. *Les valeurs de la société du for sont déterminantes.* Les valeurs sur lesquelles doit se fonder l'interprète pour faire intervenir la réserve doivent être celles que partage la grande majorité des individus qui constituent la société

⁶⁸⁸ GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 76.

⁶⁸⁹ Voir p. ex. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (édit.), *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, Paris 1989 et *idem*, *Des concubinages dans le monde*, Paris 1990. Sur l'abrogation des dispositions pénales cantonales fondées sur l'art. 335 CP (et dont le TF avait admis la validité, à condition que le concubinage troublât l'ordre public, ATF 71 IV 46, *Zemp et Saxer*; 71 IV 52, *Christen et Wüsch*), voir DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N° 1014. L'art. 8 al. 2 Cst. féd. (1999) ferait sans doute obstacle à l'application de telles dispositions.

⁶⁹⁰ Voir Stefan TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2^e éd., Zurich 1997, N° 2 vor art. 7; Message du Conseil fédéral du 26 juin 1985, FF 1985 II 1021 (1079); Marc FORSTER, *Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel*, RDS 1995 II, p. 1-178 (96 ss; 152).

concernée, comprenant tous ses habitants et non pas seulement ses ressortissants. Ce ne sont pas les convictions et la sensibilité personnelles du juge qui importent, mais celles de la société sur laquelle celui-ci exerce son pouvoir juridictionnel. Le juge a pour mission - et nous soulignerons plus loin⁶⁹¹ le risque de dérive qu'implique cette tâche délicate - de décider si l'ordre social du for risque d'être heurté par l'application d'un droit étranger ou par la reconnaissance d'un acte étranger. L'on n'attend pas du juge qu'il mette en œuvre une expertise censée lui donner un état de l'opinion de la population quant à une valeur donnée, puisque, en sa qualité de garant des valeurs fondamentales de la société, il est habilité à trancher lui-même la délicate question de savoir si un principe éthique essentiel est menacé au point que la réserve doit intervenir. Pour former sa décision, il peut s'appuyer sur les travaux de sociologues et, avec une extrême prudence, sur des sondages d'opinion. Le juge peut prendre en compte les buts poursuivis par une récente révision du droit interne, voire par un projet en voie d'adoption, pour autant que celui-ci reflète des valeurs sociales actuelles; en revanche, il ne devrait pas s'inspirer de la *ratio legis* de textes qui ne sont plus en harmonie avec la société du for.

257. *Illustration de la relativité dans le temps. En France.* Quelques exemples permettront d'illustrer la variation dans le temps de l'ordre public d'un Etat donné. La loi française du 16 novembre 1912 autorisant dans certains cas la recherche en justice de la paternité naturelle conduisit la jurisprudence à admettre que le principe même de cette recherche consacré par une loi étrangère n'était plus contraire à l'ordre public, dans la mesure où les motifs d'ouverture de l'action n'excédaient pas ceux de la loi française⁶⁹². La prohibition de la reconnaissance et de l'établissement judiciaire de la filiation adultérine étant maintenue en droit interne, elle restait d'ordre public en droit international privé. En 1955, le législateur français introduisit pour l'enfant adultérin la possibilité d'intenter une action alimentaire, ce qui conduisit la jurisprudence, en droit international privé, à manifester davantage de tolérance à l'égard de l'action de l'enfant⁶⁹³. L'ordre public ne fit pas obstacle à l'action intentée par un enfant allemand contre son père naturel français, quand bien même elle n'était pas soumise à des délais aussi brefs que ceux du droit français⁶⁹⁴. Enfin, la loi du 3 janvier 1972 admit la possibilité d'établir une filiation adultérine; parce qu'elle n'était plus prohibée en droit interne, une législation étrangère la

⁶⁹¹ *Infra*, N° 270 ss.

⁶⁹² Voir LOUSSOUARN/BOUREL, N° 253 et les arrêts cités en note 4 (notamment Cass. fr., 26 mars 1935, JDI 1936, p. 399).

⁶⁹³ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254-1.

⁶⁹⁴ Cass. fr., 10 février 1960, RCDIP 1961, p. 341, *Muller*; Cass. fr., 10 mai 1960, RCDIP 1960, p. 205, *Imbach* (pour la jurisprudence antérieure, voir notamment Cass. fr., 30 novembre 1938, RCDIP 1939, p. 283, *Marchal*).

prévoyant plus largement n'était plus contraire à l'ordre public français⁶⁹⁵. On constate, au gré des révisions législatives, un véritable revirement de la notion française d'ordre public, à telle enseigne que le Tribunal de grande instance de Paris a pu juger qu'une disposition légale étrangère déniait à un enfant, au motif qu'il était né hors mariage, tout droit à établir sa filiation, était « *fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l'enfant, et, comme telle, heurt[ait] l'ordre public français* »⁶⁹⁶. Après avoir, dans un premier temps, réservé l'intervention de l'ordre public français à la seule action alimentaire⁶⁹⁷, la Cour de cassation affirma que les lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation naturelle n'étaient en principe pas contraires à l'ordre public, à moins qu'elles n'aient pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, auquel cas l'ordre public français devait intervenir⁶⁹⁸. On pourrait tracer un exemple similaire avec l'influence que l'introduction du divorce par consentement mutuel, en 1975, exerça sur la reconnaissance en France des répudiations prononcées à l'étranger⁶⁹⁹.

258. *En Italie.* En Italie, on peut citer la jurisprudence relative à la reconnaissance des divorces prononcés à l'étranger, qui s'est assouplie sous l'influence de la loi du 1^{er} décembre 1970⁷⁰⁰ et de l'entrée en vigueur pour l'Italie, en 1986, de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces, libéralisation qui devait mener à la reconnaissance de divorces étrangers par consentement mutuel⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ Voir CA Paris, 8 mars 1983, RCDIP 1984, p. 290, *Mlle M.*, pour la loi californienne.

⁶⁹⁶ TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83, *Mlle B.*, au sujet de la loi algérienne.

⁶⁹⁷ Cass. fr., 3 novembre 1988, RCDIP 1989, p. 495, A.: « *Les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* ».

⁶⁹⁸ Cass. fr., 10 février 1993, RCDIP 1993, p. 620, *M.L.* Sur cet arrêt, voir *infra*, N° 358 et N° 830.

⁶⁹⁹ DÉPREZ, RCADI, p. 167-168.

⁷⁰⁰ Comparer Cass. it., 17 mai 1952, Foro it. 1952 I 1188, RDI 1953, p. 467 et extrait RCDIP 1971, p. 192, d'une part, et CA Venise, 15 juin 1972, RDI 1974, p. 330, d'autre part. Voir à ce sujet, Edoardo VITTA, Corso di diritto internazionale privato e processuale, 2^e éd., Turin 1983, p. 225; BALLARINO, DIP, p. 432 ss et la jurisprudence citée par CAPORTORTI *et alii*, La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, Milan 1991, p. 888 ss.

⁷⁰¹ Voir BALLARINO, p. 435, citant Cass. it., 10 novembre 1989, RDIPP 1990, p. 997 et Cass. it., 19 avril 1991, RDIPP 1992, p. 382. La jurisprudence allemande fournit également des illustrations de la relativité de l'ordre public: RG, 25 juin 1926, RGZ 114, p. 171: « (...) steht also im Widerspruch mit der heutigen deutschen Rechtsauffassung », cité par KEGEL, p. 381 (*exequatur* d'un jugement danois condamnant un créancier hypothécaire à accepter un paiement en valeur nominale, sans tenir compte de la dévaluation, alors que le principe *Mark*

259. *En Suisse.* En Suisse, A. BUCHER cite quelques affaires illustrant la relativité des conceptions du for. Il s'agit d'exemples dans lesquels l'évolution des valeurs a affecté la qualité de loi d'application nécessaire d'une règle matérielle du for. Certains tribunaux affirmèrent que l'interdiction de reconnaître un enfant adultérin (art. 304 aCC) ne faisait plus partie de l'ordre public suisse, avant l'abrogation de cette règle par la loi fédérale du 25 juin 1976, anticipant ainsi les effets que la future législation devait déployer dans le cadre interne⁷⁰². En 1962, dans un arrêt *Dame Galtier*, le Tribunal fédéral examinait si l'ancien art. 177 al. 3 CC, prévoyant l'autorisation de l'autorité tutélaire pour les actes d'intercession de l'épouse, était d'ordre public international; pour décider que cela n'était pas le cas, le Tribunal fédéral a notamment tenu compte du fait que ce texte n'était que « *peu en rapport avec le rôle que la femme joue de plus en plus dans son ménage et dans la société* »⁷⁰³.

C. Actualité de l'ordre public

a) Le principe

260. *Le principe de l'actualité de l'ordre public.* La variabilité dans le temps de l'ordre public nous amène à la question de la détermination du moment auquel il faut se placer pour en apprécier le contenu. Lorsque le contenu de la réserve a varié entre la naissance du litige et le procès, faut-il que le juge statue selon l'ordre public tel qu'il existait au moment où est survenu le litige ou à l'instant où il statue? La jurisprudence et la doctrine⁷⁰⁴ sont unanimes à affirmer que

gleich Mark avait valu longtemps en Allemagne); voir également l'exemple cité par BUCHER, DIP I/2, N° 464, au sujet de l'exception de jeu du § 764 BGB (BGH, 20 décembre 1971, BGHZ 58, p. 1 et BGH, 26 février 1991, IPRax 1992, p. 380). Cf. enfin FRANKENSTEIN, t. I, p. 222: le divorce par consentement mutuel connu de l'ALR prussien fut jugé contraire à l'ordre public allemand dès l'entrée en vigueur du BGB.

⁷⁰² BUCHER, DIP I/2, N° 462 et DIP II, N° 642: *I. Camera civile* TI, 29 août 1975, Rep. 1976, p. 184; Division de la justice, 20 mai 1974, JAAC 1975, N° 54, p. 34.

⁷⁰³ ATF 88 II 1 (5), *Dame Galtier*.

⁷⁰⁴ Il faut en premier lieu signaler l'importante contribution de ANGULO RODRIGUEZ, Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international, RCOIP 1972, p. 369-399. Pour la France, voir AUDIT, N° 310; BARTIN, Principes, I, § 96; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 364; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 594; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254-1; MAYER, N° 204; NIBOYET, t. III, N° 1030 ss; PILLET, Principes, N° 201. Pour l'Allemagne, voir FRANKENSTEIN, t. I, p. 222 ss; KEGEL, § 16 VII, p. 381; FIRSCHING, p. 74-75; KROPHOLLER, § 36 II, p. 224; SONNENBERGER, München. Komment., N° 56 ad art. 6 et les réf.; VON BAR, IPR I, § 7, N° 639. Pour la Suisse: BUCHER, DIP I/2, N° 458 ss; DIP I/1, N° 688; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 358; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 17. Pour l'Italie, voir BALLARINO, DIP, p. 291. Pour le Canada, voir GOLDSTEIN, Ordre public, p. 76.

c'est la conception de l'ordre public que le juge se fait au moment où il statue qui doit prévaloir. On ne comprendrait pas que le juge puisse défendre des conceptions fondamentales déjà abandonnées par son propre droit⁷⁰⁵. Depuis PILLET⁷⁰⁶, on parle du principe de l'actualité de l'ordre public.

261. *Illustration jurisprudentielle en France.* La jurisprudence française fournit de nombreux exemples d'application de ce principe. La Cour d'appel de Paris a estimé qu'elle pouvait reconnaître une adoption russe ne respectant pas les limites d'âge exigées par l'ordre public français de l'époque, dès lors que ces limites avaient été modifiées en France au moment où le juge se prononçait: en effet, c'est au jour où le juge statue qu'il convient d'apprécier si l'adoption dont se prévaut l'adoptée peut produire ses effets en France et si la législation actuelle n'y met pas obstacle⁷⁰⁷. En 1944, la Cour de cassation, affirmait que « la définition de l'ordre public national » dépendait « dans une large mesure de l'opinion qui préva[ilait] à chaque moment en France »⁷⁰⁸. La Cour d'appel de Paris a admis une action alimentaire introduite par un enfant adultérin en application du droit allemand, alors qu'elle avait été déclarée contraire à l'ordre public par le premier juge; en cours d'instance, après le prononcé du premier jugement, la loi dont il a été question ci-dessus avait été adoptée⁷⁰⁹. La Cour de cassation a confirmé l'*exequatur* d'un jugement constatant une paternité adultérine qui était pourtant contraire à l'ordre public au moment où il avait été rendu, mais plus au moment de l'*exequatur*⁷¹⁰.

b) Le fondement du principe et les exceptions

262. *Les thèses de M. de ANGULO RODRIGUEZ.* Les fondements du principe de l'actualité sont très discutés et les auteurs divergent sur la possibilité d'y apporter des exceptions. Certains d'entre eux fondent la règle sur le caractère jurisprudentiel de la notion d'ordre public et la nécessité de son appréciation

⁷⁰⁵ MAURY, p. 122.

⁷⁰⁶ Principes, N° 201.

⁷⁰⁷ CA Paris, 2 janvier 1936, JDI 1936, p. 327, RCDIP 1936, p. 459

⁷⁰⁸ Cass. fr., 22 mars 1944, RCDIP 1946, p. 107 (118). ANGULO RODRIGUEZ, p. 377-378, note que cette affirmation reprend textuellement celle de la CPJI, dans l'affaire des emprunts serbes, CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes*, arrêt 14, Série A, N° 20-21, JDI 1929, p. 977 ss (1006 et 1028).

⁷⁰⁹ CA Paris, 22 février 1957, RCDIP 1958, p. 84, *Zahnd*: la loi du 15 juillet 1955 « (...) a apporté à la conception de l'ordre public au sens du droit international privé jusqu'ici admise en matière de filiation adultérine, une modification fondamentale qui rend admissible la présente action ». Cet arrêt confirme l'opinion de LAGARDE, *Recherches*, p. 191-192, pour les modifications de l'ordre public survenant en cours d'instance.

⁷¹⁰ Cass. fr., 23 novembre 1976, RCDIP 1977, p. 746, *Marret*.

concrète⁷¹¹. M. de ANGULO RODRIGUEZ s'est penché sur cette question de manière très approfondie. Reprenant une proposition de NIBOYET, cet auteur affirme qu'il convient en premier lieu de distinguer selon qu'il s'agit de la création de droits (effet direct) ou de la reconnaissance de droits créés (effet indirect). Dans la seconde hypothèse, la question de l'ordre public ne se poserait qu'au moment où l'on présente la décision à l'*exequatur*; il faudrait dès lors toujours statuer selon les valeurs prévalant à cet instant. L'*exequatur* aurait une concrétisation temporelle propre, puisque c'est à partir d'elle que l'acte développerait des effets dans l'Etat du for⁷¹². La solution serait plus nuancée pour l'effet direct: malgré le principe de l'actualité, il faudrait parfois prendre en considération la conception ancienne de l'ordre public. Si l'ordre public ancien s'opposait à la constitution d'un droit, il ne serait pas possible que la modification postérieure de l'ordre public donne à cet acte une validité dont il serait définitivement privé⁷¹³. M. de ANGULO RODRIGUEZ prend l'exemple d'un pays introduisant la possibilité de célébrer des mariages polygamiques alors que son ancien ordre public privait ceux-ci de toute validité; au stade de la reconnaissance des droits, le juge appliquera l'ordre public nouveau: le mariage célébré à l'étranger entre conjoints polygames n'était pas reconnu sous l'empire de l'ancienne conception de l'ordre public, il le sera sous l'empire de la nouvelle. Imaginons qu'un ressortissant d'un pays admettant la polygamie ait voulu conclure un mariage polygamique dans l'Etat de son domicile sous l'empire de l'ancien ordre public prohibant de telles unions; par hypothèse la règle de conflit de cet Etat soumet les conditions du mariage au droit national commun des fiancés. Dès la modification de l'ordre public, il pourra se marier une seconde fois; en revanche, sa précédente tentative avortée ne déploiera aucun effet, à moins que le droit transitoire prévoie une solution particulière. En résumé la diminution des exigences de l'ordre public ne déploierait aucun effet guérisseur des situations invalides antérieures. A nos yeux, cette observation n'a rien de surprenant; cela découle de la nature purement défensive de la réserve.

263. *L'opinion de P. MAYER*. P. MAYER propose de s'inspirer des dispositions transitoires internes et de les appliquer par analogie au conflit dans le temps de la notion d'ordre public: si le droit transitoire interne prévoit que les situations nulles sous l'empire de l'ancienne loi sont validées par la nouvelle, il faudrait raisonner par analogie et dire que l'ordre public nouveau valide également les situations qui étaient nulles sous l'empire de l'ancienne conception de l'ordre

⁷¹¹ LAGARDE, *Recherches*, p. 190; Paul ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, RCDIP 1931, p. 38 ss, 85-86.

⁷¹² Très clair: Trib. de la Seine, 23 décembre 1924, JDI 1926, p. 79: prononcé de l'*exequatur* d'une décision argentine en matière de recherche de paternité rendue avant l'admission en France de ce type d'action.

⁷¹³ ANGULO RODRIGUEZ, p. 382, FRANCESKAKIS, *Répertoire*, V° Ordre public, N° 71.

public⁷¹⁴. Dans le cas inverse d'un élargissement du domaine de l'ordre public, cet auteur propose également de consulter les mesures transitoires internes. Si la loi interne admet le maintien des situations créées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il faudrait présumer que seront maintenues les situations créées auparavant conformément à une loi étrangère identique à celle-ci. P. MAYER cite⁷¹⁵ un arrêt de la Cour de cassation italienne, selon lequel la loi fasciste de 1938, prohibant le mariage d'individus de « *race aryenne* » avec des personnes qui n'étaient pas jugées comme telles, n'annulait pas un mariage « *mixte* », soumis à une loi étrangère et célébré avant 1938, bien que la prohibition fût d'ordre public⁷¹⁶. Pour M. de ANGULO RODRIGUEZ, cet arrêt s'explique par la nécessité de maintenir « *la cohérence intrinsèque du système juridique du for, de telle sorte que, si la situation juridique était valable par rapport à l'ancien ordre public, son annulation postérieure par référence à l'ordre public nouveau pourrait impliquer un traitement juridique différent et discriminatoire pour le commerce international par rapport à l'interne* »⁷¹⁷.

264. *Notre conception. 1° Délimitation du sujet.* Nous n'aborderons pas en détail le problème particulier du droit transitoire de l'ordre public positif, soit les règles transitoires applicables aux lois d'application nécessaire; pour ces règles, à défaut de dispositions transitoires expresses, le juge devra déterminer par voie d'interprétation si le législateur entendait qu'elles s'appliquent également à des faits survenus antérieurement⁷¹⁸. Nous ne traiterons pas non plus des clauses spéciales d'ordre public⁷¹⁹, qui sont soumises au droit transitoire des règles de conflit (p. ex. art. 198 LDIP). Nous n'examinerons que les situations dans lesquelles un principe d'ordre public est modifié dans son essence entre la naissance d'un litige ou la création d'un acte étranger et la saisine d'un juge ou d'une autorité suisse examinant la question de l'intervention de la réserve d'ordre public.

265. *2° Il faut s'inspirer du droit transitoire plutôt que l'appliquer.* Le principe de l'actualité de l'ordre public découle du postulat de l'appréciation concrète de l'ordre public. Il serait illogique de défendre, en prétendant qu'elles sont

⁷¹⁴ MAYER, N° 204 citant l'art. 12 de la loi française du 3 janvier 1972 (reconnaissance d'un enfant adultérin validée par la nouvelle loi). MAYER (N° 383, note 39) estime qu'il convient également de nuancer le principe de l'actualité de l'ordre public au stade de l'effet indirect.

⁷¹⁵ MAYER, N° 204.

⁷¹⁶ Cass. it., 19 mai 1943, Foro it. 1943 I 930, confirmant CA Trieste, 17 février 1942, Foro it. 1942 I 290. Voir également OLG *Bayern* cité par ANGULO RODRIGUEZ, p. 387, note 5: divorce par consentement mutuel turc admis, car conforme à l'ancien ordre public prussien, quoique contraire à l'ordre public allemand.

⁷¹⁷ ANGULO RODRIGUEZ, p. 388.

⁷¹⁸ Voir p. ex. ANGULO RODRIGUEZ, p. 391 ss.

⁷¹⁹ Sur cette notion, cf. *supra*, N° 68.

heurtées, des valeurs qui sont dépassées au moment où l'autorité statue. La société n'est pas concernée. Nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'appliquer par analogie les règles du droit transitoire interne, mais de s'en inspirer dans certaines circonstances, lorsqu'une application stricte du principe d'actualité conduirait à une situation choquante, notamment lorsque le nouveau contenu de l'ordre public tend à s'opposer à la reconnaissance d'une situation qui aurait été valablement reconnue sous l'empire de l'ancienne conception. Il faut admettre avec FRANKENSTEIN⁷²⁰ qu'il n'existe pas de droit acquis au respect d'une ancienne conception de l'ordre public, puisque l'ordre public n'est pas une règle juridique qui peut être appliquée et dont les parties peuvent tirer des droits, mais un ensemble de principes et de valeurs de référence. Les règles internes de droit transitoire ont pour fonction de régir des conflits de règles et non des collisions de valeurs. Les valeurs les plus récentes l'emportent forcément sur les anciennes. Cependant, la nécessité d'éviter les rigueurs pouvant découler de l'application instantanée d'un principe fondamental, renforcé par une récente révision législative interne, doit être prise en compte globalement, dans le cadre de l'examen concret de la compatibilité à l'ordre public. Il est parfois choquant de refuser tout effet, dans une situation internationale, à une loi étrangère ou à un jugement contraires au nouvel ordre public, alors que, pour les situations purement internes, le législateur a renoncé, par le biais d'une règle de droit transitoire, à faire prévaloir les nouvelles règles sur les anciennes situations. En adoptant des dispositions transitoires qui respectent les droits acquis en conformité de l'ancien droit, le législateur affirme sa conception de l'ordre public du droit transitoire, dont il est question à l'art. 2 Tfin CC. Selon l'excellente expression de B. AUDIT⁷²¹, la solution donnée au conflit transitoire interne constitue « *un élément d'appréciation de la force reconnue au nouvel ordre public* ». La situation est identique lorsque la modification de l'ordre public ne se situe pas dans le prolongement d'une révision législative, mais découle d'un important revirement de jurisprudence concernant une règle matérielle interne et que les tribunaux ne font pas produire d'effet rétroactif à ce revirement, au nom de l'équité envers les justiciables concernés⁷²². En d'autres termes, le principe de justice et d'équité, qui relève du noyau dur de l'ordre public, devrait constituer l'ultime critère, l'examen du droit transitoire devant être intégré dans la détermination du contenu de l'ordre public. Pour reprendre l'exemple du mariage entre Italiens de religions différentes, le juge ne

⁷²⁰ FRANKENSTEIN, DfP I, p. 227.

⁷²¹ AUDIT, Droit international privé, 1^{ère} éd., N° 310.

⁷²² Sur le délicat problème du droit transitoire applicable aux revirements de jurisprudence, voir Thorcas PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, th. St-Gall 1992, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, vol. 56, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1993, p. 472 ss, sur l'application analogique des art. 1-3 Tfin CC et, p. 707 ss, sur la possibilité pour le juge de créer une réglementation de droit transitoire.

raisonnera pas de la façon suivante: « l'ordre public nouveau ne s'applique pas, par application analogique du droit transitoire; il faut par conséquent appliquer l'ordre public ancien », mais il estimera peut-être « qu'il n'est pas incompatible avec l'ordre public de reconnaître les mariages célébrés avant cette loi, puisque, sur le plan interne, ces mariages sont reconnus et qu'en ne le faisant pas, on traiterait très injustement les parties à une situation internationale ». La démarche proposée peut être transposée à la reconnaissance ou à l'exécution des jugements.

D. Relativité dans l'espace

266. *Principe.* Considéré dans l'espace et en un temps donné, l'ordre public est également relatif, le phénomène étant encore plus évidemment perceptible. « *Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà* » déclarait PASCAL⁷²³. La relativité spatiale de l'ordre public se manifeste avec une acuité particulière dans le domaine des personnes, de la famille et des successions. Chaque société se fonde sur une conception propre du statut de l'individu au sein de la collectivité, des relations de famille ou de la transmission du patrimoine d'une génération à l'autre. Dans certaines sociétés, les valeurs essentielles que sauvegarde l'ordre public puisent leur source dans les enseignements d'une religion; d'autres défendent des valeurs laïques, mais celles-ci portent fréquemment les stigmates d'un passé encore imprégné de religion, à une époque où l'église participait au pouvoir législatif ou judiciaire. Les nécessités unificatrices du négoce international ne jouent pas de rôle en droit des personnes, de la famille et des successions. Ces matières ont leurs racines trop profondément enfoncées dans la structure fondamentale de chaque société pour que les différences s'amenuisent et disparaissent à la faveur de travaux d'unification du droit. Les principes moraux fondamentaux qui inspirent, plus que d'autres, ces branches du droit sont extrêmement différents d'un continent à l'autre et d'un pays à l'autre. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer la situation des femmes dans la société islamique traditionnelle et dans notre société. Leur statut repose sur des fondements et des sources diamétralement opposés. Tandis que l'un, tout en s'inspirant d'une tradition religieuse millénaire, repose en partie sur un droit fondamental, le postulat de l'égalité des sexes inscrit dans une Constitution écrite, l'autre se fonde sur l'interprétation d'un texte sacré et la tradition. N'étant ni moraliste ni métaphysicien, le juriste n'a pas pour rôle de juger et d'apprécier la valeur intrinsèque de ces différents systèmes de valeurs, mais d'étudier la manière dont chaque système, compte tenu de cette disparité, tente d'intégrer une situation présentant des éléments d'extranéité tout en maintenant la cohérence de son

⁷²³ PASCAL, *Pensées*, édition Léon Brunschwig, Garnier-Flammarion, Paris 1976, N° 294.

ordre juridique.

267. *Variabilité au sein d'un Etat? Le cas des Etats fédéraux. Conflits interterritoriaux et interpersonnels. Ordre public du développement.* Les valeurs dominantes ne seront pas toujours identiques dans les différentes régions et au sein des divers groupes sociaux composant la population d'un Etat. La solution donnée à ce « *conflit interne de valeurs* » dépendra de la structure du système envisagé, notamment de son organisation judiciaire: lorsque le droit matériel et le droit international privé d'un Etat sont unifiés, la juridiction suprême s'attachera à éviter tout morcellement de la réserve, d'essence nationale, en conceptions régionales divergentes. Le succès avec lequel la juridiction suprême s'acquittera de sa tâche sera dans une large mesure fonction du prestige des cours inférieures, de la fréquence de sa saisine et de son pouvoir de cognition. Il est par conséquent possible que la jurisprudence relative à l'intervention de la réserve diverge selon la juridiction saisie, même au sein d'un Etat unitaire. Dans un Etat fédéral, lorsque ni le droit matériel ni le droit des conflits interrégionaux et internationaux ne sont unifiés et qu'aucune cour suprême n'impose une interprétation uniforme de l'ordre public, les ordres publics des différents Etats parties coexisteront. Même lorsque le droit des conflits est unifié, comme en Suisse, l'uniformité, sur le plan national, des valeurs d'ordre public dépendra dans une large mesure des voies de recours mises à la disposition des parties⁷²⁴. Dans les systèmes complexes donnant lieu à des conflits interpersonnels, les valeurs essentielles peuvent également diverger d'un système (religieux, coutumier, local, ethnique) à l'autre. Le degré d'intervention de l'ordre public dépend largement de la structure du système envisagé; ainsi que le relevait P. GANNAGÉ⁷²⁵ dans le contexte des ordres juridiques pluriconfessionnels, l'ordre public intervient avec davantage de force et de fréquence dans les systèmes dans lesquels l'Etat apparaît comme le défenseur d'une religion déterminée; en revanche, dans les systèmes pluriconfessionnels prônant la neutralité confessionnelle de l'Etat face à une mosaïque de lois religieuses, on constate un véritable recul de l'ordre public, tant dans les conflits internes que dans les conflits internationaux⁷²⁶. A l'époque des empires coloniaux, on s'est demandé si l'ordre public de la colonie pouvait

⁷²⁴ Cf. *supra*, N° 235 ss et 238 ss pour les art. 17 et 27 LDIP.

⁷²⁵ GANNAGÉ, La coexistence, p. 392-396; voir également ELGEDDAWY, N° 190 ss.

⁷²⁶ ELGEDDAWY, p. 146, note 79, qui relève (N° 194 et arrêts cités) que l'intervention de l'ordre public sera limitée à ce qui est contraire aux valeurs de l'ensemble des communautés composant le système; GANNAGÉ, La coexistence, p. 392-396; Kurt LIPSTEIN/Istrán SZÁSZY, *Interpersonal Conflict of Laws*, IECL III/9 (1985), p. 29; Pierre BOUREL, *Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique noire francophone dans le domaine des conflits de lois*, JDI 1975, p. 17-44 (35); Abd-El-Kader BOYE, *Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains du sud du Sahara*, RCADI, t. 238 (1993 I), p. 247-419 (313-314).

coexister avec celui de la métropole; la jurisprudence n'a pas apporté de réponse définitive à cette question⁷²⁷; dans les pays en voie de développement, cet ordre public colonial a parfois été remplacé par un ordre public dit « *du développement* »⁷²⁸, intervenant à l'encontre d'un droit personnel déterminé pour protéger les nouvelles orientations de la législation interne.

268. *L'ordre public suisse n'est pas d'essence cantonale.* En Suisse, il n'est pas exclu que, sur le plan sociologique, l'appréciation de certaines valeurs ne soit pas identique pour une question donnée dans tous les cantons. Ainsi, si l'on tentait de dégager l'opinion majoritaire du canton d'Uri ou celle du canton de Genève sur les valeurs fondamentales en matière de concubinage, d'avortement ou de maternité de substitution, les réponses pourraient être fort différentes. Même si elles tendent à s'amenuiser, les différences culturelles entre les cantons restent importantes dans notre petit pays, en raison notamment de la disparité des langues, des religions, des traditions et du degré de l'urbanisation. Cela ne signifie toutefois pas que la notion d'ordre public du droit international privé pourra varier au gré des frontières cantonales. La réserve figure dans une loi unifiant, sur le plan fédéral, les règles de conflit de lois et de juridictions; il n'est pas concevable de réintroduire par la petite porte une forme de droit international privé cantonal en laissant chaque canton développer sa propre conception de l'ordre public. Les valeurs qui ne seraient communes qu'aux habitants d'un canton et non à l'ensemble de la communauté nationale n'appartiennent pas à « *l'ordre public suisse* » (art. 17 et 27 LDIP); elles ne doivent pas intervenir dans le conflit international de valeurs, car elles risqueraient de mettre en péril la cohérence de l'ordre juridique suisse. Avant que la lettre de la loi ne le fasse, la jurisprudence du Tribunal fédéral insistait déjà sur la composante nationale de l'ordre public⁷²⁹; le Tribunal fédéral

⁷²⁷ Sur cette question, voir surtout MERCIER, p. 11 ss et les point de vue divergents de Trib. civ. Seine, 26 mars 1956, JCP 1956 II 9318, Trib. correctionnel Villefranche-sur-Saône, 6 novembre 1951, RCDIP 1953, p. 764; cf. également LAGARDE, Recherches, N° 168; GUIHO, note sous Trib. civ. Seine précité; Pierre LAMPUÉ, Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d'outre-mer), RCDIP 1954, p. 249-324 (276-281). Voir également Cass. fr., 17 novembre 1964, JCP 1965 II 13978, évinçant, au nom de l'ordre public, la coutume musulmane de Djibouti qui écartait le non musulman de la succession et Cass. fr., 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602, ne faisant pas intervenir l'ordre public à l'encontre de la coutume musulmane de Mayotte, aux termes de laquelle seuls les enfants nés des mariages polygamiques réguliers de leur père peuvent succéder. Sur cette affaire, *infra*, N° 359 et 830.

⁷²⁸ Cf., pour la prééminence du droit « *moderne* » sur le droit coutumier, Cour suprême Cameroun oriental, 23 avril 1963, JDI 1972, p. 330; GANNAGÉ, La coexistence, p. 395-396; en sens contraire, voir Cour suprême du Gabon, 4 janvier 1971, JDI 1972, p. 327; Cour suprême du Sénégal, 25 novembre 1974, cité par LOUSSOUARN/BOUREL, note 6, p. 106.

⁷²⁹ Voir *supra*, N° 13 et les arrêts cités en note 34.

pourrait certainement casser un jugement qui s'écarterait des valeurs fondamentales nationales, au nom d'une valeur éthique propre à un canton ou à un groupe de cantons, quelle que soit l'enveloppe que le juge d'origine lui a donnée. Les valeurs que la réserve d'ordre public tend à sauvegarder sont celles qui sont généralement reçues en Suisse, qui sont communes à la grande majorité de sa population et non celles qui reflètent tel particularisme régional. En droit positif, l'on peut craindre que l'ouverture du seul recours de droit public au Tribunal fédéral dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution⁷³⁰ ne contribue à l'émergence d'une notion cantonale d'ordre public.

269. *Vers un ordre public transnational ? (renvoi).* Au sein d'un groupe d'Etats relativement homogène comme le sont les pays d'Europe occidentale, les valeurs fondamentales communes sont nombreuses; plusieurs d'entre elles sont concrétisées, sous la forme de règles de droit, dans des instruments internationaux, comme la Convention européenne des droits de l'homme. L'ordre public des différents Etats peut dès lors présenter des points de convergence. Nous examinerons plus loin⁷³¹ la question largement controversée de l'existence prétendue d'un véritable ordre public transnational, dont la source serait supranationale.

6. Les risques d'une application opportuniste de la réserve

270. *Prémisse: le pouvoir d'appréciation.* L'insertion dans notre système de droit international privé d'une clause générale réservant l'ordre public confère un large pouvoir d'appréciation à l'autorité qui applique le droit étranger ou qui doit se prononcer, à titre principal ou préjudiciel, sur la reconnaissance d'un jugement, d'une décision ou d'une situation nés à l'étranger. En effet, les art. 17 et 27 LDIP font référence à des concepts juridiquement indéterminés, l'ordre public suisse et les principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure.

271. *La tentation du confort.* L'interprète doit savoir résister à la tentation toujours présente de motiver un refus opportuniste de faire application d'un droit étranger par l'invocation injustifiée de la réserve d'ordre public. La doctrine met fréquemment en garde contre cette attitude regrettable⁷³²; la

⁷³⁰ Voir ATF 116 II 376, T. AG; 116 II 625, *Société R.*; 118 Ia 118, *M.*

⁷³¹ *Infra*, N° 335-346.

⁷³² P. ex. LOUSSOUARN/BOUREL, N° 248 *in fine*; KNAPP, p. 1-2; KROPHOLLER, § 36 II 4; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 17 *if.*; SONNENBERGER, München. Komment., N° 12 ad art. 6 EGBGB; VON BAR, IPR I, N° 631: « *Er ist zugleich aber auch, wenn er im Übermass benutzt wird, der Tod allen Verweisungsrechts* »; aux Etats-Unis, la Cour suprême (affaire *W.R. Grace & Co v. Local 759 etc.*, 461 U.S. 757 [1983], citée

réserve d'ordre public constitue un moyen qui permet de revenir confortablement à l'application de la *lex fori*⁷³³ pour des raisons tout autres que la protection des valeurs du for. On peut être tenté de refuser d'appliquer un droit étranger que l'on ne maîtrise pas autant que la loi du for, par crainte de la difficulté ou par économie de moyens, en particulier lorsqu'aucune des parties n'a envisagé la question. Dans ce contexte, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'interprète dispose de moyens d'information sur le droit étranger qui sont toujours plus efficaces et dont il ne devrait pas se priver⁷³⁴. L'utilisation injustifiée de la réserve d'ordre public ne constitue pas la seule démarche contraire à la LDIP conduisant artificiellement à l'application de la loi du for. L'interprète pourrait nier l'internationalité, bien réelle, du litige et appliquer directement la loi suisse, sans détour par les règles de conflit. La qualification joue également un rôle important dans ce cadre, ainsi que le souligne A. BUCHER: lorsqu'une question doit être qualifiée de procédurale, le juge applique la loi du for, ce qui soustraira la problématique à l'intervention de la réserve d'ordre public⁷³⁵. Le juge ou l'autorité peut enfin être tenté de qualifier artificiellement la cause d'une façon qui lui permette de désigner une loi (*lex fori* ou autre) qui ne se révèle pas incompatible avec l'ordre public, afin d'éviter d'avoir à justifier le recours à la réserve ou de devoir résoudre la délicate question de la détermination d'un droit de substitution. En procédant de la sorte, il risque d'appliquer une loi qui n'entretient pas de liens significatifs avec la cause.

272. *La tentation politique.* Il est un risque de dérive encore plus inquiétant: c'est celui d'une application de la réserve d'ordre public pour des motifs inavoués de politique étatique, sous le couvert de prétendues considérations morales qui ne sont qu'un prétexte. Les unions polygamiques illustrent ce problème. Il est évident que la reconnaissance de ces unions n'aura pas la même incidence selon que l'ordre juridique concerné est un pays à faible ou à forte immigration de ressortissants provenant de systèmes connaissant cette institution; placé dans la seconde situation, l'interprète, et l'on songe en premier lieu à l'autorité administrative, pourrait être tenté de tenir compte des effets que

par BORN, p. 629) a souligné que l'intervention de l'ordre public ne devait pas se fonder sur des « *general considerations of supposed public interests* ».

⁷³³ Nous observerons toutefois (*infra*, N° 427-434) que le principe traditionnel de l'application de la loi du for à titre de droit de substitution après l'intervention de la réserve ne doit pas être suivi aveuglément.

⁷³⁴ Sur ces moyens à disposition du juge (experts officiels et privés du for, services diplomatiques suisses et étrangers), voir ATF 124 I 49 (52), S; voir l'importante Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger du 7 juin 1968 (RS 0.274.161) et la LF du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé (RS 425.1).

⁷³⁵ BUCHER, DIP I/2, N° 492, RCADI, p. 58; voir également *idem*, DIP II, N° 355 sur le mariage laïc et le N° 839 sur l'affaire *Boll*.

sa décision est appelée, à ses yeux et de façon empirique, à déployer sur l'équilibre du financement des assurances sociales. De nos jours, le développement d'une forme d'intégrisme religieux dans plusieurs Etats du globe et l'exacerbation corrélative des valeurs laïques dans nos sociétés durcissent le conflit de valeurs lorsque le juge doit statuer sur la compatibilité avec l'ordre public d'institutions familiales d'origine religieuse. Ainsi, les problèmes posés par la cohabitation de personnes appartenant à des religions différentes sont devenus plus aigus durant les dernières années; les vifs débats concernant l'affaire des foulards islamiques en France⁷³⁶ et, plus récemment, en Suisse⁷³⁷ ou au sujet de la présence de crucifix dans les écoles publiques⁷³⁸ ou les salles des tribunaux⁷³⁹ sont là pour nous le rappeler. L'autorité sait qu'elle est appelée à rendre une décision dont l'incidence politique et médiatique ne peut être négligée. Plus qu'en toute autre période, il est important de se garder de rejeter en bloc, par exemple en invoquant de façon absolue l'ordre public, des institutions inconnues qui méritent d'être respectées. Il faut éviter de tomber, au nom de la laïcité, dans cette inacceptable intolérance qui caractérise les intégrismes du monde entier; si nous céditions à ce penchant, nos idéaux perdraient une grande partie de leur valeur. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille tout accepter, au nom d'un idéal absolu de tolérance. Nous ne plaidons pas pour un affaiblissement des exigences de l'ordre public. Sans aller aussi loin que P. LAGARDE⁷⁴⁰, qui parle du mouvement de laxisme des années soixante et soixante-dix, « combiné avec des élans tiers-mondistes », force est de reconnaître que cette période a été marquée, en France surtout, par une atténuation toujours plus grande des exigences de l'ordre public en matière familiale. On constate aujourd'hui dans la jurisprudence et la doctrine françaises en matière de répudiation une tendance inverse. La crainte de l'émergence et du renforcement des mouvements politiques xénophobes les plus durs y est certainement pour beaucoup, d'aucuns cherchant « à tarir les sources de la xénophobie en reconsidérant leur attitude face à certaines institutions du droit musulman » (P. LAGARDE)⁷⁴¹.

273. *Une interprétation politisée de la réserve est malsaine.* La réserve ne doit

⁷³⁶ Voir notamment Conseil d'Etat, 2 novembre 1992, RFDA 1993, p. 112 ss; Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris 1996, N° 542-545; Jean RIVERO, L'avis de l'assemblée du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989, RFDA 1990, p. 1 ss; Claude DURAND-PRINBORGNE, La « circulaire Jospin » du 12 décembre 1989, RFDA 1990, p. 10 ss.

⁷³⁷ Voir p. ex. ATF 123 I 296, X. (port du foulard par une enseignante); voir également ATF 119 Ia 178, A. et M. (dispense de cours de natation accordée à un élève pour des motifs religieux).

⁷³⁸ ATF 116 Ia 252, *Comune di Cadro*.

⁷³⁹ ATF 121 I 42, W.

⁷⁴⁰ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 265.

⁷⁴¹ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 265-266.

pas intervenir lorsque l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance d'un acte étranger ne heurtent pas concrètement l'ordre public; le juge et l'autorité de la reconnaissance ont pour mission de sauvegarder les intérêts privés des parties et ne sauraient les faire passer à l'arrière-plan pour des motifs de police ou de politique de l'immigration. En revanche, lorsque l'ordre public du for est concrètement menacé, l'application de la *lex causae* ou la reconnaissance de l'acte étranger portant une atteinte grave aux valeurs du for, il n'est pas indiqué de renoncer à faire intervenir la réserve pour céder à une mode superficielle d'ouverture au monde qui n'a de la tolérance qu'une approche quantitative et abstraite: c'est sacrifier les idéaux moraux et éthiques de la société du for, en confondant laxisme et modernité. Lorsqu'elles se succèdent, en fonction des attermoissements de la politique des étrangers, des hésitations de la société à accepter l'autre dans sa différence, ou qu'elles suivent une période d'interprétation dépolitisée de la réserve, ces deux démarches contrastées mènent à l'échec et conduisent à des revirements de jurisprudence spectaculaires, nuisibles à la sécurité juridique et à une saine administration de la justice civile internationale. En Suisse, nous n'avons pas vécu de mouvement pendulaire, oscillant entre tolérance excessive et rigueur soudaine. Les autorités suisses ont apparemment su, en règle générale, s'affranchir d'arguments relevant de la politique de l'immigration lors de l'application de la réserve d'ordre public. Faute de colonies, notre pays n'a pas été confronté autant que d'autres au phénomène des « *conflits de civilisations* », ce qui pourrait fournir un début d'explication. La relative stabilité de la politique d'intégration des étrangers pratiquée par la Suisse a sans doute également permis d'éviter que la réaction de la réserve ne fluctue de façon excessive.

274. *Remèdes. 1° Nécessité d'une approche de la loi étrangère qui soit globale et fondée sur les enseignements du droit comparé.* Sans prétendre être exhaustif, nous proposons quelques principes destinés à prévenir les débordements opportunistes de la réserve. L'examen ponctuel d'une disposition de droit étranger qui, détachée de son contexte, apparaît particulièrement choquante, risque d'amener le juge à faire faussement application de la réserve d'ordre public, alors qu'une analyse globale, téléologique, axée sur le résultat de cette norme permettrait d'adopter des conclusions opposées. Il convient donc d'examiner attentivement le but poursuivi par l'institution étrangère⁷⁴², en gardant à l'esprit que toute institution du droit étranger doit être prise dans son ensemble, dans son contexte juridique et interprétée en fonction d'un système cohérent: il est parfaitement possible qu'une institution située dans un tout autre domaine du droit étranger complète ou corrige ce qu'il y a de plus choquant

⁷⁴² Voir surtout JAYME, *Methoden*, p. 42, approuvé par LAGARDE, *Répertoire*, 2^e éd., V^o Ordre public, ch. 51.

dans le droit directement applicable. La coordination des règles de la *lex causae* peut en outre conduire à un résultat cohérent et compatible avec l'ordre public. Ainsi, une grave injustice découlant du droit successoral peut être adoucie par le biais des correctifs qu'instaure le droit des régimes matrimoniaux (partage des dots parentales et de leurs plus-values par exemple) ou des actes illicites. Le correctif ne se situera pas forcément là où un juriste formé à la systématique du droit du for le chercherait; les recherches de droit comparé devront être effectuées largement, afin de saisir l'institution étrangère dans son essence. En outre, lorsque plusieurs droits étrangers sont applicables, chacun régissant un aspect du litige, le juge devrait tenter de coordonner ceux-ci de façon à aboutir à un résultat conforme à l'ordre public; une telle coordination n'est cependant pas toujours possible.

275. 2° *Comparaison de l'éventuelle injustice résultant du refus de reconnaissance avec le trouble causé à la société du for.* En matière d'effet indirect, l'autorité doit toujours garder à l'esprit le principe de l'appréciation concrète de la conformité à l'ordre public d'une part et la théorie de la *Binnenbeziehung* d'autre part. Il doit à tout prix éviter d'invoquer l'ordre public par un réflexe frileux ou par méfiance aprioriste. A nos yeux, le juge ou l'autorité administrative doit mettre en balance l'éventuelle injustice qui résulte pour les intéressés d'un refus de reconnaissance (p. ex. d'un mariage, d'un lien de filiation, d'une prétention successorale) avec le trouble réel causé à l'ordre public par la reconnaissance, compte tenu des liens que la cause entretient avec le for. C'est l'exemple classique de la polygamie qui vient immédiatement à l'esprit: le refus de reconnaître les effets d'une union polygamique régulièrement contractée à l'étranger, entre ressortissants étrangers, conduit à tromper les attentes légitimes de la seconde épouse, notamment quant à la pension alimentaire, au régime matrimonial ou à ses droits successoraux. En refusant de donner effet à cette union dans l'Etat du for, ne risque-t-on pas de faire le jeu d'un mari polygame qui entend se prévaloir, de manière parfois parfaitement opportuniste, de l'atteinte aux valeurs du for d'une forme d'union qu'il a voulue et dont il s'est accommodé longtemps, aux seules fins de s'opposer à une prétention légitime de son épouse? Face à une situation de ce genre, il arrivera que le sentiment naturel du droit et de l'équité soit en définitive davantage heurté par un refus que par une acceptation. La mise en balance de ces intérêts pourra inciter le juge à reconnaître l'union dans certains cas.

276. 3° *Une approche vivante et concrète.* Si nous estimons que le juge doit s'affranchir de toute considération de politique de l'immigration au sens strict lorsqu'il examine la question de l'intervention éventuelle de la réserve, nous n'allons pas jusqu'à prétendre qu'il ne doit pas y avoir de « *politique juridique*

de l'ordre public ». Le juge doit se fonder sur une conception concrète, vivante, sociologique de l'ordre public. Il doit faire le tri entre différentes valeurs et retenir celles qu'il juge fondamentales au sein de la société; il dispose donc d'un pouvoir créateur important. J. DÉPREZ⁷⁴³ s'est attaché à souligner les apports essentiels de la sociologie à la théorie de l'ordre public. « *Situé à la charnière du juridique et du social* »⁷⁴⁴, l'ordre public est le type même du mécanisme dépendant de la réalité sociale du moment. L'autorité, sans se métamorphoser en enquêteur social, devrait s'interroger sur les besoins réels de la société. Elle doit s'affranchir d'une conception abstraite de l'ordre public et d'un pur et simple alignement de la notion sur l'état des mœurs, celle-ci reflétant parfois de sérieux préjugés et des excès tant dans le sens de la rigueur que du laxisme⁷⁴⁵.

277. 4° *Les voies de recours*. Le remède ultime aux dangers décrits précédemment réside dans les voies de recours à disposition des justiciables. Le Tribunal fédéral peut, dans le cadre d'un recours en réforme ou d'un recours en nullité, censurer l'application de la réserve d'ordre public⁷⁴⁶. En matière de reconnaissance toutefois, les justiciables ne disposent, pour l'instant, que du recours de droit public (art. 84 al. 1 lit. a ou c OJF)⁷⁴⁷, ce qui est fort regrettable.

278. *Le risque d'une application opportuniste paraît maîtrisé en Suisse*. L'intitulé du chapitre pouvait nous faire éprouver la crainte d'avoir à dresser un portrait sombre de l'application de la réserve. A l'examen de la jurisprudence fédérale et cantonale rendue depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, en particulier de la jurisprudence non publiée que nous traiterons dans la partie spéciale, force est de relever que les tribunaux ont à cœur d'appliquer de manière restrictive la clause d'ordre public et ne la font intervenir, de manière générale, que lorsque les conceptions fondamentales du for sont largement heurtées.

⁷⁴³ DÉPREZ, N° 121 ss.

⁷⁴⁴ DÉPREZ, N° 107.

⁷⁴⁵ Voir les réflexions de DÉPREZ, N° 126: « *les besoins d'ordre public de la société ne sauraient être définis à partir de ces seules données primaires, mêlées d'éléments passionnels et irrationnels. Il peut entrer dans la mission du juge de préciser ces besoins en imposant certaines valeurs fondamentales (...). Autant que le porte-parole d'une société, le juge est tout à la fois le créateur et le défenseur d'un certain ordre politique (ou sens large de l'expression) dont il définit les exigences fondamentales. Celles-ci sont certes définies à partir d'une réflexion sur la cité, mais le rôle du juge ne saurait ici se borner à un simple constat des données sociologiques; il est aussi pédagogique, créateur, traceur de voies, directif* ».

⁷⁴⁶ *Supra*, N° 236-237.

⁷⁴⁷ *Supra*, N° 238-239.

7. L'ordre public et l'arbitrage international

A. Introduction

279. *Introduction.* Le sujet ne concernant guère le droit de la famille, des personnes et des successions, matières qui ne sont généralement pas disponibles, sauf en matière purement patrimoniale, nous nous bornerons à quelques remarques sur ce problème très controversé⁷⁴⁸.

280. *Différents cas d'intervention de l'ordre public en matière d'arbitrage.* Il convient de distinguer trois stades distincts auxquels l'ordre public peut être appelé à intervenir. En premier lieu, les arbitres statuant sur la demande qui leur est soumise peuvent être amenés à évincer au nom de l'ordre public le droit désigné par la règle de conflit pertinente. En deuxième lieu, la sentence rendue par un tribunal arbitral dont le siège est en Suisse peut être annulée au nom de l'ordre public par le Tribunal fédéral (art. 191 al. 1 LDIP) ou par le juge cantonal du siège de l'arbitrage (art. 191 al. 2 LDIP) si les parties en sont convenues ainsi, ces autorités se prononçant sur un recours au sens de l'art. 190 LDIP. En troisième lieu, l'ordre public peut intervenir au stade de la reconnaissance ou de l'exécution en Suisse d'une sentence arbitrale prononcée à l'étranger (art. 194 LDIP). Nous examinerons d'abord la première et la troisième situation. Nous traiterons ensuite brièvement l'ordre public en tant que motif d'annulation d'une sentence.

B. Effet direct de l'ordre public et sentences arbitrales

281. *Prémisse: application d'une loi étrangère.* Les parties fixent fréquemment le siège du tribunal arbitral dans un Etat avec lequel aucune d'elles n'entretient de lien, afin de se ménager une arène de combat parfaitement neutre. Les arbitres sont dès lors souvent amenés à appliquer un droit « étranger », c'est-à-dire une loi autre que celle de l'Etat dans lequel ils siègent.

282. *De l'existence d'un ordre public transnational ?* Lorsqu'ils sont saisis par des parties appartenant à des systèmes juridiques connaissant des valeurs fondamentales divergentes, en fonction de quelles valeurs les arbitres pourront-ils évincer la *lex causae* ? Cette question est d'autant plus délicate que les arbitres eux-mêmes sont souvent d'origines et de nationalités différentes. Comme il est délicat d'imposer l'ordre public d'un système plutôt que d'un autre, il est fréquent que les arbitres se réfèrent à des valeurs communément

⁷⁴⁸ Voir surtout Pierre LALIVE, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Rev. arb. 1986, p. 329 ss; MAYER, *La sentence*, p. 615 ss; KAUFMANN-KOHLER, p. 273-283; ARFAZADEH, p. 223-253; JERMINI, N° 491-525; BERTI, *Zur Anfechtung*.

reçues dans les différentes nations du monde. Une partie importante de la doctrine considère que l'arbitre applique alors un ordre public *transnational*⁷⁴⁹ ou *réellement international* qui ne serait rattaché à aucun système juridique national et dont la source serait différente. Il s'agirait d'un ordre public « *fondé sur les principes généraux du droit communs aux nations civilisées* », plus précisément de certaines règles fondamentales de l'arbitrage international considérées comme des principes généraux du droit du commerce international. A titre d'illustration, la doctrine cite notamment les principes de *pacta sunt servanda* et de la bonne foi ainsi que celui des bonnes mœurs prohibant des accords favorisant la violation des droits de l'homme ou consacrant des pratiques de corruption ou de vente d'influence⁷⁵⁰. L'ordre public transnational serait affranchi de toute condition de *Binnenbeziehung*, en particulier lorsque l'arbitrage se déroule dans un pays neutre⁷⁵¹. L'émergence de cet ordre public transnational participerait du développement de la *lex mercatoria*; si l'on admet que l'arbitre statuant sur un litige applique les principes généraux du droit et les usages internationaux et contribue à la formation d'un droit autonome du commerce international, « *un concept d'ordre public fait nécessairement partie, comme un correctif ou un élément d'équité supérieure indispensable, de l'ensemble des règles pratiquées par l'arbitre international ou du "système juridique" (composite) qu'il applique et élabore à la fois* » (P. LALIVE)⁷⁵². Les arbitres n'ayant pas de for et tenant leur pouvoirs de la volonté des parties, ils auraient dès lors besoin d'un ordre public de référence « *anationale* » pour écarter les règles applicables au litige⁷⁵³. L'ordre public transnational déploierait, tout comme l'ordre public classique, un effet d'éviction qui pourrait conduire l'arbitre à écarter le droit applicable choisi par les parties ou désigné par un rattachement objectif; l'ordre public transnational pourrait également écarter un ordre public étatique contraire ou même donner la préférence à la conception de l'ordre public que se fait un Etat plutôt qu'un autre⁷⁵⁴. Cette notion présenterait l'avantage de souligner la prise de conscience d'une solidarité internationale accrue qui devrait se manifester davantage en matière de commerce international.

283. *Arguments contre la notion d'ordre public transnational.* L'on pourrait

⁷⁴⁹ Voir p. ex. BUCHER, DIP I/2, N° 600; LALIVE, *Ordre public transnational, passim*; DUTOIT, *Commentaire*, N° 9 ad art. 187; hésitant: KARRER, *IPR Kommentar SPR*, N° 172 ss ad art. 187; LALIVE/POUDRET/REYMOND, N° 12 ss ad art. 187.

⁷⁵⁰ Voir p. ex. BUCHER, DIP I/2, N° 600.

⁷⁵¹ Très clair, LALIVE, *Ordre public transnational*, p. 367: « *pour l'arbitre international, la condition du "lien" est en quelque sorte toujours réalisée, par définition, dès lors que sont en jeu les intérêts du commerce international (...)* ».

⁷⁵² LALIVE, *Ordre public transnational*, p. 365.

⁷⁵³ Voir BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 365 *in fine*.

⁷⁵⁴ LALIVE, *Ordre public transnational*, p. 365-366.

être tenté de réfuter le concept nouveau d'ordre public transnational, en soutenant que l'on parviendrait sans doute à un résultat équivalent en appliquant la notion classique de l'ordre public⁷⁵⁵. Nous verrons en effet que, dans la conception défendue ici, un juge étatique peut toujours protéger le noyau dur de l'ordre public du for, quels que soient les liens que les parties entretiennent avec le for: le simple fait qu'une juridiction suisse soit saisie constitue un lien avec la Suisse, certes ténus, mais parfois suffisant pour justifier l'intervention de la réserve, lorsqu'une très grave atteinte risque d'être portée à des principes essentiels de notre société⁷⁵⁶. Par analogie, l'on pourrait affirmer que les arbitres siégeant en Suisse doivent respecter le noyau dur de l'ordre public suisse lorsque le siège du tribunal arbitral constitue le seul lien, de très faible intensité, que la cause entretient avec la Suisse. Les principes que la doctrine cite à titre d'illustration du contenu de l'ordre public transnational participent sans aucun doute du noyau dur de l'ordre public suisse; ces valeurs essentielles peuvent, sans que cela soit nécessaire (l'ordre public étant un ensemble de valeurs et non de règles), être matérialisées, sous la forme de règles de droit, dans des instruments internationaux (protection des droits fondamentaux, interdiction des traitements dégradants, des génocides, de la discrimination, droit à un procès équitable, bonne foi, etc.) ratifiés par la Suisse. Le fait que la pratique arbitrale⁷⁵⁷ fasse de fréquentes références à un ordre public « véritablement international » n'apporte pas la preuve de sa source transnationale. La source de l'ordre public ne serait pas supranationale, mais se situerait dans les conceptions morales dominantes de chacun des membres de la société internationale; l'ordre public étant constitué de valeurs et non de règles de droit, il serait vain de vouloir en localiser précisément l'origine.

284. *Notre position. La situation particulière de l'arbitrage est à l'origine de la discussion.* Dans le domaine du commerce, l'important développement des échanges, des communications et des migrations durant le XX^e siècle a non seulement favorisé l'harmonisation progressive du droit matériel, mais a encore contribué à une lente émergence de valeurs universellement admises, dont la pratique arbitrale rend compte quotidiennement. Les arbitres n'étant pas des autorités étatiques du for, il n'est pas surprenant qu'ils soient peu sensibles à

⁷⁵⁵ LALIVE (Ordre public transnational, p. 368) note qu'il existe une « large coïncidence entre les domaines de l'ordre public international "classique" des Etats et l'ordre public transnational »; pour lui, il ne saurait y avoir assimilation, compte tenu du « caractère inévitablement particulariste voire égoïste, de l'ordre public international étatique ».

⁷⁵⁶ *Infra*, N° 340-342.

⁷⁵⁷ P. ex. Sentence CCI N° 3267, JDI 1980, p. 966; CCI N° 3913 de 1981, extraits in JDI 1984, p. 920-921, citée par LALIVE, Ordre public transnational, p. 339; CCI N° 3916, 1982 (Sigvard JARVIN/Yves DERAIS, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, t. I, Deventer/Boston 1990, p. 510).

l'invocation de valeurs fondamentales particulières, d'essence nationale, émanant d'une société à laquelle ils n'appartiennent généralement pas et à laquelle le litige n'est souvent relié d'aucune manière. En droit de la famille, des personnes ou des successions au contraire, les valeurs fondamentales composant l'ordre public ainsi que la plupart des règles matérielles, en particulier les règles d'application nécessaire, ne font pas l'objet d'un semblable consensus et traduisent fortement leur origine nationale; en outre, les litiges auxquels ces matières donnent lieu ne sont la plupart du temps pas arbitrables et sont tranchés par des autorités étatiques, gardiennes d'un ordre public national déterminé. Il n'est donc pas surprenant que la discussion relative à l'existence d'un ordre public transnational soit abordée en marge du droit de l'arbitrage international.

285. *Le noyau dur de l'ordre public étatique englobe notamment des valeurs fondamentales communes à l'ensemble des sociétés.* Nous n'aurons pas la prétention de résoudre en quelques lignes une question qui a fait couler autant d'encre. Nous ne cacherons cependant pas notre préférence pour une solution faisant appel à la notion classique d'ordre public, nuancée des leçons découlant de la théorie des liens avec le for. A côté des valeurs d'ordre public d'essence nationale, qui sont le reflet d'une histoire et d'une culture particulière, l'ordre public étatique englobe également les valeurs communes à toutes les nations. Ces différentes valeurs interviennent dans le raisonnement conflictuel par le truchement de la réserve d'ordre public, inscrite dans un droit national. Ainsi, le noyau dur de l'ordre public suisse comprend un certain nombre des valeurs fondamentales traduisant une sensibilité nationale, tout en englobant également des principes éthiques véritablement internationaux; ces dernières valeurs sont celles qui sont communes à l'ensemble des sociétés du monde.

286. *L'application de la théorie des liens avec le for nous paraît suffisante.* A nos yeux, la théorie classique de l'ordre public ne néglige pas la dimension et la fonction internationales de la réserve puisque le noyau dur de l'ordre public étatique se recoupe dans une large mesure avec celui des autres pays. Lorsque les parties et la cause n'entretiennent aucun lien avec l'Etat du siège du tribunal arbitral, l'application de la théorie des liens avec le for conduit à restreindre l'intervention de la réserve au seul noyau dur de l'ordre public; en effet, dans cette hypothèse, la société du siège des arbitres ne risque guère d'être troublée par l'application d'une règle étrangère heurtant certaines valeurs fondamentales d'essence nationale, dès lors que cette règle n'est pas appelée à déployer d'effets dans cet Etat. En revanche, les valeurs essentielles de l'ordre public étatique constituant son noyau dur sont protégées contre les atteintes les plus graves; or ce noyau coïncide dans une large mesure avec le contenu de l'ordre public transnational qui nous est proposé par une partie de la doctrine. La

conception défendue ici évite un morcellement peu judicieux de la théorie de l'ordre public; il ne nous paraît pas souhaitable que la spécificité de chaque branche du droit appelle une notion nouvelle de l'ordre public dont la fonction, les fondements et les mécanismes seraient conçus de façon différente. En dernier lieu, nous pensons que la solution préconisée dans ce travail présente, par rapport à la théorie de l'ordre public transnational, l'avantage d'offrir une réponse appropriée de l'ordre public lorsqu'une cause reliée d'une manière relativement étroite à la Suisse relève de la compétence d'un tribunal arbitral international organisé selon le chap. 12 LDIP⁷⁵⁸, il ne nous paraît ni logique ni satisfaisant de vouloir restreindre en ce cas le contenu de l'ordre public aux seuls principes communs à l'ensemble des nations, solution à laquelle devrait conduire l'application stricte de la doctrine de l'ordre public transnational.

C. Effet indirect de l'ordre public et sentences arbitrales

287. *L'art. 194 LDIP.* Lorsque le juge se prononce sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, il examinera si elle risque de déployer des effets incompatibles avec l'ordre public dans l'Etat de la reconnaissance. En droit international privé suisse, l'art. 194 LDIP universalise la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger⁷⁵⁹. L'art. V ch. 2 lit. b de cette convention permet à l'autorité compétente de refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* si celles-ci sont « *contraires à l'ordre public de ce pays.* »

288. *Application des théories de l'effet atténué et des liens avec le for.* L'ordre public est appelé à intervenir avec moins de véhémence contre une sentence prononcée à l'étranger que contre l'application d'un droit étranger⁷⁶⁰. La sentence étrangère bénéficie de l'effet atténué de l'ordre public dont l'intervention sera de surcroît modulée en fonction des liens que la cause entretient avec l'Etat de la reconnaissance.

289. *Il s'agit d'un ordre public d'essence nationale.* L'on peut se demander s'il

⁷⁵⁸ P. ex.: arbitrage dont le siège est en Suisse portant sur la validité d'une servitude foncière, la procédure opposant le propriétaire, Suisse domicilié en Suisse, du fonds dominant situé en Suisse, au propriétaire, Suisse domicilié en Italie, du fonds servant situé en Suisse également.

⁷⁵⁹ Alors que la Suisse avait fait la réserve prévue à l'art. 1^{er} al. 3, 1^{ère} phrase (limitation aux sentences rendues sur le territoire d'un Etat contractant), elle l'a retirée avec effet au 23 avril 1993 (RO 1993, p. 2439; voir l'arrêté fédéral du 17 décembre 1992, RO 1992, p. 2434 et le Message du Conseil fédéral du 19 février 1992, FF 1992 II 1174); voir SATMER, p. 11.

⁷⁶⁰ Cf. TF, 9 janvier 1995, *Inter Maritime Management SA*, RSDIE 1996, p. 554 (note SCHWEIZER) au sujet de l'exécution d'une sentence anglaise: « *L'ordre public - d'application restrictive (...), et qui l'est plus s'agissant de l'exequatur (...)* »; PATOCCHI/JERMINI, IPR Kommentar SPR, N° 125 ad art. 194.

faut ici également parler d'ordre public transnational. Nous pensons que le juge de la reconnaissance doit se fonder sur la notion classique d'ordre public du droit international privé en matière de reconnaissance et d'exécution et non sur un ordre public transnational. Il faut tout d'abord souligner que c'est un juge étatique, et non un arbitre privé, qui procède à la reconnaissance ou met la force publique à disposition de celui qui requiert l'*exequatur* de la sentence; l'Etat de la reconnaissance doit pouvoir se protéger de l'effet que produiraient des sentences qui heurteraient ses valeurs fondamentales, y compris celles qui ne participent pas du noyau dur intangible dont il a été question précédemment. L'on peut relever de surcroît que le texte de la Convention de New York (art. V ch. 2 lit. b) se réfère précisément à l'ordre public de l'Etat requis de reconnaître ou d'exécuter la sentence (« l'ordre public de ce pays »)⁷⁶¹. Enfin, le Tribunal fédéral a récemment confirmé cette approche⁷⁶². Le juge étatique tient compte du caractère international et de l'éloignement relatif de l'acte qui lui est soumis pour faire intervenir un cercle plus ou moins étroit de l'ordre public négatif du for; plus les liens que le litige soumis à l'arbitrage présente avec le for sont lâches, moins l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance aura vocation à intervenir. Lorsque la cause n'entretient aucun lien avec la Suisse, mis à part la présence de biens en Suisse, l'intervention de l'ordre public suisse se limitera à la défense du noyau dur de l'ordre juridique.

D. L'ordre public comme motif d'annulation d'une sentence arbitrale au sens de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP

a) Introduction

290. *Introduction.* La loi prévoit un motif particulier d'annulation de la sentence fondé sur l'incompatibilité avec l'ordre public (art. 190 al. 2 lit. e LDIP)⁷⁶³. Nous renonçons à traiter en détail de ce texte qui pourrait faire à lui seul l'objet d'un travail approfondi. Nous avons brièvement examiné la question de

⁷⁶¹ Dans ce sens, SCHWEIZER, RSDIE 1994, p. 169 (note à *Camera esecuzione e fallimenti* TI, 19 juin 1990) et RSDIE 1996, p. 554 (note à TF, 9 janvier 1995, précité); voir également Albert Jan van den BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, etc. 1981, p. 361; PATOCCHI/JERMINI, IPR Kommentar SPR, N° 124-125 ad art. 194.

⁷⁶² TF, 9 janvier 1995, *Inter Maritime Management SA*, RSDIE 1996, p. 554 (note SCHWEIZER) au sujet de l'exécution d'une sentence anglaise: « L'ordre public (...) s'oppose à l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère qui heurte de façon intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe en Suisse et viole les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse ». Voir également *Bezirksgericht Affoltern a. AIZH*, 26 mai 1994, SJZ 1997, p. 223 (225).

⁷⁶³ La notion est beaucoup plus restreinte que l'arbitraire, motif de recours en annulation à l'art. 36 lit. f CIA pour les arbitrages internes, comme le souligne le TF (ATF 120 II 155 [166], *Emirats Arabes Unis et consorts*).

l'exclusion et de la limitation du recours⁷⁶⁴; nous évoquerons dans le présent chapitre la discussion relative à la nature de l'ordre public visé à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP.

b) La nature de l'ordre public visé à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP

291. *Introduction.* Si les parties n'ont pas exclu le recours ou qu'elles ne remplissent pas les conditions pour passer valablement une telle convention, ou encore qu'elles ont exclu le recours pour d'autres motifs que celui fondé sur l'ordre public, l'autorité de recours pourra annuler la sentence pour contrariété à l'ordre public sur la base de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. Il nous faut examiner la notion d'ordre public à laquelle se réfère ce texte. Nous devons nous demander s'il est nécessaire que la cause présente un lien avec la Suisse (*Binnenbeziehung*) pour que l'ordre public intervienne. Nous devons ensuite déterminer si la source et le contenu de l'ordre public auquel il est fait référence à l'art. 190 al. 2 lit. e sont différents de ceux des art. 17 et 27 LDIP, en d'autres termes s'il s'agit d'un ordre public transnational ou réellement international.

292. *L'avis actuel du Tribunal fédéral.* L'opinion du Tribunal fédéral a évolué au fil des ans. Dans le célèbre arrêt *Société des grands travaux de Marseille*⁷⁶⁵, le Tribunal fédéral avait manifesté un certain scepticisme à l'égard de la notion d'ordre public international, estimant qu'il ne voyait pas en quoi « *un ordre public international limiterait l'application du droit étranger davantage ou d'une autre manière que ne le fait la réserve de l'ordre public* ». Comme la recourante n'avait pas indiqué en quoi cet ordre public serait différent, le Tribunal fédéral avait renoncé à examiner la question ! Sous l'empire de la LDIP, le Tribunal fédéral a, dans un premier temps, laissé la question ouverte⁷⁶⁶. Dans son arrêt *Emirats Arabes Unis* (affaire *Westland*) de 1994⁷⁶⁷, le Tribunal fédéral ouvrait partiellement la porte à la reconnaissance de l'existence d'un véritable ordre public transnational en rapport avec l'art. 190 LDIP. En premier lieu, le Tribunal fédéral relevait qu'une sentence « *[était] incompatible avec l'ordre public lorsqu'elle viol[ait] des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants. Au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle (« pacta sunt servanda »), le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition de mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables* ». Le Tribunal fédéral affirmait ensuite que l'ordre public avait uniquement une

⁷⁶⁴ Cf. *supra*, N° 242-243.

⁷⁶⁵ ATF 102 Ia 574, *Société des grands travaux de Marseille*.

⁷⁶⁶ ATF 117 II 604, *V. SA*.

⁷⁶⁷ ATF 120 II 155 (167), *Emirats Arabes Unis et consorts*.

fonction protectrice (ordre public négatif) et qu'il n'était assorti d'aucun effet normatif (ordre public positif ou formateur) sur les rapports juridiques litigieux⁷⁶⁸. Le Tribunal fédéral se prononçait enfin sur « *la question de savoir à quel ordre juridique ou à quel système de valeurs - suisse, étranger, supranational, ou universel - la notion d'ordre public de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP fai[sai]t appel* ». Tirant notamment argument du fait que l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP ne comprend pas l'adjectif « suisse », contrairement aux art. 17 et 27 LDIP, il estimait que l'ordre public visé par cette disposition avait un contenu particulièrement étroit, l'application de la LDIP à un arbitrage n'étant « *pas subordonné à l'existence d'un lien subjectif ou objectif de la cause avec la Suisse (Binnenbeziehung), pas plus d'ailleurs qu'à l'applicabilité du droit matériel de ce pays* ». Pour le Tribunal fédéral, l'ordre public de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP serait certes suisse par son origine mais « *international par sa fonction* »; ce texte paraîtrait devoir commander « *une interprétation extensive (sic) de la notion d'ordre public, soit le choix d'un ordre public transnational ou universel incluant les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé* »⁷⁶⁹. Au nom de l'approche pragmatique à laquelle il est sensible, le Tribunal fédéral s'empressait d'ajouter très prudemment qu'il n'entendait pas résoudre cette question de façon définitive, d'autant qu'elle portait sur une notion juridique indéterminée qu'il était difficile de définir une fois pour toutes. Enfin, dans deux autres arrêts de 1994⁷⁷⁰, le Tribunal fédéral a considéré que « *l'application uniforme de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP commande ainsi de s'appuyer sur une notion universelle de l'ordre public en vertu de laquelle est incompatible avec l'ordre public la sentence qui est contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les Etats civilisés* ». Se référant sans doute à l'ordre public positif, le Tribunal fédéral ajoutait que « *lorsque le tribunal arbitral doit appliquer un autre droit matériel que le droit suisse et qu'il n'est donc pas tenu de respecter l'ordre public suisse, rien ne justifie de corriger sa sentence, dans la procédure de recours de droit public, par une référence à l'ordre public suisse* ». Cette jurisprudence a été confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Voir *supra*, N° 241 et les réflexions d'ARFAZADEH, p. 228-233.

⁷⁶⁹ Cette définition reprend celle de BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, N° 358.

⁷⁷⁰ TF, 30 décembre 1994, *F. et U.*, Bull. ASA 1995, p. 217 (224) et RSDIE 1996, p. 545 (note SCHWEIZER); TF, 17 août 1994, *Türkiye Elektrik Kurumu (TEK)*, Bull. ASA 1995, p. 198 et RSDIE 1996, p. 539 (note KNOEPFLER).

⁷⁷¹ Voir TF, 6 septembre 1996, *X.*, Bull. ASA 1997, p. 291, RSDIE 1998, p. 553 (note SCHWEIZER); TF, 28 janvier 1997, *Thomson C.S.F.*, Bull. ASA 1998, p. 118, RSDIE 1998, p. 568 (note KNOEPFLER); voir également TF, 24 mars 1997, *T. AG*, Bull. ASA 1997, p. 316, RSDIE 1998, p. 574 (note KNOEPFLER).

293. *L'étude de G. KAUFMANN-KOHLER.* Dans une contribution parue avant le prononcé de l'arrêt *Westland*, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER avait résumé les opinions de la doctrine⁷⁷². Une partie des auteurs prône la référence à l'ordre public suisse, généralement sans exiger de *Binnenbeziehung*⁷⁷³, une autre à l'ordre public universel (ou « *transnational* » ou « *réellement international* »)⁷⁷⁴, une autre encore à l'ordre public de l'arbitre, qui regrouperait l'ordre public de la *lex causae*, l'ordre public positif d'Etats tiers et l'ordre public transnational⁷⁷⁵. G. KAUFMANN-KOHLER soulignait que l'ordre public visé à l'art. 190 LDIP exerçait une fonction fondamentalement différente de l'ordre public des art. 17 et 27 LDIP. Il faudrait s'assurer que « *par le biais du respect des principes fondamentaux communs à une grande majorité d'Etats, les sentences rendues en Suisse seront acceptées par la communauté internationale* ». Il s'agirait dès lors d'un « *ordre public d'envoi* » par opposition à l'ordre public de réception en matière d'*exequatur*. Par conséquent, la *Binnenbeziehung* n'aurait plus sa raison d'être, la sentence devant passer le test de l'ordre public, même si elle n'a aucun lien avec le for. Pour cet auteur, la source de l'ordre public resterait suisse, mais son contenu devrait être adapté à sa fonction réellement internationale. Le juge devrait examiner en premier lieu si la sentence viole l'ordre public suisse; si ce n'est pas le cas, il n'y aurait pas de motif d'annulation; dans l'hypothèse inverse, le juge devrait encore examiner si « *la règle d'ordre public en cause fait partie de l'ordre public transnational* ». On pourrait reprocher à ce système de laisser intacte une sentence contraire à l'ordre public du lieu d'exécution. Selon G. KAUFMANN-KOHLER⁷⁷⁶, l'ordre public du lieu d'exécution à l'étranger sera sanctionné en ce lieu en application de la Convention de New York. Elle prévoyait toutefois un tempérament important lorsque la sentence était « *susceptible d'être exécutée* » en Suisse: « *dès sa communication, la sentence sera assimilée à un jugement définitif et constituera un titre de mainlevée définitive. Si l'intervention du juge de l'annulation ne sanctionnait que la violation de l'ordre public transnational, la sentence échapperait ainsi au test de conformité avec l'ordre public du lieu d'exécution, ce qui n'est pas le but visé. Dans cette hypothèse, l'ordre public d'envoi doit en quelque sorte céder le pas à l'ordre*

⁷⁷² KAUFMANN-KOHLER, p. 173

⁷⁷³ Voir notamment LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 427; interrogatif, Pierre LALIVE, Le Chapitre 12 de la LDIP: l'arbitrage international, in *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC N° 9, Lausanne 1988, p. 229; KNOEPFLER, RSDIE 1991, p. 363 (note à l'ATF 116 II 634, E. AG.).

⁷⁷⁴ Anton HEINI, Der materiellrechtliche Ordre public im neuen schweizerischen Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in *Festschrift für W. Habscheid zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 1989, p. 154.

⁷⁷⁵ BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 120-121.

⁷⁷⁶ KAUFMANN-KOHLER, p. 282.

public de réception». Plusieurs auteurs suisses, dont nous renonçons à présenter les opinions, se sont récemment penchés sur ces délicates questions⁷⁷⁷.

294. *Notre position. Source. Application de la théorie de la Binnenbeziehung.* Nous examinerons plus loin les motifs qui nous conduisent, de façon générale, à réfuter la notion d'ordre public transnational⁷⁷⁸. Nous n'examinerons ici que la situation particulière de l'autorité de recours statuant sur le fondement de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. Il est parfaitement légitime que le Tribunal fédéral développe une conception restrictive du motif de recours fondé sur l'ordre public, ne serait-ce que pour contrecarrer la fréquence avec laquelle ce motif est invoqué par les plaideurs. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral présente l'avantage, purement pratique, de simplifier le raisonnement qu'il doit suivre, puisqu'il peut se dispenser d'examiner l'intensité des liens que la cause présente avec la Suisse. Sur le plan théorique cependant, la conception adoptée par le Tribunal fédéral, au demeurant peu répandue en droit comparé⁷⁷⁹, nous paraît discutable. S'il est tentant pour l'arbitre, qui, bien souvent, ne dispose pas d'un système juridique de référence, d'en appeler à un ordre public transnational, il est peu convaincant qu'une juridiction étatique et nationale, rattachée à un ordre juridique particulier, suive un raisonnement similaire et semble vouloir proclamer des principes universels⁷⁸⁰. La solution préconisée par le Tribunal fédéral ne nous semble pas apporter une réponse satisfaisante lorsque des parties entretenant certains liens avec l'ordre juridique suisse saisissent un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse. Nous avons observé que G. KAUFMANN-KOLLER ménageait une exception à l'«*ordre public d'envoi*» et faisait intervenir l'«*ordre public de réception*»⁷⁸¹ lorsque la sentence est «*susceptible d'exécution en Suisse*». Nous estimons pour notre part que l'on parviendrait à un meilleur résultat en faisant application de la théorie de la *Binnenbeziehung*, solution qui permettrait d'éviter le morcellement de la notion d'ordre public en plusieurs concepts distincts dont les contours sont flous et le caractère souvent aléatoire d'un pronostic relatif à une exécution potentielle de la sentence en Suisse. La notion d'ordre public d'envoi forgée par G. KAUFMANN-KOHLER est un outil conceptuel qui présente l'avantage d'insister sur la fonction particulière que remplit l'ordre public dans le cadre du recours contre une sentence arbitrale prononcée en Suisse et devant être exécutée à l'étranger. L'ordre public dont il est question à l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP est une ouverture à recours dans l'appréciation de laquelle le juge doit

⁷⁷⁷ Voir ARFAZADEH, *passim*; BERTI, *Zur Anfechtung, passim*; JERMINI, p. 244 ss.

⁷⁷⁸ *Infra*, N° 335-346.

⁷⁷⁹ KAUFMANN-KOHLER, p. 280: «*ces points de comparaison révèlent une nette prédominance de l'ordre public du pays d'annulation*».

⁷⁸⁰ Voir ARFAZADEH, p. 238-239.

⁷⁸¹ *Supra*, N° 293.

tenir compte des liens très lâches qui peuvent exister entre la Suisse et la cause jugée par un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse. Il s'agit d'un contrôle de la *validité* internationale de la sentence et non pas seulement de son *efficacité* en Suisse, pour reprendre les termes de H. ARFAZADEH⁷⁸². En examinant le recours à l'aune de l'ordre public, le juge dote la sentence d'une forme de certificat d'exportation.

295. *Application de la théorie des liens avec le for. Le noyau dur de l'ordre public doit être sauvegardé.* G. KAUFMANN-KOHLER estime que la sentence « doit passer le test de l'ordre public même si elle n'a aucun lien avec notre pays »⁷⁸³. Pour notre part, nous pensons que la solution réside dans l'application, dans toute son étendue, de la théorie classique de la *Binnenbeziehung*: dans la situation visée par G. KAUFMANN-KOHLER, seul le noyau dur de l'ordre public suisse sera examiné. La solution que nous préconisons nous semble cohérente: elle évite de poser un principe tout en ménageant immédiatement une importante exception (« l'ordre public de réception ») lorsque la sentence est susceptible d'exécution en Suisse. La théorie de la *Binnenbeziehung*, qui a pour but de réguler l'intensité de la réaction de l'ordre public en présence de situations reliées de façon plus ou moins étroite au for, apporte également une réponse adaptée à la spécificité de l'arbitrage international au stade du recours. L'autorité de recours tiendrait ainsi compte du caractère international de l'arbitrage et de la faible intensité des liens qui unissent la cause à la Suisse, ceux-ci étant par définition plus lâches lorsqu'un arbitrage est mis en place, du fait que le litige n'est pas tranché par un organe étatique. Comme toute autorité, l'autorité de recours devra dans tous les cas sauvegarder le noyau dur de l'ordre public suisse, soit les valeurs de la société helvétique qui s'imposent de façon absolue, quels que soient les liens que les parties entretiennent avec notre pays. Cette notion sera examinée dans la chapitre suivant⁷⁸⁴. Ces principes participant du noyau dur de l'ordre public coïncideront pour la plupart avec les principes éthiques fondamentaux de la grande majorité des Etats du globe; ce patrimoine moral commun aux diverses nations du monde sera fréquemment concrétisé dans des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux. Dès lors, rien n'empêche le Tribunal fédéral de s'inspirer des conceptions admises à l'étranger pour définir ce qui est essentiel aux yeux de l'ordre juridique suisse⁷⁸⁵.

⁷⁸² ARFAZADEH, *op. cit.*, p. 237; comme l'affirme cet auteur (note 57, p. 241), « l'on peut se demander si le TF n'a pas visé en réalité, non pas la source proprement dite, mais la finalité de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP comme étant transnationale, soit œuvrant vers un ordre public "prospectif", à partir d'un raisonnement comparatif ».

⁷⁸³ KAUFMANN-KOHLER, p. 281.

⁷⁸⁴ Voir *infra*, N° 340-342.

⁷⁸⁵ Voir dans le même sens, en droit français, au sujet de l'art. 1502 NCPC, qui fait référence

296. *Démonstration du fonctionnement de la théorie des liens avec le for.*
 1° *Absence de liens avec la Suisse. Punitive damages; corruption.* Au début de sa contribution, G. KAUFMANN-KOHLER⁷⁸⁶ prend pour exemple deux sentences rendues en Suisse dans des litiges ne présentant aucun lien avec la Suisse, l'une condamnant un plaideur à des punitive damages prononcés en vertu du droit américain, l'autre condamnant une des parties au paiement de commissions convenues dans un but avéré de corruption. Pour G. KAUFMANN-KOHLER, si l'on admettait que l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP vise l'ordre public suisse, on devrait annuler la sentence du premier exemple, l'attribution de dommages-intérêts excédant le montant du préjudice étant contraire à la conception suisse de l'ordre public en matière internationale; or, l'affaire n'ayant aucun lien avec la Suisse, la sentence ayant été rendue en vertu d'un droit choisi et admis par les parties, l'annulation n'aurait pas de sens. Cet auteur envisage et écarte la possibilité de l'introduction de l'exigence de la *Binnenbeziehung*, parce qu'il faudrait alors laisser intacte la seconde sentence, qui ne présente pas de lien avec le for, alors qu'elle est de toute évidence choquante. En outre, si l'on considérait que le siège de l'arbitrage constitue une *Binnenbeziehung* suffisante, ce qui serait contestable, il faudrait alors annuler la première sentence. La solution résiderait dès lors dans la notion d'ordre public d'envoi; celui-ci permettrait de se passer de la condition de la *Binnenbeziehung*, sans annuler pour autant les deux sentences en application de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP, dès lors que le contenu de l'ordre public serait adapté en fonction de sa vocation réellement internationale; seule la seconde sentence sera annulée. Nous pouvons reprendre ces deux exemples et constater que l'application de notre conception conduit à des résultats équivalents, avec l'avantage de ne pas modifier la substance de l'ordre public, selon qu'il s'agit de l'ordre public classique ou de celui de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. En effet, l'application de la théorie de la *Binnenbeziehung* permet elle aussi d'annuler la seconde sentence et de laisser intacte la première. La théorie des liens avec le for postule une intervention de l'ordre public d'autant plus musclée que le principe d'ordre public est fondamental et d'autant plus légère que les liens de la cause avec le for sont lâches; en l'absence de liens avec le for, l'ordre public peut néanmoins intervenir pour sauvegarder les principes essentiels de la société du for⁷⁸⁷. Le caractère immoral des contrats de corruption constitue une valeur fondamentale du droit suisse qui ressortit au noyau dur de l'ordre public; l'interdiction de

à l'ordre public international, MAYER, La sentence, p. 615 ss, 650; GAILLARD, Jurisclasseur de droit international, fasc. 586.10, N° 75 et FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris 1996, N° 1648, p. 969-970. Sur la question de l'ordre public transnational, cf. *infra*, N° 335 ss.

⁷⁸⁶ KAUFMANN-KOHLER, p. 274.

⁷⁸⁷ *Infra*, N° 340-342.

l'enrichissement du lésé fait certes partie de l'ordre public suisse, mais il s'agit d'un principe moins fondamental de notre ordre juridique. Il pourrait être relativisé en prenant en compte l'intensité des liens que la cause entretient avec la Suisse. Quand bien même les deux causes ne présentent avec la Suisse qu'un lien ténu (siège du tribunal arbitral), il est parfaitement cohérent d'admettre que le Tribunal fédéral pourrait annuler la seconde sentence et non la première, parce que les principes d'ordre public déterminants ne sont pas d'importance égale. Enfin, si l'une des parties entretient des liens étroits avec la Suisse, la théorie de la *Binnenbeziehung* permettrait de faire intervenir l'ordre public avec davantage d'intensité, sans avoir recours à un expédient sous la forme d'une exception au principe posé. La même démarche pourrait être suivie lorsque le Tribunal fédéral se prononce sur un recours fondé sur la violation de l'ordre public par un juge suisse saisi par des parties, en vertu d'une prorogation de for, pour statuer sur un litige ne présentant aucun lien avec la Suisse⁷⁸⁸.

297. 2° *Cause présentant des liens avec la Suisse.* Dans la plupart des cas, lorsque le siège du Tribunal arbitral et la saisine du Tribunal fédéral constituent les seuls liens avec la Suisse, le résultat pratique auquel conduirait la solution que nous préconisons ne serait pas différent de celui qui se dégage de l'arrêt *Westland*. En revanche, lorsque les parties ou l'une d'elles entretient d'autres liens avec la Suisse, notre proposition conduirait à faire intervenir plus largement les principes d'ordre public, proportionnellement à l'intensité des liens de la cause avec la Suisse et à la gravité de l'atteinte à l'ordre public. Le résultat auquel parvient G. KAUFMANN-KOHLER n'est guère éloigné, puisque cet auteur suggère de faire intervenir l'« *ordre public de réception* » lorsque la sentence est susceptible d'exécution en Suisse. Si l'on ne faisait intervenir que le noyau dur de l'ordre public alors que les parties entretiennent d'autres liens avec la Suisse, notamment que la sentence pourrait être exécutée en Suisse, par exemple parce que l'une des parties y a son domicile ou son siège ou y possède des biens, l'ordre public suisse ne serait pas sauvegardé, quand bien même l'ordre juridique suisse serait à l'évidence concerné. Comme le relève G. KAUFMANN-KOHLER⁷⁸⁹, les exceptions des art. 81 al. 2 LP et 6 CIA (dont l'application en matière d'exécution des sentences arbitrales se fondant sur la LDIP est au demeurant controversée)⁷⁹⁰ ne résolvent pas le problème, puisqu'elles ne réservent que la compétence et le droit d'être entendu, mais non l'ordre public suisse. On a observé que, dans le contexte de la renonciation au recours, l'art. 192 al. 2 LDIP instaurait un contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public au stade de l'exécution de la sentence

⁷⁸⁸ A condition que le juge ait accepté la prorogation (cf. art. 5 al. 3 LDIP).

⁷⁸⁹ KAUFMANN-KOHLER, p. 282, note 33.

⁷⁹⁰ Contre l'application de ces textes: BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 136; pour l'application de ces textes: LALIVE/POUDRET/REYMOND, p. 451.

en Suisse⁷⁹¹; ce texte a justement pour but d'éviter que la sentence ne puisse échapper au contrôle de l'ordre public du lieu d'exécution⁷⁹². Il serait illogique de ne pas ménager un tel contrôle à l'encontre des sentences liant des parties n'ayant pas exclu, en tout ou en partie, la possibilité de recourir au Tribunal fédéral, alors que l'ordre juridique suisse est concerné.

298. *Conclusion.* L'autorité de recours devrait déterminer au sein de l'ordre public ce qui constitue, d'une part, le noyau dur de l'ordre public qui devra être opposé à toute sentence prononcée par un tribunal arbitral ayant un siège en Suisse, quels que soient les liens que les parties entretiennent avec la Suisse et, d'autre part, les principes d'ordre public qui n'appartiennent pas à cette portion intangible et qui interviendront de manière différenciée, avec plus ou moins de force, selon l'intensité des liens que la cause entretient avec la Suisse. Lorsque la sentence concerne une cause étroitement liée à la Suisse, les principes d'ordre public susceptibles d'intervenir au stade du recours sont plus nombreux que ceux qui interviennent lorsque le siège du tribunal arbitral constitue le seul lien avec la Suisse. Que l'on raisonne à l'aide de la théorie de la *Binnenbeziehung* ou par le biais des concepts d'ordre public d'envoi et d'ordre public de réception, le résultat est identique; nous préférons la première méthode, parce qu'elle présente l'avantage conceptuel de ne pas morceler le concept d'ordre public en plusieurs notions distinctes.

⁷⁹¹ *Supra*, N° 242, mécanisme que la doctrine étend à la renonciation partielle (cf. N° 243).

⁷⁹² KAUFMANN-KOHLER, p. 282, note 34.

Chapitre VII: Les théories de l'effet atténué de l'ordre public et des liens avec le for (*Binnenbeziehung ou Inlandsbeziehung*)

1. Théorie de l'effet atténué

A. Notion

299. *Enoncé de la théorie.* Selon la théorie de l'effet atténué, l'ordre public interviendrait de manière moins incisive lorsqu'il s'agit de reconnaître ou d'exécuter une décision (contentieuse ou gracieuse) étrangère ou de reconnaître une situation valablement créée à l'étranger que lorsque le droit étranger est appliqué; on parle d'effet indirect de l'ordre public dans le premier cas, d'effet direct dans le second. Selon cette théorie, l'atténuation de l'ordre public se manifeste lorsqu'il y a effet indirect, alors que l'ordre public est toujours plein lorsqu'il s'agit d'effet direct.

300. *L'effet atténué se manifeste en matière d'effet indirect, à titre principal ou préalable.* Il y a effet indirect lorsque le juge n'applique pas directement le droit étranger, mais prend en compte, indirectement, l'application faite par le juge étranger de la loi étrangère ou tient compte d'une situation juridique valablement créée à l'étranger sous l'empire d'une loi désignée par la règle de conflit étrangère. Il faut d'emblée relever que cet effet indirect peut se présenter sous deux formes distinctes dès lors que la reconnaissance peut intervenir à titre principal ou à titre préalable. Il y aura effet indirect, à titre principal, lorsque l'objet de l'instance ou de la procédure au sens large porte sur la reconnaissance et l'exécution (requête de reconnaissance ou d'*exequatur*). La reconnaissance intervient à titre préalable lorsqu'à l'occasion d'un litige ou d'une autre procédure, même non contentieuse, le juge ou toute autre autorité doit, pour résoudre une question principale qui lui est soumise, examiner si une décision ou un autre acte étranger doivent être reconnus. En droit suisse, l'autorité saisie peut toujours statuer sur la reconnaissance d'une décision étrangère invoquée à titre préalable (art. 29 al. 3 LDIP). Par exemple, le juge du divorce examine si le mariage, célébré à l'étranger, dont il doit prononcer la dissolution, doit être reconnu ou si un acte de dissolution antérieur doit l'être⁷⁹³. Le juge est saisi à titre principal d'une demande en divorce et doit se prononcer, à titre préalable, sur la reconnaissance dans l'Etat du for de la situation créée à l'étranger. Il en va de même lorsqu'un officier de l'état civil, appelé à célébrer un mariage en

⁷⁹³ Dans l'arrêt de la Cour de justice GE du 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219 (cf. *infra*, N° 796), le mari avait déposé une requête d'*exequatur* d'une répudiation, alors qu'une demande en divorce était pendante en Suisse. Il s'agissait donc d'une reconnaissance demandée à titre principal, comme l'a relevé la Cour (p. 223).

Suisse (art. 44 LDIP), doit examiner si la dissolution, à l'étranger, d'un précédent mariage doit être reconnue en Suisse (art. 65 LDIP)⁷⁹⁴. Il arrive que, dans un même litige, l'ordre public doive intervenir dans son effet direct (effet plein) pour la question principale, si les effets de la *lex causae* étrangère sont jugés choquants, et dans son effet indirect (effet atténué) pour la question préalable, si la reconnaissance d'un acte heurte l'ordre public. Selon la théorie de l'effet atténué, l'ordre public interviendrait de manière moins incisive dans la seconde hypothèse.

301. *L'effet atténué ne signifie pas que la réserve n'interviendra jamais.* L'effet atténué implique une intervention moins incisive de la réserve à l'encontre des situations constituées à l'étranger, ce qui ne signifie toutefois pas que l'ordre public n'interviendra jamais en matière d'effet indirect. Il n'y a pas un effet direct dans lequel l'ordre public intervient, parce qu'il est plein, et un effet indirect dans lequel la réserve n'intervient jamais, l'ordre public étant atténué. Il s'agit plutôt d'une question de degré: l'ordre public interviendra moins facilement en matière d'effet indirect, où seules les atteintes à l'ordre public les plus graves seront sanctionnées. Il est donc possible que soit reconnu en Suisse un jugement étranger prononcé en application d'un droit étranger qu'un juge suisse aurait probablement dû évincer au nom de l'ordre public s'il avait dû trancher le litige.

302. *Seul l'ordre public matériel est visé par cette théorie.* A titre préliminaire, il faut préciser que la distinction entre effet direct et indirect ne peut concerner que l'ordre public matériel et non l'ordre public formel: dans le domaine de la procédure, le juge applique la loi de procédure du for, de sorte qu'il ne peut y avoir de comparaison avec un effet plein; la question de l'intervention de l'ordre public ne peut se poser qu'au stade de la reconnaissance ou de l'*exequatur*⁷⁹⁵.

B. Fondements théoriques

303. *Introduction.* L'ordre public matériel intervient de manière différenciée en fonction de deux facteurs, l'un temporel, l'autre spatial. La réserve intervient moins fréquemment lorsqu'il s'agit de reconnaître une décision, parce que la situation a été créée à l'étranger dans le passé, alors que la réserve évince plus facilement une loi étrangère qu'un juge du for est amené à appliquer dans le

⁷⁹⁴ A noter que lorsque l'autorité de surveillance de l'état civil se prononce sur la transcription d'un acte étranger dans les registres suisses de l'état civil (art. 32 LDIP), la question de la reconnaissance se pose à titre préalable à celle, principale, de la transcription; cf. *supra*, N° 229.

⁷⁹⁵ ALEXANDRE, p. 282; BUCHER, DIP I/2, N° 470.

présent et qui n'a pas encore déployé d'effet; l'effet atténué adoucit la rigueur de l'intervention de l'ordre public. Les auteurs ont su trouver diverses explications pour justifier les fondements de cette théorie.

304. *Respect de la souveraineté étrangère. Coopération interétatique.* Une explication ancienne (MANCINI, PILLET) se réfère à la théorie des lois d'ordre public: le respect de la souveraineté étrangère exigerait de ne pas remettre en question l'application qu'un Etat étranger a faite de ses lois d'ordre public, parce qu'elles sont d'essence territoriale. Selon cette conception, le juge de l'Etat de la reconnaissance ne pourrait remettre en question une situation constituée à l'étranger, mais uniquement s'opposer au nom de l'ordre public aux effets qu'on lui demanderait de faire produire dans l'Etat du for⁷⁹⁶. La théorie de la territorialité des lois d'ordre public sur laquelle se fonde cette conception n'est plus d'actualité. Sans aller aussi loin, d'autres auteurs sont d'avis que le droit international privé devrait s'efforcer d'assurer un minimum de coopération entre les Etats et accorder un préjugé favorable aux institutions étrangères, ce qui supposerait une certaine modération dans l'application de la réserve⁷⁹⁷.

305. *Théorie des droits acquis.* La théorie des droits acquis pourrait également être avancée à titre d'explication: on pourrait soutenir qu'un droit valablement acquis à l'étranger doit être respecté dans l'Etat du for⁷⁹⁸. La théorie des droits acquis ne compte plus guère d'adeptes dans la doctrine européenne. Même aux Etats-Unis, où elle servait de fondement, sous la forme des *vested rights*, au premier *Restatement* de 1934⁷⁹⁹, elle a été abandonnée par la doctrine et ne constitue pas le fondement théorique du *Restatement second* (1965)⁸⁰⁰. Relevons enfin que cette théorie ne permet pas d'expliquer pour quelles raisons l'ordre public intervient parfois en matière d'effet indirect.

306. *Degré de l'atteinte à l'ordre social du for.* De nos jours, l'on fonde le plus fréquemment la théorie de l'effet atténué sur le degré de l'atteinte portée à l'ordre social du for. Les conceptions essentielles et l'organisation juridique de

⁷⁹⁶ C'est la doctrine de MANCINI et PILLET, résumée par LAGARDE, *La théorie de l'ordre public*, p. 267 et *idem*, *Répertoire*, 2^e éd., V^o *Ordre public*, ch. 36-38; voir également BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N^o 361.

⁷⁹⁷ En ce sens, Henri-Jacques LUCAS, *L'office du juge de l'exequatur*, th. dactyl., Poitiers 1966, p. 207, cité par ALEXANDRE, p. 283.

⁷⁹⁸ Sur la théorie des droits acquis, voir notamment BUCHER, *DIP* I/2, N^o 302-305 et BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N^o 326; Horatia MUIR WATT, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, *RCDIP* 1986, p. 425-455; Hessel E. YNTEMA, *The Comity Doctrine*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht*, *Festschrift für Hans Döle*, Tübingen 1963, t. II, p. 65-86; BORN, p. 546 ss.

⁷⁹⁹ Voir HANOTIAU, p. 7 ss.

⁸⁰⁰ Voir HANOTIAU, p. 155 ss.

l'Etat de la reconnaissance sont moins fortement atteintes par les conséquences d'un acte réalisé à l'étranger qu'elles ne le seraient si cet acte devait être créé dans l'Etat du for⁸⁰¹. Pour Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL⁸⁰², « l'opinion publique est moins sensibilisée à l'efficacité d'un acte réalisé à l'étranger qu'elle ne le serait à la reconnaissance de la liberté d'accomplir en France dans la vie internationale ce qui est prohibé dans la vie interne ». Ces auteurs précisent que « s'il existe deux poids deux mesures de l'ordre public, c'est parce que le résultat est plus grave au plan de la création des droits qu'à celui de leur efficacité internationale. Cette gravité plus grande justifie une sévérité, une vigilance accrue »⁸⁰³.

307. *Tolérer une violation est plus facilement admissible qu'en commettre une !* M. NIEDERMANN fonde la théorie sur une affirmation paradoxale: l'on serait plus facilement disposé à tolérer une violation du droit qu'à en commettre une⁸⁰⁴. Cette affirmation, pour le moins discutable, ne correspond guère au mécanisme de la réserve: il ne s'agit pas de refuser ou d'admettre une violation du droit, mais de juger si les effets qu'un acte étranger déploie dans l'Etat de la reconnaissance vont à l'encontre des valeurs essentielles de celui-ci.

308. *Eviter les rapports juridiques boiteux.* L'approche des auteurs qui se fondent sur la réalité positive de l'existence de l'acte à l'étranger nous semble plus convaincante. Ils soulignent qu'il est plus difficile de nier une réalité existante que de refuser de lui donner naissance⁸⁰⁵; le refus de reconnaissance est quasiment assimilable à la négation d'un fait lorsque, dans la réalité, l'acte créé à l'étranger a déjà produit, à l'étranger, des effets sur lesquels les parties ont fondé des prévisions⁸⁰⁶. En suivant une approche purement pragmatique, l'on peut souligner qu'un refus de reconnaissance pourrait présenter plus d'inconvénients encore que la reconnaissance elle-même⁸⁰⁷. En renonçant à faire intervenir la réserve, l'on éviterait de créer des rapports juridiques boiteux, qui sont valables dans un Etat et qui sont radicalement nuls dans d'autres. Le juge qui refuse d'appliquer un droit étranger (effet direct) le remplace par un autre et résout le litige qui lui était soumis, tandis qu'en matière de reconnaissance, les conséquences de l'intervention de la réserve sont plus

⁸⁰¹ Voir l'exposé de la théorie classique chez ALEXANDRE, p. 283.

⁸⁰² LOUSSOUARN/BOUREL, N° 259, p. 298; cf. également AUDIT, N° 309, p. 274: « l'effet perturbateur pour l'ordre juridique est objectivement moindre ».

⁸⁰³ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 261, p. 300-301. Voir également l'opinion de PHILONENKO, citée par EKELMANS, Effets atténués, p. 294.

⁸⁰⁴ NIEDERMANN, p. 177.

⁸⁰⁵ ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, p. 213.

⁸⁰⁶ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, 7^e éd., N° 367.

⁸⁰⁷ AUDIT, N° 309.

sévères: l'acte dont la reconnaissance est refusée est tenu pour inexistant. La création d'un nouveau statut dans cet Etat ne sera pas toujours possible, faute de compétence; même si elle l'est, elle ne déploiera généralement pas d'effet rétroactif et ne remplacera pas le statut étranger dont la reconnaissance est refusée. Le refus de reconnaissance d'un acte au sujet duquel les parties ont nourri des attentes légitimes peut se révéler profondément inéquitable pour elles, à telle enseigne que l'opinion publique du for est parfois davantage heurtée par un refus qu'elle ne le serait par une reconnaissance. Il en va souvent ainsi en droit des personnes et en droit de la famille, domaines dans lesquels un refus de reconnaissance équivalant à la négation d'une réalité sociale et affective peut être durement ressenti par les intéressés. Enfin, la conviction d'un effet guérisseur de la chose jugée semble profondément enracinée dans la conscience juridique de la population⁸⁰⁸, ce qui pourrait renforcer cette approche.

309. *Degré des liens de la cause avec le for. Notre conception.* Si les explications brièvement exposées ci-dessus renferment sans doute chacune leur part de vérité, le principal fondement théorique de l'effet atténué nous paraît résider dans la moindre proximité de la cause avec l'Etat de la reconnaissance au moment de la naissance du droit ou de la création du statut à l'étranger⁸⁰⁹. C'est la seule explication qui permet de comprendre que l'ordre public intervienne exceptionnellement en matière d'effet indirect. En d'autres termes, c'est parce qu'au moment de la création de l'acte dont la reconnaissance est en cause, les parties n'entretenaient que peu de liens avec l'Etat de la reconnaissance que l'ordre public intervient de façon plus restreinte. Pour reprendre l'expression de G. GOLDSTEIN⁸¹⁰, l'impact quasiment physique que la solution concrète étrangère aura sur le territoire du for déterminera son éviction ou sa réception. A l'éloignement dans le temps et dans l'espace s'ajoute un éloignement personnel de la cause avec le for qui justifie une intervention moins stricte de la réserve. La théorie de l'effet atténué constitue

⁸⁰⁸ NIEDERMANN, p. 178: « die tief verwurzelte Rechtsüberzeugung von der heilenden Kraft der res iudicata ».

⁸⁰⁹ HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 604: « la réaction du for est tributaire du degré d'extranéité des relations juridiques soumises à la loi étrangère »; SONNENBERGER, München. Komment., N° 87 ad art. 6, en rapport avec les questions préalables: « Der Inlandsbezug ist einfach wesentlich stärker, wenn es um die Begründung eines Rechtsverhältnisses im forum-Staat geht, als in den Fällen, wo im forum-Staat lediglich über einzelne Wirkungen eines solchen Rechtsverhältnisses oder über ein anderes Rechtsverhältnis zu entscheiden ist, für das es Voraussetzung ist. Es verhält sich hier ähnlich wie beim abgeschwächten o.p. »; BUCHER, DIP I/1, N° 684: « Cet affaiblissement de l'ordre public de l'Etat requis est une manifestation particulière de l'exigence de la Binnenbeziehung ».

⁸¹⁰ GOLDSTEIN, Ordre public, p. 60.

dès lors donc une concrétisation particulière et partielle de la théorie des liens avec le for (théorie de la *Binnenbeziehung*) dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution⁸¹¹.

C. Aperçu de droit comparé

a) Droit international privé français

310. *La théorie est solidement ancrée en droit positif français.* La théorie de l'effet atténué est solidement ancrée en droit positif français en dépit des critiques dont elle a fait l'objet. La doctrine a pu voir des illustrations de cette théorie à la fin du XIX^e siècle déjà⁸¹². La théorie serait, selon H. BATIFFOL/P. LAGARDE, « l'apport de la jurisprudence française à la conceptualisation de la relativité de l'ordre public international »⁸¹³. Dans l'affaire *Bulkley*, un divorce prononcé en Angleterre à une époque où il était prohibé en France fut reconnu en France⁸¹⁴. En affirmant que « la loi de 1816 (prohibant le divorce) doit être renfermée dans les limites qu'elle s'est tracée », qu'elle « n'a pu vouloir et n'a voulu statuer que pour l'avenir et pour la France » et qu'elle « n'a atteint, par sa disposition unique, ni les divorces antérieurement prononcés ni les divorces prononcés régulièrement à l'étranger », la Cour de cassation faisait référence au caractère territorial des lois d'ordre public, thèse chère à MANCINI et PILLET. De même, le rejet des recherches de paternité avant 1912 au nom de l'ordre public n'empêchait pas les tribunaux d'accueillir les demandes fondées sur une filiation établie à l'étranger⁸¹⁵.

311. *La Cour de cassation. Première version de la théorie.* Dans deux arrêts de

⁸¹¹ Dans ce sens GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 60; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 361, p. 582.

⁸¹² Voir la description détaillée de la gestation de cette théorie chez LAGARDE, *Recherches*, p. 13-31 et GRAULICH, *RCDIP* 1975, p. 59; voir les auteurs anciens: PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. I (1923), N° 123, N° 43; NIBOYET, *Manuel*, 2^e éd., N° 454 i.f.: « (...) l'ordre public conserve, partout, en droit, la même nature, mais il a, en fait, un intérêt moindre sur le terrain du respect des droits que sur celui de la naissance des droits ».

⁸¹³ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 361; EKELMANS, *Effets atténués*, p. 287 (voir également, p. 289 ss, sa présentation de la réception de la théorie dans la doctrine et la jurisprudence belges).

⁸¹⁴ Cass. fr., 21 février 1860, *Sirey* 1860 I, p. 210, ANCEL/LEQUETTE, *Grands arrêts*, N° 4; voir également CA Alger, 9 février 1910, *RCDIP* 1913, p. 103: « Que, quand il s'agit d'actes juridiques passés hors de France entre étrangers, ces actes ne sont pas nuls, parce que attentatoires à l'ordre public international ».

⁸¹⁵ LAGARDE, *Recherches*, p. 17-22.

1945⁸¹⁶, la Cour de cassation affirmait, s'agissant de l'*exequatur* de jugements de paternité naturelle qui n'auraient pas pu être prononcés en France, que « *les juges du fond auxquels était demandé d'en ordonner l'exécution ne devaient plus considérer les exigences de l'ordre public français qu'au regard des effets non réalisés de la situation acquise à l'étranger* ». Comme l'expliquent H. BATIFFOL/P. LAGARDE⁸¹⁷, cette première version de la théorie de l'effet atténué ne permettait au juge que d'examiner les effets non réalisés de la situation créée à l'étranger; or ces effets sont en soi rarement contraires à l'ordre public, de sorte que la situation créée à l'étranger bénéficiait d'une immunité quasi absolue.

312. *L'arrêt Rivière: la consécration.* La doctrine de l'effet atténué devait trouver son « *plein épanouissement* » (P. LAGARDE) dans l'arrêt *Rivière* qui l'exprima sous une forme restée célèbre. Les tribunaux français, saisis d'une action en divorce devaient se prononcer, à titre préalable, sur l'effet en France d'un divorce par consentement mutuel prononcé en Equateur, à une époque où la France ne connaissait que le divorce pour faute; la Cour de cassation a estimé que l'exception d'ordre public ne devait pas intervenir, car il s'agissait d'un droit acquis sans fraude à l'étranger. La Cour affirmait: « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »⁸¹⁸.

313. *Appréciation.* Par rapport à sa première expression, la théorie était assouplie puisque, dorénavant, le juge pouvait prendre en compte la situation dans son ensemble et non simplement les effets qui devaient encore se réaliser. Comme l'explique P. LAGARDE⁸¹⁹, la Cour n'affirmait pas que l'ordre public devrait cantonner ses réactions aux effets non réalisés de la situation acquise à l'étranger, laquelle serait une fois pour toutes soustraite à l'ordre public

⁸¹⁶ Cass. fr., 11 avril et 1^{er} mai 1945, JCP 1945 II 2895.

⁸¹⁷ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 361.

⁸¹⁸ Cass. fr., 17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP 1953, p. 412, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 26; voir la même formule pour la reconnaissance en France de la reconnaissance d'un enfant adultérin, Cass. fr., 22 mai 1957, RCDIP 1957, p. 466, *Henrich*; voir également Cass. fr., 28 janvier 1958, RCDIP 1958, p. 110, *Chemouni*, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 30; Cass. fr., 3 janvier 1980, RCDIP 1980, p. 331, *Beneddouch*, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 61. Certains tribunaux d'autres pays ont repris la formule de l'arrêt *Rivière*, voir p. ex. Tribunal de première instance de la Principauté de Monaco, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 439, *Consorts Lehmann*; CA Liège, 23 avril 1970, *Oum Keltoum*, cité par EKELMANS, Effets atténués, p. 290 et 295.

⁸¹⁹ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 269.

français⁸²⁰; la Cour déclarait simplement que la réaction de l'ordre public devait être différente; depuis lors, il est admis que l'ordre public peut intervenir à l'encontre d'une situation acquise à l'étranger. Ainsi que le relèvent H. BATIFFOL/P. LAGARDE, « l'effet de l'ordre public, simplement atténué en cas de situation constituée à l'étranger, peut néanmoins se manifester dans les cas les plus graves »⁸²¹. Quant à l'expression d'« effet atténué », la Cour de cassation l'a utilisée pour la première fois, semble-t-il, dans l'arrêt *Munzer*⁸²².

314. *L'effet atténué en matière de polygamie et de répudiation. Les nouvelles voies.* Comme nous l'observerons dans la partie spéciale, c'est cette théorie qui a permis aux tribunaux français de reconnaître des effets très étendus au statut polygamique, en matière de pensions alimentaires, de liquidation du régime matrimonial, de successions notamment⁸²³, et d'admettre que des répudiations prononcées à l'étranger puissent déployer des effets en France⁸²⁴. Si la célébration d'une union polygamique en France est impossible (effet direct ou plein), l'ordre public n'empêche pas les différentes épouses d'un mari polygame de lui réclamer des aliments en France ou d'agir en pétition d'hérédité (effet indirect ou atténué). Nous verrons également que la jurisprudence française commence à tempérer les élans d'extrême tolérance qu'elle avait manifestés dans ces matières. Confrontée à des cas de répudiation jugés particulièrement choquants, dans lesquels l'une des parties intégrée en France a recours à sa loi nationale pour échapper à ses obligations alimentaires, la jurisprudence a tenté d'échafauder des moyens de remédier aux abus (fraude à la loi, ordre public procédural). On peut ainsi affirmer qu'en France, la discussion actuelle porte sur les voies nouvelles à tracer pour remédier aux effets pervers de la théorie, à la « fraude à l'intensité de l'ordre public ». En outre, nous verrons que la jurisprudence et la doctrine françaises semblent séduites par la doctrine allemande de l'*Inlandsbeziehung*⁸²⁵.

⁸²⁰ Comme elle semblait l'affirmer dans les arrêts des 11 avril et 1^{er} mai 1945 précités (note 816).

⁸²¹ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 362, citant Cass. fr., 30 janvier 1979, RCDIP 1979, p. 629, déclarant contraire à l'ordre public « même atténué » un jugement de divorce attribuant les enfants au mari sans tenir compte de leur intérêt. FRANCESKAKIS in Encyclopédie, V° Ordre public, ch. 75-77. LOUSSOUARN/BOUREL, N° 260, p. 300: « le juge saisi d'une question d'efficacité internationale des droits doit, dans chaque cas, rechercher si, même sur ce terrain, l'antinomie entre la loi étrangère et la loi française est si poussée qu'elle rende l'application de la première intolérable en France ».

⁸²² Cass. fr., 7 janvier 1964, *Munzer*, RCDIP 1964, p. 344, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 41: « (...) qu'ainsi l'ordre public, qui n'intervenait que par son effet atténué se trouvait moins exigeant que s'il se fût agi de l'acquisition des mêmes droits en France ».

⁸²³ Cf. *infra*, N° 630-633, 636.

⁸²⁴ *Infra*, N° 762.

⁸²⁵ Cf. *infra*, N° 357-361.

b) Droit international privé allemand

315. *La doctrine et la jurisprudence. Prééminence de la théorie de l'Inlandsbeziehung.* Si la doctrine et la jurisprudence françaises se concentrent sur la théorie de l'effet atténué, l'Allemagne a consacré les bases de la théorie des liens avec le for, que nous examinerons dans la section suivante. La doctrine allemande n'en traite pas moins de l'effet atténué sous le vocable d'« *abgeschwächter ordre public* » généralement en marge de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*; la doctrine majoritaire admet la théorie de l'effet atténué⁸²⁶ tout en lui consacrant des développements moins complets qu'à celle des liens avec le for. Quant aux tribunaux allemands, ils n'ont semble-t-il jamais appliqué expressément cette théorie; ils parviennent à des résultats largement convergents en application de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*⁸²⁷.

D. L'effet atténué en droit international privé suisse

316. *La jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la loi de 1987.* Bien avant l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral a adopté la théorie de l'effet atténué en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements prononcés à l'étranger⁸²⁸, affirmant qu'« *en matière d'exécution de jugements étrangers, la notion d'incompatibilité avec l'ordre public suisse doit recevoir une interprétation plus étroite que lorsqu'il s'agit de l'application directe de la loi étrangère par le juge suisse* »⁸²⁹.

⁸²⁶ P.ex FIRSCHING/VON HOFFMANN, § 6, N° 153, p. 245; GEIMER, *Anerkennung*, p. 139; GEIMER *in* ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 16^e éd., Cologne 1990, N° 152 ad § 328 ZPO; GEIMER/SCHÜTZE t.1.2, § 198, p. 1588-1589, note 38; KEGEL, p. 380; KROPHOLLER, § 60 III 5, p. 546; LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, Cologne etc. 1990, N° 420, p. 143; RAAPE/STURM, p. 204, 354-355; SONNENBERGER, N° 22 et 87 ad art. 6 EGBGB.

⁸²⁷ SONNENBERGER, N° 22 ad art. 6 EGBGB.

⁸²⁸ ATF 78 II 243 (251), *Loudon* (jugement autrichien); ATF 81 I 139 (145), *D.* (jugement français); ATF 84 I 119 (123), *Kreissparkasse Weilbingen* (Convention germano-suisse); ATF 87 I 191 (193), *X.* (Convention franco-suisse); ATF 90 I 112 (118), *Mekki* (Convention italo-suisse); ATF 93 I 49 (58), *Egeiran SA* (sentence arbitrale); ATF 96 I 387 (391), *Nowak* (Convention franco-suisse); ATF 96 I 396 (398), *M.* (Convention de La Haye 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants); ATF 97 I 151 (157), *Müller* (Convention belgo-suisse); ATF 97 I 250 (256), *F.* (Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires); ATF 103 Ia 531 (533), *United Financial Group Inc.* (jugement américain); ATF 103 Ia 199 (204), *Berti* (Convention germano-suisse); ATF 103 Ib 69 (74), *Sprecher* (Convention avec la Suède); ATF 109 Ib 232 (235), *Dame B.* (Convention germano-suisse).

⁸²⁹ ATF 81 I 139 (145), *D.*

317. *Les travaux préparatoires. La formulation de l'art. 27 LDIP.* Les travaux préparatoires de la LDIP se réfèrent expressément à la doctrine de l'effet atténué. Le rapport de la Commission d'experts souligne que la réserve doit être interprétée de manière restrictive, ce qui vaut « *tout particulièrement en matière de reconnaissance et d'exécution où l'on a affaire à des rapports juridiques qui ont déployé leurs effets à l'étranger et qui, s'ils n'étaient pas reconnus en Suisse, conduiraient à créer des situations boiteuses; il s'agit de "l'ordre public atténué de la reconnaissance"* »⁸³⁰. Comme nous l'avons expliqué, le législateur a voulu ancrer la théorie de manière expresse dans la loi en utilisant l'adverbe « *manifestement* » à l'art. 27 al. 1 LDIP; alors que cette précision était motivée par un but louable de clarté, la contradiction des termes au sein d'un droit international privé d'origine conventionnelle et législative pourrait malheureusement contribuer à la confusion des esprits⁸³¹.

318. *Confirmation dans la jurisprudence rendue sous l'empire de la LDIP.* Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral a confirmé son attachement à cette théorie. Dans l'affaire *Société R.*⁸³² qui concernait l'ordre public formel, le Tribunal fédéral affirmait: « *la réserve d'ordre public, en tant que clause d'exception, doit être interprétée de manière restrictive. Il en va tout spécialement ainsi en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers où l'on a affaire à des rapports juridiques qui ont force de chose jugée ou qui sont définitivement acquis à l'étranger. En refusant de les reconnaître en Suisse, on créerait des rapports juridiques boiteux. C'est pourquoi on ne peut invoquer la réserve de l'ordre public suisse que si la contradiction avec le sentiment suisse du droit et des mœurs est sérieuse. Autrement dit, la reconnaissance constitue la règle, dont il ne faut pas s'écarter sans de bonnes raisons. Dans ce domaine, la doctrine emploie, à juste titre, les termes "d'ordre public atténué de la reconnaissance" ou "d'effet atténué de l'ordre public" ».*

319. *Exemple: reconnaissance d'une adoption.* Dans un arrêt de 1994, le Tribunal fédéral a ordonné la transcription (art. 32 LDIP) d'une adoption américaine intervenue quatre semaines après la naissance de l'enfant, par des parents adoptifs suisses dont l'un était double national suisse et américain; le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait tenir compte du fait que deux ans s'étaient écoulés depuis le prononcé de l'adoption, période durant laquelle l'enfant avait vécu avec ses parents adoptifs. Se référant à A. BUCHER, le Tribunal fédéral

⁸³⁰ Rapport, p. 267; cf. également Message, ch. 217.3.

⁸³¹ Cf. *supra*, N° 64 au sujet de la formulation utilisée par les Conventions de La Haye modernes.

⁸³² ATF 116 II 625 (630), *Société R.*

affirme que « le temps représente un élément important de l'effet atténué de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions étrangères »⁸³³.

320. *La théorie n'est pas mentionnée lorsque la réserve intervient.* Il est surprenant de constater que le Tribunal fédéral, lorsqu'il fait exceptionnellement intervenir l'ordre public en matière d'effet indirect, ne se réfère pas à la théorie de l'effet atténué qu'il passe pudiquement sous silence comme s'il y avait quelque contradiction à faire intervenir la réserve dans le domaine de l'effet indirect. Ainsi, dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral a considéré qu'un mariage conclu au Danemark entre deux personnes du même sexe heurtait l'ordre public et ne devait pas être transcrit dans les registres de l'état civil; il s'agissait d'effet indirect et le Tribunal fédéral n'a pas fait la moindre allusion à l'effet atténué⁸³⁴. Nous pensons qu'il est souhaitable que les tribunaux se réfèrent également à la théorie de l'effet atténué lorsque la réserve intervient à l'encontre d'une acte étranger, en expliquant les raisons pour lesquelles l'ordre public doit intervenir dans le cas particulier, bien qu'il s'agisse de l'effet indirect.

321. *Un arrêt cantonal parmi d'autres.* La jurisprudence cantonale offre plusieurs arrêts faisant application de la théorie de l'effet atténué. Un arrêt du Tribunal civil de Bâle-Ville illustre parfaitement la démarche. Ce tribunal a prononcé l'*exequatur* d'un jugement américain condamnant une société suisse à des *punitive damages*, en application du droit anglais⁸³⁵. Juste après avoir rappelé que la théorie de l'effet atténué, exprimée à l'art. 27 LDIP⁸³⁶, justifiait une application restrictive de l'ordre public, ce tribunal s'est référé à celle de la *Binnenbeziehung*⁸³⁷. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de transport entre les

⁸³³ ATF 120 II 87 (88), *époux X*.

⁸³⁴ ATF 119 II 264, *X*.

⁸³⁵ *Zivilgericht BS*, 1^{er} février 1989, *S.F. Inc. c. T.C.S. AG*, BJM 1991, p. 31; le TF a déclaré irrecevable le recours en réforme interjeté contre cette décision, ATF 116 II 376, *T. AG*. Pour un exemple de jugement condamnant à des *exemplary damages*, dont la reconnaissance est refusée, car jugée incompatible avec l'ordre public, voir Tribunal du district de Sargans, 1^{er} octobre 1982, in *Bulletin ASA* 1987, p. 263 ss. Voir également J. DROLSHAMMER/H. SCHÄERER, *Die Verletzung des materiellen ordre public als Verweigerungsgrund bei Vollstreckung eines US-amerikanischen « punitive damage-Urteils »*, RSJ 1986, p. 309-318 et surtout CHRISTIAN LENZ, *Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter*, *Etudes suisses de droit international*, vol. 77, Zurich 1992 (p. 166-167 sur le jugement bâlois et l'effet atténué et p. 169-170 sur la *Binnenbeziehung*). En Allemagne, voir BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312, IPRax 1993, p. 309.

⁸³⁶ Arrêt cité p. 34: « Im Vollstreckungsverfahren ist die ordre public-Klausel, nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut (vgl. Art. 27 Abs. 1 mit Art. 17 IPRG), besonders restriktiv anzuwenden, da man hier mit Rechtsverhältnissen zu tun hat, über die im Ausland bereits rechtskräftig bzw. endgültig entschieden worden ist (...) ».

⁸³⁷ Arrêt cité, p. 34: « Die Strenge des Massstabes, der an die ordre-public-Konformität gelegt

Etats-Unis et la Grande-Bretagne auquel s'appliquait le droit anglais. Les liens avec la Suisse étaient faibles, ce qui impliquait une application très restrictive de la réserve.

322. *La doctrine.* La doctrine suisse reprend généralement la théorie de l'effet atténué à son compte, en signalant brièvement la jurisprudence fédérale⁸³⁸. Certains auteurs apportent quelques précisions: F. VISCHER/A. VON PLANTA relèvent que l'ordre public s'affaiblit lorsqu'un jugement étranger a déjà produit des effets juridiques étendus et qu'une longue période s'est écoulée entre le jugement et son exécution⁸³⁹. Pour A. BUCHER, cette théorie signifie que « l'ordre public de l'Etat requis doit être observé avec une certaine retenue, dans la mesure où il y a lieu de tenir compte des effets que la décision a déjà produits ou est susceptible de produire encore à l'étranger »⁸⁴⁰. Il estime que la notion d'ordre public atténué implique une comparaison avec un effet normal de l'ordre public, comparaison qui ne serait guère transparente dans la jurisprudence. Pour les arrêts rendus en matière d'ordre public formel, il ne serait pas possible d'établir ce parallèle, puisque le juge saisi d'un litige applique la procédure suisse. Les arrêts évoquant l'ordre public matériel ne montrent pas en quoi l'ordre public normal serait différent si le litige devait être tranché par un juge suisse⁸⁴¹. Pour F. KNOEPFLER/Ph. SCHWEIZER⁸⁴², « que l'on justifie un traitement différencié des effets direct et indirect par la théorie des droits acquis ou par le fait que la situation en cause n'a, dans l'hypothèse de l'effet indirect, que des liens distendus avec le for ou le lieu de la reconnaissance, l'ordre public négatif est toujours moins interventionniste dans son effet indirect que dans son effet direct ». I. SCHWANDER doute que la retenue dont font preuve les tribunaux en matière de reconnaissance et d'exécution se justifie toujours. Parfois l'exécution d'un jugement dans l'Etat d'origine ne choquerait pas, alors qu'elle le ferait chez nous, en raison des

wird, ist überdies von der Nähe des Sachverhaltes zum Vollstreckungsstaat abhängig (...). Je geringer diese sogenannte Binnenbeziehung ist, desto toleranter muss der Vollstreckungsstaat sein ».

⁸³⁸ BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 27; DUTOIT, Commentaire, N° 9 ad art. 17 et N° 4 ad art. 27; César DUBLER, La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en Suisse, in Rapports suisses présentés au XII^e Congrès international de droit comparé, Publications ISDC N° 7, Zurich 1987, p. 29 ss, p. 58-59; KELLER/SIEHR, § 49 II 5, p. 623; LENZ, p. 164-165; MÜLLER, p. 271-273; NIEDERMANN, p. 177-179; SCHNITZER, t. I, p. 235; SCYBOZ/BRACONI, p. 228, note 87; STOJAN, p. 153; VISCHER, IPRG-Kommentar, N° 24 ad art 17; WALTER, p. 355 ss; DÖRIG, p. 353-354.

⁸³⁹ VISCHER/VON PLANTA, p. 28 se référant à Jean-François AUBERT, La transcription des divorces étrangers dans les registres de l'état civil suisse, REC 1959, p. 336 ss.

⁸⁴⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 466.

⁸⁴¹ BUCHER, DIP I/2, N° 470; voir également DIP I/1, N° 684 ss.

⁸⁴² KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 364.

conditions sociales et culturelles différentes qui y règnent⁸⁴³. I. SCHWANDER est d'avis que la théorie de l'effet atténué doit être revue d'un œil critique⁸⁴⁴.

E. Quelques critiques doctrinales

323. *Les critiques de P. LAGARDE.* La théorie de l'effet atténué fait l'objet d'une critique nourrie de certains auteurs, au premier rang desquels figurait P. LAGARDE. Dans sa thèse parue en 1959, cet auteur émettait des critiques d'ordre théorique et pratique. La théorie serait en premier lieu bâtie sur une fausse symétrie avec les conflits de lois dans le temps⁸⁴⁵. On commettrait ainsi une confusion en transposant dans le domaine exceptionnel de l'ordre public du droit international privé les solutions normales des conflits de lois dans le temps⁸⁴⁶. Le contenu et le but des deux ordres publics, celui des conflits de lois dans le temps et celui des conflits de lois dans l'espace seraient pourtant tout à fait différents⁸⁴⁷. La distinction opérée par la jurisprudence serait en outre inadaptée aux problèmes qu'elle est censée résoudre⁸⁴⁸. En premier lieu, le rôle du juge français serait le même, qu'il applique la loi étrangère à la création d'un droit ou qu'il tire la conséquence d'un droit acquis à l'étranger. Prenant un exemple, cet auteur se demande « *pour quelle raison profonde un juge français accordera l'exequatur à un jugement allemand condamnant un Allemand à une pension purement alimentaire envers un enfant mineur sur la base du BGB alors qu'il refusera de condamner directement cet individu à la même pension alimentaire* ». En matière intertemporelle, si le législateur doit respecter des situations créées sous l'empire de la loi qu'il abroge, il le ferait pour des considérations pratiques l'obligeant à agir ainsi: le nombre de personnes concernées en matière de conflit dans l'espace serait bien moindre, alors que la loi nouvelle toucherait immédiatement un nombre incalculable de personnes. Enfin, il n'y aurait pas de différence de souveraineté entre la loi nouvelle et la loi ancienne, alors que ce serait le cas entre la loi étrangère et la loi du for. Sur

⁸⁴³ SCHWANDER, Einführung AT, N° 493; dans le même sens, MÜLLER, p. 272.

⁸⁴⁴ SCHWANDER, Einführung AT, N° 712: « *Die Verantwortung für eine gerechte Ordnung in der Schweiz wird den schweizerischen Richtern, Anerkennungs- und Vollstreckungsbehörden nicht dadurch abgenommen, dass in der Sache selbst ein ausländischer Richter entschieden hat* »; voir, dans le même sens, MÜLLER, p. 272.

⁸⁴⁵ LAGARDE, Recherches, p. 32 ss.

⁸⁴⁶ LAGARDE, *op. cit.*, p. 35: « *on se sert d'une distinction qui traditionnellement intervient comme critère de répartition entre la loi nouvelle et la loi ancienne en définissant ce qui, normalement, revient à l'une et à l'autre, pour déterminer l'intensité de l'intervention de l'ordre public, c'est-à-dire pour préciser, ce qui, anormalement, revient à la loi du for au lieu de revenir à la loi étrangère* ».

⁸⁴⁷ LAGARDE, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁴⁸ LAGARDE, *op. cit.*, p. 38-43.

le plan pratique⁸⁴⁹, la théorie se heurterait à des difficultés insurmontables: s'il y a une différence de degré dans l'intervention de l'ordre public, comment trouver une classification fonctionnelle de l'ordre public qui soit viable? Vouloir distinguer l'aspect moralement ou politiquement inacceptable de la loi étrangère serait inutile et irréalisable. Comme il ne serait pas possible de distinguer les cas d'intervention de l'ordre public inspirés par le droit naturel et ceux qui se fondent sur des motivations purement politiques, la théorie de l'effet atténué serait inapplicable dans la pratique.

324. *La proposition de cet auteur.* Même si cet auteur ne semble plus la reprendre dans ses derniers écrits, la proposition formulée en 1959 est suffisamment originale pour que l'on s'y arrête brièvement. En lieu et place des théories de l'effet atténué et de la *Binnenbeziehung*, P. LAGARDE suggérerait de soustraire la question préalable à la règle de conflit du for en excluant l'intervention de l'ordre public à l'égard de celle-ci, l'ordre public n'intervenant qu'à l'égard de la loi désignée par la règle du for. Pour reprendre la formule qu'il proposait « *lorsqu'un juge saisi d'une situation de droit international privé, est amené à appliquer une loi étrangère à une question préalable à celle qu'il doit principalement trancher, il ne peut écarter cette loi au nom de l'ordre public que si la solution de la question principale avait été attribuée à la loi interne du for par le droit international privé du for* »⁸⁵⁰. P. LAGARDE opérerait donc un rattachement de la question préalable au droit international privé de l'Etat dont la loi est applicable à la question principale (rattachement dépendant). Dans l'arrêt *Rivière*, la question principale du remariage contracté par une Française était soumise à la loi interne française, loi nationale de l'épouse; dès lors, le droit international privé applicable à la question préalable aurait dû être français et l'ordre public aurait dû intervenir avec son plein effet⁸⁵¹. Ainsi, le fonctionnement de la règle de conflit du for serait une condition d'intervention de l'ordre public⁸⁵².

325. *La position de Danièle ALEXANDRE.* Danièle ALEXANDRE a proposé un système d'intervention de l'ordre public en matière d'*exequatur* qu'elle qualifiait de nouveau⁸⁵³. Cet auteur suggérerait que le juge français ne puisse

⁸⁴⁹ LAGARDE, *op. cit.*, p. 43 ss.

⁸⁵⁰ LAGARDE, *op. cit.*, p. 73 ss (81).

⁸⁵¹ LAGARDE, *op. cit.*, p. 87. A noter que LAGARDE (p. 92) rejette une objection importante au système proposé: dans les cas où l'*exequatur* est demandé à titre principal, il semble qu'il n'y ait pas de question préalable. Dans le cadre d'une demande d'*exequatur*, le juge devrait se placer du point de vue de celui qui serait saisi d'une demande portant sur l'objet du jugement dont l'*exequatur* est demandé.

⁸⁵² LAGARDE, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁵³ ALEXANDRE, p. 288-298.

jamais remettre en cause une situation juridique régulièrement créée à l'étranger, ce qui n'implique pas que cette situation puisse produire tous ses effets en France. Si une situation a déployé tous ses effets à l'étranger, le juge de l'*exequatur* ne pourrait remettre ceux-ci en cause au nom de l'ordre public. Pour résoudre la question de l'intervention de l'ordre public, il faudrait distinguer si les effets qu'on entend faire produire en France sont « *par eux-mêmes contraires à l'ordre public* ». Si c'est le cas, il faudra refuser l'*exequatur*. Mais « *on peut également se trouver en présence d'une situation juridique dont non seulement la création heurte notre ordre public, mais le fait qu'on lui attache des conséquences qui seraient admissibles en elles-mêmes* »⁸⁵⁴. L'auteur en concluait à la présence de deux catégories d'ordre public en matière de droit international privé: en premier lieu, un ordre public toucherait à la création des situations juridiques et différencierait les pouvoirs du juge saisi d'une action directe et du juge de l'*exequatur*, le premier ne pouvant créer une situation contraire à l'ordre public, le second ne pouvant contester la création réalisée à l'étranger. Il y aurait en second lieu un ordre public relatif aux effets des situations juridiques et qui serait mis en cause en différentes hypothèses: chaque fois que l'effet est en lui-même inacceptable et chaque fois que l'effet est certes acceptable, mais qu'il devient contraire à l'ordre public en raison de son origine. En conclusion, « *le juge de l'exequatur devrait donc (...) rechercher uniquement si les effets qu'on entend lui faire produire en France heurtent notre ordre public, soit en eux-mêmes, soit par leur source dont la contrariété à l'ordre public est telle qu'elle rejaillit sur ces effets, sur l'institution toute entière* »⁸⁵⁵.

326. *Récents critiques de la doctrine française; la séduction exercée par l'Inlandsbeziehung sur certains auteurs français.* On peut constater que la doctrine française récente se montre de plus en plus critique à l'égard de la théorie de l'effet atténué; un courant important de la doctrine se demande s'il ne conviendrait pas de l'abandonner au profit de celle de l'*Inlandsbeziehung*⁸⁵⁶, dès lors que la « *corrélation espace-temps* » sur laquelle reposait l'effet atténué se trouverait dépassée par le développement des transports; le simple fait qu'une situation soit née à l'étranger ne permettrait plus de présumer qu'elle n'a que des liens très lâches avec le for et que les intéressés sont intégrés dans l'Etat de la création. Pour B. ANCEL/Y. LEQUETTE⁸⁵⁷, si l'expression d'ordre public atténué est imagée et suggestive, ce qui explique son succès, elle est pourtant

⁸⁵⁴ ALEXANDRE, p. 293.

⁸⁵⁵ ALEXANDRE, p. 293.

⁸⁵⁶ Cf. GAUDEMET-TALLON, p. 239 et p. 270 et ANCEL/LEQUETTE, *Grands arrêts*, p. 213-214; LAGARDE, p. 274 (nuancé); cf. déjà GRAULICH, *Introduction au droit international privé*, Liège 1978, p. 68.

⁸⁵⁷ ANCEL/LEQUETTE, *Grands arrêts*, p. 213.

inexacte: l'ordre public a toujours le même effet, il évince le droit applicable ou empêche la reconnaissance d'un acte ou d'une décision prononcés à l'étranger. Il ne s'agit pas d'un ordre public dont les effets seraient moindres, mais d'un ordre public qui intervient moins fréquemment; lorsqu'il intervient, il a pour effet d'empêcher la reconnaissance de tout effet au jugement ou à la situation créée à l'étranger. B. AUDIT est d'avis que l'expression est inappropriée, car insuffisante ou excessive; il relève que « *la question de savoir dans quels cas l'ordre public n'a qu'un effet atténué n'est pas plus susceptible de réponse générale que celle de l'intervention de l'ordre public lui-même* »⁸⁵⁸. Dans sa contribution aux mélanges F. RIGAUX (1993), P. LAGARDE paraît relativement favorable au maniement de la théorie allemande de l'*Inlands-beziehung*⁸⁵⁹; il se prononce toutefois, s'agissant du problème particulier de la polygamie et de la répudiation, pour l'adoption de clauses spéciales d'ordre public⁸⁶⁰.

327. *La position d'A. BUCHER.* En Suisse, la doctrine de l'effet atténué a également fait l'objet de critiques chez certains auteurs: A. BUCHER souligne que l'application de cette théorie ne devrait pas avoir pour conséquence de vider les principes et règles d'ordre public de leur substance, « *par le biais de la saisine d'une autorité étrangère dont la décision pourra produire en Suisse des effets impossibles à obtenir devant un tribunal suisse* »⁸⁶¹. A. BUCHER estime que l'effet atténué est une notion peu précise appelant un complément permettant de savoir quels effets de la décision, survenus à l'étranger, doivent l'emporter sur l'ordre public du for; il propose de comparer l'intégration respective de la situation internationale dans les Etats intéressés⁸⁶². Ainsi, l'effectivité de la décision dans des Etats tiers autres que celui dont elle émane est de nature à justifier une retenue encore plus grande dans l'application de la réserve, parce que les liens sont plus faibles avec l'Etat requis; inversement, l'Etat requis peut faire intervenir plus facilement la réserve si l'espèce ne présente que des liens faibles avec l'Etat d'origine de l'acte et que celui-ci n'est pas reconnu dans des Etats tiers. Cet auteur s'oppose enfin à l'élargissement de cette théorie à des situations juridiques nées à l'étranger et y ayant produit des effets sans faire l'objet d'un acte susceptible d'être reconnu; dans ce cadre, il privilégie une approche fondée sur l'examen des liens respectifs que la situation présente avec les Etats étrangers concernés et l'Etat du for.

⁸⁵⁸ AUDIT, N° 309.

⁸⁵⁹ Voir LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 274; voir également BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 359-360, 362.

⁸⁶⁰ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 280-281; voir également, BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 359 *in fine*.

⁸⁶¹ BUCHER, DIP I/2, N° 471.

⁸⁶² BUCHER, DIP I/2, N° 473.

2. Théorie des liens avec le for (*Binnenbeziehung*)

A. Enoncé de la théorie

328. *Introduction.* Le concept de *Binnenbeziehung* est utilisé dans différents domaines du droit suisse; on le trouve dans des domaines aussi divers que l'immunité d'exécution contre les Etats étrangers⁸⁶³ ou le droit pénal intercantonal⁸⁶⁴. Dans les lignes qui suivent, nous étudierons le rôle important que joue cette notion dans le fonctionnement de la réserve d'ordre public. Nous aborderons la problématique de l'ordre public transnational ainsi que celle des droits fondamentaux. Nous essayerons enfin de comprendre quelles relations cette théorie entretient avec celle de l'effet atténué.

329. *Bref énoncé de la théorie des liens avec le for.* Selon la théorie des liens avec le for, il est nécessaire que la cause entretienne certains liens avec le for ou l'Etat de la reconnaissance pour que la réserve de cet Etat puisse intervenir. Plus ces liens sont étroits, plus énergique sera l'intervention de l'ordre public. S'ils sont très étroits, la réserve interviendra dans toute son étendue. Si ces liens existent, mais sont très lâches, la réserve n'interviendra qu'à l'encontre de résultats totalement inacceptables. Si la cause n'entretient que des liens jugés insuffisamment étroits avec le for, la réserve n'interviendra en principe pas. On peut donc établir une gradation du degré d'intervention de la réserve en fonction de l'intensité des liens que les faits entretiennent avec le for. Pour le même concept, la doctrine allemande utilise l'expression de « *Inlandsbeziehung* »⁸⁶⁵; les auteurs suisses préfèrent les termes « *Binnenbeziehung* »⁸⁶⁶ que nous proposons de traduire par « *liens avec le for* »⁸⁶⁷.

⁸⁶³ Voir ATF 124 III 382 (388), *Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA*; 120 II 400, *M.*; 120 II 408, *R.*; 112 Ia 148, *Königreich Spanien*; 111 Ia 52, *Etat d'Italie*; 110 Ia 43, *Banco de la Nación, Lima*; 110 II 255, *S.*; 106 Ia 142, *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya*; 104 Ia 367, *Banque Centrale de la République de Turquie*. Dans la doctrine, voir p. ex. BUCHER, DIP I/1, N° 878 ss.

⁸⁶⁴ Voir ATF 118 Ia 137, *B.*, au sujet de l'application extraterritoriale de la législation grisonne sur la chasse. Sur la condition du « *lien suffisant* » avec la Suisse de l'art. 274 al. 1 ch. 4 LP, voir ATF 123 III 494, *dame E.*; Louis GAILLARD, Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger. L'art. 274 al. 1 ch. 4 LP nouvelle teneur, in Vincent JEANNERET (édit.), Le séquestre selon la nouvelle LP, Conférences présentées lors d'un séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires (AGDA), Zurich 1997, p. 19-46 (30 ss); BUCHER, DIP VI, N° 360, 880.

⁸⁶⁵ Mais également celles d'« *Inlandsberührung* » et d'« *örtliche Relativität* », cf. SONNENBERGER, München. Komment., N° 81 ad art. 6.

⁸⁶⁶ Terme adopté, pour le Canada, par GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. XLV et 55 ss.

⁸⁶⁷ Pour simplifier la terminologie, nous utiliserons ici les termes de « *liens avec le for* » également dans le domaine de l'effet indirect, au lieu de « *liens avec l'Etat de la*

B. Fondements théoriques

330. *Justifications diverses.* Les justifications de cette théorie sont relativement floues chez ses fondateurs. Selon E. ZITELMANN, lorsque l'ordre public était appelé à intervenir dans le contexte d'une question préalable, il fallait examiner dans quelle mesure les faits soutenant la cause présentaient une « *staatliche Beziehung* »⁸⁶⁸ avec le for. F. KAHN, après avoir constaté que l'éviction de la loi normalement applicable ne se produisait que s'il existait un lien de rattachement entre la situation soumise au juge et le for, en déduisait que ce lien constituait un rattachement subsidiaire conditionnant l'application de certaines règles matérielles du for et corrigeant dans cette mesure l'insuffisance des règles de conflit positives⁸⁶⁹. Devant l'impossibilité de créer un système complet de règles de conflit implicites, F. KAHN ne pouvait toutefois qu'échouer dans la détermination plus précise de ce rattachement subsidiaire. Comme le souligne P. LAGARDE, quantité de rattachements subsidiaires peuvent être pris en considération à propos d'un même procès⁸⁷⁰; il est difficile de préciser quels liens seront déterminants en l'absence de règle de conflit écrite. Tout comme la notion d'ordre public, celle de liens suffisants est profondément indéterminée; il est impossible de dresser d'emblée la liste, par matières, des liens qui sont suffisants pour que la réserve intervienne, sauf à créer de véritables règles de rattachement déterminant d'avance l'intervention de l'ordre public. C'est la méthode utilisée pour les clauses spéciales d'ordre public⁸⁷¹. Il est impossible de procéder de la sorte pour la clause générale d'ordre public, dont le maniement doit rester suffisamment souple et qui a vocation à intervenir quelle que soit la question envisagée. KNAPP se borne à souligner le côté pratique de l'institution qui permet de lutter contre d'éventuels abus du recours à l'ordre public⁸⁷². Cette approche pragmatique nous paraît insuffisante sur le plan théorique. Elle pourrait justifier l'exigence de certains liens avec le for, qui permettraient d'éviter des fraudes, mais n'apporte aucune justification à la gradation de l'intervention de la réserve en fonction de l'intensité de ces liens.

reconnaissance ».

⁸⁶⁸ Ernst ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. I, Leipzig 1897, p. 355 ss, cité par SPICKHOFF, p. 43.

⁸⁶⁹ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 359, résumant l'opinion de KAHN, p. 171 ss. Voir également LAGARDE, *Recherches*, p. 66, *Public Policy*, p. 22 et *Répertoire*, 2^e éd., V° *Ordre public*, ch. 26.

⁸⁷⁰ LAGARDE, *Recherches*, p. 67

⁸⁷¹ Voir p. ex. les critères énumérés à l'art. 61 al. 3 LDIP.

⁸⁷² KNAPP, *Essai sur la nature juridique et la sauvegarde*, p. 197-198 avec références à l'ATF 64 II 88 (103), *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft*.

331. *Notre conception.* 1° *L'intensité relative des liens détermine l'étendue du trouble à l'ordre social du for.* A notre avis, plutôt que d'ordre pratique, le fondement véritable de la théorie des liens avec le for est d'ordre sociologique. Lorsque la cause présente des liens très peu étroits avec le for, la théorie de la *Binnenbeziehung* permet au juge de renoncer à imposer une valeur essentielle du for dans un litige portant sur une relation internationale dont le centre de gravité se situe ailleurs, l'application du droit étranger ne risquant guère de troubler l'ordre d'une société qui n'est pas concernée. On peut raisonner de façon identique pour la reconnaissance. L'intensité relative des liens existant entre l'acte dont la reconnaissance est litigieuse et l'Etat de la reconnaissance détermine l'étendue du trouble à l'ordre social de cet Etat. La société du for n'est guère concernée par une situation qui a pris naissance à l'étranger et qui touche des personnes qui n'ont que peu d'attaches avec le for. En d'autres termes, « *la perturbation de l'ordre juridique du for, justification de l'intervention éventuelle de l'ordre public, est fonction de l'intensité des liens de la situation avec cet ordre* » (B. AUDIT)⁸⁷³.

332. 2° *La théorie découle du principe de l'appréciation concrète.* La théorie de la *Binnenbeziehung*⁸⁷⁴, comme celle de l'effet atténué⁸⁷⁵, découle du principe de l'appréciation concrète de la réserve. Le juge doit décider si la cause est suffisamment intégrée dans la société du for au point que l'application de règles qui paraissent en soi choquantes risque de heurter ses concitoyens et de provoquer véritablement un trouble social. La réserve n'a pas pour fonction de condamner abstraitement les valeurs d'une autre société; elle a pour but d'éviter que les valeurs du for ne soient mises en péril, de façon concrète, par le résultat auquel aboutirait l'application d'un droit ou la reconnaissance d'un acte. Ainsi s'explique le fait que l'intervention de la réserve dépend, d'une part, de l'importance du principe d'ordre public en jeu et, d'autre part, de la gravité de l'atteinte causée par l'application du droit étranger ou la reconnaissance de l'acte étranger.

333. 3° *Ordre public matériel et autonomie des parties.* Ce fondement de la théorie de la *Binnenbeziehung* permet également d'expliquer que la réserve puisse intervenir d'une façon différente, en certaines circonstances, selon que l'une des parties s'oppose ou non à l'application de la loi étrangère ou à la reconnaissance. Certes, l'intervention de l'ordre public matériel - nous avons déjà exposé les particularités de l'ordre public formel à cet égard⁸⁷⁶ - ne saurait

⁸⁷³ AUDIT, N° 307, p. 272-273; voir également MAYER, N° 206.

⁸⁷⁴ En ce sens, GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 60-61.

⁸⁷⁵ EKELMANS, *Effets atténués*, p. 302.

⁸⁷⁶ *Supra*, N° 151-154.

dépendre du bon vouloir des parties; le juge retient d'office les violations de l'ordre public matériel, les valeurs fondamentales de l'ordre juridique ne relevant pas de l'autonomie individuelle. Il n'empêche qu'il arrive parfois que le caractère choquant de l'application d'une législation étrangère ou, plus souvent, de la reconnaissance d'un acte tienne précisément au fait que les droits ou les moyens de défense (au fond) de l'une des parties sont heurtés; si celle-ci renonce alors à invoquer une violation de l'ordre public, estimant que tel est son intérêt, notamment parce qu'elle a fondé des attentes particulières sur une loi ou un acte dont elle se satisfaisait à une époque où elle n'entretenait que peu de liens avec le for ou l'Etat de la reconnaissance, l'intervention de la réserve pourrait être disproportionnée. Il est possible qu'envisagées de façon concrète, compte tenu des liens avec le for ou l'Etat de la reconnaissance et au vu des attentes des intéressés, l'application du droit étranger ou la reconnaissance de l'acte étranger ne soient pas choquantes. Ainsi, l'on peut soutenir que lorsque la demande de reconnaissance d'une répudiation émane de l'épouse, sa volonté exprimée a posteriori efface ce que la nature unilatérale de l'acte de dissolution représentait de choquant, ce qui permettrait d'assimiler la répudiation à un divorce par consentement mutuel susceptible de reconnaissance⁸⁷⁷.

334. 4° *La théorie reflète la relativité spatiale de l'ordre public.* P. LAGARDE souligne à juste titre que la théorie de la *Binnenbeziehung* s'inspire du principe de proximité, qui imprègne tout le droit international privé; il s'agit toutefois d'un lien *a priori* indéterminé avec le territoire et non du lien le plus étroit qui conditionne par exemple l'intervention de la clause d'exception⁸⁷⁸. L'intervention de l'ordre public révèle, outre « l'intérêt du for pour la solution matérielle du litige », la présence de « liens localisateurs significatifs », pour reprendre l'expression de G. GOLDSTEIN⁸⁷⁹. La théorie de la *Binnenbeziehung* ne doit pas pour autant être confondue avec la clause d'exception⁸⁸⁰. La plus ou moins grande proximité de la cause avec le for définira le cercle des principes d'ordre public appelés à intervenir. La théorie de la *Binnenbeziehung* reflète la relativité spatiale de l'ordre public: chaque Etat a sa propre conception de l'ordre public; le juge, appelé à trancher la question de l'intervention éventuelle de la réserve, n'est pas le gardien d'une vérité divine et d'une justice absolue qu'il devrait faire respecter dans toute situation internationale qu'il doit trancher; il est investi de la mission de dire le droit et de défendre les valeurs qui prévalent en un lieu et à une époque déterminés lorsque celles-ci risquent d'être atteintes. La réserve n'est pas un outil de pharisiens, destiné à faire régner

⁸⁷⁷ *Infra*, N° 809-810.

⁸⁷⁸ LAGARDE, *Le principe de proximité*, p. 112, N° 104; voir également GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 56-57.

⁸⁷⁹ GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 73.

⁸⁸⁰ Cf. *supra*, N° 75 ss, 84.

universellement les valeurs du for, elle a pour unique fonction de sauvegarder la cohérence de la société du for dans la mesure où elle est concernée⁸⁸¹.

C. Vers un ordre public transnational ?

335. *Le problème.* La présence d'un ordre public « transnational » ou « véritablement international », distinct du « bon vieux critère du terroir »⁸⁸², de l'ordre public national est une question très controversée que nous n'aurons pas la prétention de résoudre définitivement dans les lignes qui suivent. Nous avons déjà effleuré cette question en traitant de l'arbitrage⁸⁸³. Face à certains principes fondamentaux que l'on retrouve dans la plupart des systèmes et qui s'accommodent mal d'une relativisation en fonction de l'éloignement de la cause avec le for (on pourrait citer l'interdiction de l'esclavage ou la prohibition des traitements inhumains et dégradants), faut-il admettre l'émergence d'un ordre public réellement international ou transnational, non plus seulement par sa fonction, mais aussi par sa source ? Cet ordre public serait alors constitué d'un ensemble de valeurs tirant leur source de la société internationale elle-même et que le juge pourrait ou devrait appliquer indépendamment des liens que la cause présente avec le for.⁸⁸⁴

336. *La doctrine est divisée.* La doctrine est fortement divisée sur cette question; la doctrine allemande est traversée par de nombreux courants qui tentent d'internationaliser la notion d'ordre public, en se référant à sa dimension européenne ou en insistant sur ses liens avec le droit international public⁸⁸⁵. En France, les auteurs qui traitent de la question sont beaucoup plus réservés⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ NIEDERER, RDS, p. 19: « wenn wir aber davon ausgehen, dass kein auch noch vollkommenes menschliches "Rechtsgefühl" als Ausdruck der absoluten göttlichen Gerechtigkeit gelten kann, wenn wir das Rechtsgefühl betrachten als abhängig von Zeit, Ort und Umständen, als differenzierbar, als zeitlichen und örtlichen Schwankungen unterworfen, dann müssen wir auch das Erfordernis der Binnenbeziehung bejahen ».

⁸⁸² GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 29.

⁸⁸³ *Supra*, N° 282-286, 289, 291 ss.

⁸⁸⁴ Les définitions changent d'un auteur à l'autre; voir la liste de définitions donnée par SONNENBERGER, *München. Komment.*, N° 19 ad art. 6. On ne confondra pas cette notion avec celle d'ordre public international, utilisée par une partie de la doctrine (surtout française) pour distinguer l'ordre public du droit international privé de l'« ordre public interne », soit les dispositions impératives sur le plan interne (cf. *supra*, N° 137).

⁸⁸⁵ Voir le résumé des opinions chez SPICKHOFF, p. 88-91; voir p. ex. KROPHOLLER, § 8 I 2, p. 51 et § 36 III 2, p. 225-226.

⁸⁸⁶ MAYER, N° 203: « il faut reconnaître néanmoins que l'aspiration à l'universalisme, inhérente à la notion de droits de l'homme, risque de compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture au monde qui convient au droit international privé »; *idem*, La CEDH et l'application des normes étrangères, RCDIP 1991, p. 651; très réservé, AUDIT, N° 302; voir également BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 365. En Belgique, voir ROMAIN, *Droits de*

Les auteurs suisses sont également loin d'être unanimes⁸⁸⁷.

337. *La jurisprudence n'a pas tranché cette question.* Lorsque la jurisprudence fait référence à la dimension internationale d'un principe fondamental d'ordre public du for, elle le fait en général pour renforcer son attachement à un principe, sans prendre position sur la controverse⁸⁸⁸. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé directement sur cette question, si ce n'est dans le contexte particulier, examiné plus haut⁸⁸⁹, de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. Il se réfère toutefois régulièrement au sentiment « *national* » du droit, ou au sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse⁸⁹⁰, termes qui ne plaident guère en faveur de la reconnaissance d'un ordre public transnational.

338. *Art. 17 et 27 LDIP.* Les art. 17 et 27 LDIP font expressément référence à l'ordre public suisse, au contraire de l'art. 190 al. 2 lit. e LDIP. L'interprétation littérale et systématique de la loi, à la lumière des travaux préparatoires⁸⁹¹, tend plutôt au rejet d'un ordre public véritablement transnational.

339. *Notre conception. La question est théorique.* Faut-il reconnaître l'existence d'un ordre public réellement transnational qui s'imposerait indépendamment des liens que la cause entretient avec le for?⁸⁹² Cette question est théorique, dès lors que l'on parvient à un résultat équivalent si l'on admet que la seule saisine d'un juge ou d'une autorité de notre ordre juridique, appelé soit à appliquer un droit étranger soit à reconnaître ou à exécuter un jugement étranger, peut constituer une *Binnenbeziehung* suffisante, lorsque le principe d'ordre public en

l'homme, p. 38 ss, 43-46. Voir cependant, favorables à la théorie, ROLIN, Vers un ordre public réellement international, Mélanges Basdevant, Paris 1960, p. 441 ss; CHAPPELLE, N° 446 ss.

⁸⁸⁷ Voir p. ex. VISCHER, IPRG Kommentar, N° 20, 28 ss ad art. 17; BUCHER, DIP I/2, N° 600; *idem*, Le nouvel arbitrage international, N° 299-314; SCHWANDER, Einführung AT, N° 479; KELLER/SIEHR, p. 541; DUTOIT, Commentaire, N° 5 ad art. 17; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 366. Au Canada, voir GOLDSTEIN, p. 75 et note 302.

⁸⁸⁸ Voir Cass. fr., 31 janvier 1995, RCDIP 1995, p. 569 et 1^{er} juin 1994, RCDIP 1995, p. 103, 2^e espèce, invoquant l'art. 5 du Protocole N° 7 CEDH au sujet de l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage, pour s'opposer à la reconnaissance de répudiations.

⁸⁸⁹ Cf. *supra*, N° 292.

⁸⁹⁰ Cf. *supra*, N° 13 et arrêts cités en notes 34-36.

⁸⁹¹ Voir également Message, ch. 214.52: « La réserve permet donc au juge de ne pas appliquer exceptionnellement un droit étranger qui aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse »; ch. 217.3: « (...) on ne peut invoquer la réserve de l'ordre public suisse que si la contradiction avec le sentiment suisse du droit et des mœurs est sérieuse »; c'est nous qui soulignons.

⁸⁹² La situation particulière de l'arbitrage a été traitée *supra*, N° 279 ss.

jeu est l'un des plus fondamentaux de notre ordre juridique⁸⁹³. L'atteinte aux valeurs est telle que l'ordre social serait gravement heurté par la collaboration d'un organe étatique à l'application d'une loi jugée choquante, à la reconnaissance d'un acte ou par la mise à disposition de la force publique aux fins d'exécution forcée. Peu importe que l'on affirme qu'il s'agit d'un ordre public transnational qui n'est pas soumis à la condition de la *Binnenbeziehung* ou que l'on estime que la saisine des tribunaux du for peut constituer la seule *Binnenbeziehung*, dès lors que, dans les deux cas, le résultat est identique: la loi étrangère sera évincée, l'acte étranger ne sera pas reconnu.

340. *La défense du noyau dur de l'ordre public, sous-théorie des liens avec le for.* Indépendamment du fait que la question de l'ordre public transnational n'a pas l'incidence pratique que l'étendue des lignes que la doctrine lui consacre le laisserait supposer, nous pensons que la théorie des liens avec le for apporte des réponses satisfaisantes sans qu'il soit nécessaire de recourir à une nouvelle notion dont les fondements théoriques et les contours sont difficilement perceptibles et qui n'a guère d'utilité pratique. Nous pensons que la théorie des liens avec le for comporte un second volet tenant à l'importance des principes d'ordre public en jeu: plus les valeurs risquant d'être heurtées par la loi étrangère ou la décision étrangère sont fondamentales pour l'Etat du for ou de la reconnaissance, moins les liens avec celui-ci doivent être étroits pour que la réserve intervienne. A l'inverse, moins ces principes sont fondamentaux, plus les liens avec le for devront être étroits pour que la réserve puisse jouer son rôle. Certes, la définition de l'ordre public⁸⁹⁴ suppose que tous les principes d'ordre public protégés par la réserve sont des valeurs essentielles de l'ordre juridique. La réserve ne devrait jamais défendre des principes de second ordre. Au sein des valeurs fondamentales de l'ordre juridique, il est toutefois possible de distinguer un groupe de principes absolument essentiels, comprenant tous ceux qui ne souffrent aucune relativisation dans les situations internationales; il s'agit du noyau dur⁸⁹⁵, de la part intangible de l'ordre public. Le juge devrait s'assurer

⁸⁹³ LEWALD, Règles générales, p. 126, admet que « dans des cas rares et exceptionnels », il suffit que le juge soit amené à connaître du litige pour que la *Binnenbeziehung* existe; voir également SONNENBERGER, München. Komment., N° 84 ad art. 6, pour qui « ausnahmsweise wird sie aber als Inlandsbeziehung mit Rücksicht auf ein besonders anstössiges Anwendungsergebnis für genügend erachtet werden können ». Question laissée ouverte in ATF 102 Ia 574 (581) *Société des grands travaux de Marseille*. Contra: MAURY, L'ordre public, p. 20, mais qui admet que certaines lois seront toujours évincées en raison de leur contenu, quels que soient les liens avec le for.

⁸⁹⁴ *Supra*, N° 8-9.

⁸⁹⁵ La notion utilisée ici ressemble, mais n'est pas identique à celle du *Kerngehalt* de la théorie des droits fondamentaux (sur cette notion controversée, voir Jean-François AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991 et 1995, t. II, p. 1104; Jörg Paul MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berne 1982, p. 141 ss;

du respect de ces valeurs quelles que soient les relations que les parties ou les intéressés entretiennent avec le for ou l'Etat de la reconnaissance. La force de cette réaction s'explique par le fait que la société du for est toujours concernée lorsqu'il s'agit de défendre cette partie intangible de l'ordre public, en particulier lorsqu'elle s'y est engagée vis-à-vis de la communauté internationale⁸⁹⁶.

341. *Schéma*. Cette approche peut être décrite sous la forme du schéma figurant ci-dessous. Il s'agit d'une ligne directrice qui n'a de valeur que si l'on garde à l'esprit que la limite entre chacune des rubriques n'est pas nette, car il s'agit d'une gradation; le juge devrait apprécier le degré relatif d'intensité des liens unissant la cause à l'ordre juridique concerné et le mettre en balance avec l'importance des principes d'ordre public en jeu.

Importance des principes d'ordre public	Intensité des liens avec le for	Réaction de la réserve
« Noyau dur »	Liens étroits, peu étroits ou absence de liens	Systématique
Très importants	Liens étroits	Forte
Très importants	Liens peu étroits	Moyenne
Très importants	Absence de liens	Moyenne
Moins importants	Liens étroits	Moyenne
Moins importants	Liens peu étroits	Faible, voire nulle
Moins importants	Absence de liens	Nulle

342. *L'ordre public doit parfois intervenir lorsque la saisine du juge représente le seul lien avec le for*. A la solution qui permet de faire intervenir l'ordre public dès qu'un juge est saisi, l'on pourrait tenter d'objecter que la théorie de la *Binnenbeziehung* exige que la cause entretienne un lien avec le for et non pas seulement avec la procédure, dès lors que celle-ci est toujours liée au for, faute de quoi la question de la *Binnenbeziehung* ne se poserait pas; juger ce lien suffisant reviendrait dès lors à vider de sa substance la théorie de la *Binnenbeziehung*. Nous pensons cependant que cette objection ne résiste pas à l'examen. Lorsqu'un juge suisse est saisi d'une requête de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement, l'on ne saurait nier que ce jugement déploiera des effets en Suisse, ne serait-ce que virtuellement si le requérant ne se prévaut pas

cf. art. 36 al. 4 Cst. féd. (1999): « l'essence des droits fondamentaux est inviolable ».

⁸⁹⁶ P. ex. la Convention des Nations Unies du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

du dispositif après l'avoir obtenu. L'ordre social du for peut donc être concerné, ce qui justifie le maintien d'une clause de sauvegarde lorsque l'acte étranger porterait concrètement atteinte au noyau dur des principes fondamentaux de l'Etat de la reconnaissance. En matière d'effet direct, même dans l'hypothèse extrême, soit lorsque des parties n'entretenant aucun lien avec la Suisse ont prorogé un for en Suisse⁸⁹⁷, l'Etat du for nous paraît suffisamment concerné du fait que l'un de ses juges est saisi, pour que ce dernier conserve la faculté de sauvegarder certains principes absolument fondamentaux de notre ordre juridique. Admettre inconditionnellement que la réserve puisse intervenir chaque fois qu'un juge suisse est saisi reviendrait sans doute à vider la théorie de sa substance; ce n'est en revanche pas le cas si l'on exige, comme nous le faisons, que l'intervention de la réserve dans cette hypothèse se justifie par la présence d'un trouble particulièrement grave à l'ordre social du for, notamment en raison de la forte densité du principe éthique en jeu.

343. *Existence de valeurs fondamentales de source transnationale ?* Nous n'émettrons que quelques remarques à ce sujet, car il serait prétentieux de vouloir apporter ici une réponse définitive à cette question qui relève davantage de la théorie générale du droit que de l'étude du droit positif. Il nous paraît difficile de concevoir un ordre public entièrement transnational, dont les sources et la fonction seraient d'essence purement internationale. Certaines valeurs sont sans doute communes à l'ensemble des sociétés du monde; cette observation empirique ne suffit pas à prouver que leur source se situerait dans une société universelle dont la cohésion serait suffisamment forte pour que ses membres possèdent une morale collective. S'il est à nos yeux souhaitable que les valeurs fondamentales s'harmonisent progressivement entre les Etats, nous craignons toutefois qu'il ne s'agisse aujourd'hui encore que d'un idéal sans rapport avec la réalité de la vie internationale. Les valeurs communes sont fréquemment à l'origine de règles, coutumières ou conventionnelles, du droit international public, qui les concrétisent en régissant le comportement des individus et des autorités. L'origine indiscutablement internationale de ces règles de l'ordre juridique du for n'implique pas que les valeurs qui composent l'ordre public soient transnationales⁸⁹⁸. L'ordre public est un ensemble de valeurs et non un corpus de règles écrites; il est délicat d'extrapoler à des valeurs un raisonnement sur les sources, adapté aux règles de droit. Nous sommes d'avis que le juge doit mesurer le trouble causé à l'ordre public de la société dont il est l'organe juridictionnel et doit faire référence à des principes

⁸⁹⁷ Nous supposons que le juge ne décline pas la compétence prorogée, ce qu'il pourrait faire pour autant que les parties n'aient pas décidé d'appliquer le droit suisse au litige (art. 5 al. 3 LDIP). Lorsque les parties élisent le droit suisse, la réserve d'ordre public n'interviendra pas.

⁸⁹⁸ Lorsque la règle d'origine conventionnelle est une loi d'application nécessaire, l'ordre public positif est véritablement international.

fondamentaux de cette société. Tenant compte du caractère international de la situation, il pourra parfois en relativiser la portée, en fonction de la faible intensité des liens unissant la cause au for. Au contraire, lorsque les principes d'ordre public semblent être communs à la grande majorité des Etats et relèvent du noyau dur de l'ordre public du système considéré, la réserve interviendra dans sa plénitude, quels que soient les liens que la cause entretient avec le for.

344. *Présence indéniable de valeurs d'origine nationale.* Même s'il était définitivement établi que certaines valeurs, véritablement internationales, avaient leur source dans une morale collective et universelle, elles coexisteraient à tout le moins, au sein de chaque ordre juridique, avec d'autres valeurs, sans doute plus nombreuses, s'inscrivant dans le contexte culturel propre à une société déterminée. Les valeurs supranationales, si elles existent, ne couvrent pas la totalité du spectre des principes d'ordre public; en dépit du rapprochement progressif des valeurs des pays, il subsiste toujours d'importantes différences. Si la totalité des Etats partageait les mêmes valeurs, la question de l'intervention de la réserve ne se poserait pas ! Cela n'est pas faire preuve de relativisme que d'affirmer que l'extrême diversité des droits nationaux, singulièrement dans le domaine des relations personnelles et familiales⁸⁹⁹, n'est que le reflet de la profonde disparité des valeurs fondamentales dont ces règles matérielles sont imprégnées; l'étude ponctuelle du droit international privé comparé, dans la partie spéciale de notre travail, illustre ces différences qui s'expriment notamment dans la relativité spatiale des jurisprudences nationales sur l'intervention de la réserve d'ordre public. Pour prendre un exemple, le Tribunal fédéral⁹⁰⁰ est d'avis que le partenariat homosexuel est contraire à l'ordre public, alors que certains Etats reconnaissent ces unions. Si le juge suisse n'avait eu qu'un ordre public transnational à disposition, il n'aurait pu faire intervenir la réserve. Il n'existe (encore) aucune valeur transnationale quant à la validité d'une telle union, puisque, même au sein des sociétés occidentales, les conceptions divergent profondément. On pourrait former des exemples similaires en comparant, dans différentes sociétés, la répartition des rôles de l'homme et de la femme, le statut des enfants issus d'une relation adultérine ou la maternité de substitution. En résumé, l'ordre public du droit international privé est essentiellement d'origine nationale, quand bien même son noyau dur coïncide, dans une certaine mesure, avec des valeurs morales communes à l'ensemble des nations. D'autres valeurs d'ordre public,

⁸⁹⁹ Cf. GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 30, pour qui l'on peut parler d'une société internationale des marchands, des affaires, mais « dans la majorité des cas, comme par exemple en droit privé de la famille, en matière de successions, de biens, de responsabilité, il n'existe tout simplement pas de milieu social international au sein duquel la situation d'espèce évoluerait ».

⁹⁰⁰ ATF 119 II 264, X. Sur cet arrêt, voir notamment *infra*, N° 715 ss.

dont certaines participent également du noyau dur de l'ordre public, sont toutefois d'essence purement nationale.

345. *Avantages de la conception fondée sur la théorie des liens avec le for.* L'approche défendue dans ces lignes, et nous l'avions déjà souligné dans le domaine de l'arbitrage⁹⁰¹, a le mérite de ne recourir qu'à une seule notion d'ordre public. Nous redoutons la complexité engendrée par le morcellement de l'ordre public en diverses sous-notions aux contours incertains et dont l'utilité pratique est discutable. En suivant l'approche défendue ici, le juge n'est pas contraint de recourir à un ordre public bicéphale dont la structure composée compliquerait la tâche. En sa qualité d'autorité étatique nationale, il doit jauger la loi ou le jugement étranger à l'aune de l'ordre public régnant dans la société dont il a pour mission de dire le droit; la réaction de l'ordre public sera proportionnée au degré d'intégration de la cause dans cet Etat et à la gravité du trouble causé à son ordre social. L'ordre public qu'il a pour mission de défendre comprend des valeurs communes à toute l'humanité, mais surtout un ensemble de valeurs propres à la société à laquelle il appartient. Les plus importantes d'entre elles, d'essence commune ou d'origine nationale, relèvent du noyau dur de l'ordre public et ne tolèrent aucun tempérament, même lorsque la cause n'est guère intégrée dans l'Etat du for ou de la reconnaissance; d'autres valeurs, de second rang et principalement d'origine nationale, peuvent souffrir une certaine adaptation à la spécificité de l'affaire internationale litigieuse lorsque les liens avec le for sont ténus. Enfin, notre approche est en harmonie avec la teneur des art. 17 et 27 al. 1 LDIP qui se réfèrent à l'ordre public suisse. La théorie de la *Binnenbeziehung* est parfaitement apte à sauvegarder le noyau dur des principes fondamentaux du for, sans qu'il soit nécessaire de faire référence à un ordre public transnational.

346. *Juridictions internationales. Vers un ordre public européen ?* Nous serions davantage enclin à admettre le jeu d'un ordre public transnational lorsqu'un tribunal international évince une législation nationale qui s'écarte de principes communs aux Etats soumis à sa juridiction⁹⁰². Au sein de l'Union européenne, on peut entrevoir l'émergence d'un véritable ordre public communautaire, dont le développement est encadré par la Cour de justice. Il ne s'agit toutefois pas de la réserve d'ordre public du droit international privé, mais de l'ordre public réservé dans les dispositions garantissant la libre circulation (art. 36, 48 § 3, 56, 66, 73D du Traité de Rome). La Cour de justice a relevé dans ce contexte que la notion d'ordre public ne saurait être déterminée de manière autonome par chaque Etat membre⁹⁰³. Il s'agit alors davantage d'éviter que des Etats membres

⁹⁰¹ Cf. *supra*, N° 296-298.

⁹⁰² *Sic* BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 365.

⁹⁰³ CJCE, 28 octobre 1975, Aff. 36/75, Roland Rutili, Rec. 1975, p. 219; voir Sylvaine

ne nuisent aux efforts d'intégration entrepris en faisant un usage laxiste de leur ordre public pour évincer le droit communautaire ou le droit désigné par une règle de conflit commune; l'émergence d'un ordre public intégré s'expliquerait par la création d'un véritable droit d'essence supranationale et par la nécessité d'éviter que des valeurs d'inspiration nationale ne fassent obstacle aux efforts d'intégration. Ainsi, bien qu'il n'existe pas d'arrêt définissant la notion d'ordre public dont il est question à l'art. 27 ch. 1 de la Convention de Bruxelles (cf. 27 CL), une partie de la doctrine⁹⁰⁴ estime que la Cour de justice n'hésiterait pas à « encadrer » la notion que se fait chaque Etat de son ordre public; on aboutirait ainsi à une notion autonome d'ordre public. Dans les matières non couvertes par le droit communautaire, par exemple en droit de la famille ou des personnes, certains auteurs préconisent également une intervention particulièrement restrictive de l'ordre public d'un Etat membre de l'Union à l'égard de la loi des autres Etats membres, pour tenir compte de leur association commune⁹⁰⁵.

D. Ordre public et droits fondamentaux

347. *Introduction. Le problème.* La discussion relative aux rapports entre droits de l'homme et droit international privé divise la doctrine depuis plusieurs décennies. Nous avons choisi d'en traiter un mince aspect dans le contexte de l'examen de la théorie de la *Binnenbeziehung*, parce que nous pensons que celle-ci offre un réel intérêt en ce domaine. Les rapports qu'entretiennent les droits fondamentaux et le droit international privé sont complexes. Une règle de conflit peut en tant que telle être en contradiction avec un droit fondamental (p. ex. égalité de traitement de l'homme et de la femme) consacré par un instrument international ou la Constitution; il existe un contentieux relatif à cette question dans les pays dans lesquels la constitutionnalité des lois est censurée par une autorité judiciaire⁹⁰⁶. Cette question pourrait prendre de

POILLOT-PERUZZETTO, *Ordre public et droit communautaire*, D. 1993, Chroniques, p. 177.

⁹⁰⁴ Sic GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions*, N° 355 et les références en note 72; nuancé KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, N° 4 ad art. 27. *Contra*: BGH, 26 septembre 1979, JZ 1979, p. 815 cité par GOTHOT/HOLLEAUX, N° 256; DONZALLAZ pense que la CJCE, lorsqu'elle sera appelée à traiter de la question donnera une interprétation autonome de l'art. 27 ch. 1 CE (t. II, N° 2807), tout en considérant que cette question n'est pas de sa compétence (t. II, N° 2808).

⁹⁰⁵ Voir le résumé de SPICKHOFF, p. 89-90, qui n'approuve pas cette opinion.

⁹⁰⁶ Voir pour l'Allemagne, BVerfG, 4 mai 1971, BVerfGE 31, p. 58, RCDIP 1974, p. 57; BVerfG, 22 février 1983, BVerfGE 63, p. 181 (194); VON BAR, IPR 1, p. 207 ss; SONNENBERGER, *München. Kommentar, Einleitung*, N° 293 ss; KEGEL, p. 381-384; pour l'Italie, voir les décisions de la *Corte costituzionale*, N° 71, 26 février 1987/5 mars 1987, RCDIP 1987, p. 563 (art. 18 Disp. prel.); N° 477, 25 novembre 1987, RCDIP 1988, p. 710 (art. 20 Disp. prel.) et BALLARINO, DIP, p. 67-72; *idem*, *Costituzione e diritto*

l'importance en Suisse si le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales y était introduit⁹⁰⁷. Les règles de conflit devront en outre être interprétées à la lumière des droits fondamentaux, comme toutes les règles de l'ordre juridique. Nous n'examinerons pas ces questions dans notre travail. En revanche, nous devons nous pencher sur le point de savoir si les droits fondamentaux doivent être mis en œuvre dans une affaire internationale par le biais de la réserve d'ordre public ou s'ils constituent des lois d'application nécessaire faisant obstacle à la désignation d'un droit étranger par la règle de conflit. En d'autres termes, les droits de l'homme, tels qu'exprimés par le droit constitutionnel et par les différents instruments internationaux, en particulier par la Convention européenne des droits de l'homme, s'appliquent-ils directement dans le litige international ou doivent-ils intervenir de façon médiate, par le biais des valeurs fondamentales protégées par la réserve d'ordre public du for ?

348. *La discussion en Allemagne.* La question a fait l'objet d'intenses recherches en Allemagne. A. SPICKHOFF⁹⁰⁸ expose les opinions de la doctrine allemande sur cette question. Durant longtemps, la doctrine majoritaire⁹⁰⁹ et les tribunaux⁹¹⁰ considéraient que la réserve d'ordre public constituait la « *porte d'entrée* » des droits fondamentaux dans le raisonnement conflictuel; c'est par le biais de la réserve que les droits fondamentaux pouvaient évincer une norme étrangère se trouvant en contradiction avec eux. La réserve d'ordre public constituait une concrétisation pour les affaires internationales de valeurs éthiques exprimées par le constituant. D'autres auteurs⁹¹¹ s'étaient en revanche prononcés pour le développement d'un droit international des droits fondamentaux (« *Internationales Grundrechtsrecht* »)⁹¹²: le juge ne devrait pas faire intervenir la réserve, mais déterminer directement, en application du droit

internazionale privato, Padoue 1974. Sur les limites constitutionnelles aux Etats-Unis, voir l'arrêt de la Cour suprême, 13 janvier 1981, *Allstate Insurance Company v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981); Friedrich JUENGER, *Kollisionsrecht und Verfassung: Eine Stellungnahme des Supreme Court der Vereinigten Staaten*, IPRax 1982, p. 206-207; BORN, p. 512 ss; Peter E. HERZOG, *Constitutional limits on choice of law*, RCADI, t. 234 (1992 III), p. 229-330. Pour l'Australie et le Canada, HERZOG, *op. cit.*, p. 294 ss.

⁹⁰⁷ Cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 (513 ss). La Cst. féd. (1999) n'a pas introduit un tel contrôle (voir l'art. 191).

⁹⁰⁸ SPICKHOFF, p. 115 ss.

⁹⁰⁹ Voir les auteurs cités par SPICKHOFF, p. 118, note 23.

⁹¹⁰ Voir p. ex. BGH, 29 avril 1964, BGHZ 42, p. 7 (12 ss), BGH, 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 123 (129), et BGHZ 54, p. 132 (140); BGH, 20 décembre 1972, BGHZ 60, p. 68 (78).

⁹¹¹ Voir les auteurs cités par SPICKHOFF, p. 116, note 19, notamment WENGLER, JZ 1965, p. 101-103; HAMMJE, *Droits fondamentaux*, p. 8, observe qu'il s'agit de règles (unilatérales) de conflit de lois spéciales pour la Constitution.

⁹¹² Pour reprendre l'expression de KEGEL, p. 382.

constitutionnel, si le droit fondamental s'oppose à l'application d'un droit étranger.

349. *Le Spanierfall*. Dans un célèbre arrêt du 4 mai 1971 (*Spanierfall*), le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a clairement tranché en faveur de la seconde solution⁹¹³. Dans cet arrêt de principe, le *Bundesverfassungsgericht* a estimé qu'il fallait examiner d'après la lettre, le contenu et le but du droit fondamental en cause si celui-ci devait s'appliquer directement à des affaires présentant des éléments d'extranéité, compte tenu de l'égalité de traitement des Etats et de l'autonomie de leur ordre juridique. Il conviendrait de déduire directement de l'interprétation de la norme constitutionnelle pertinente l'emprise des droits fondamentaux sur la résolution du litige international⁹¹⁴. Le Tribunal constitutionnel n'en a pas moins souligné qu'il fallait tenir compte de la dimension internationale de l'affaire, estimant que, lorsque l'application du droit fondamental suppose un certain lien avec l'ordre juridique dont il émane, une intervention directe du droit fondamental, dans une affaire largement insérée dans un autre ordre juridique, pourrait porter atteinte au but du droit fondamental en cause⁹¹⁵. Il faudrait interpréter chaque norme constitutionnelle pertinente afin de déterminer si elle doit toujours s'appliquer ou si, au contraire, elle admet, voire exige qu'une différenciation soit faite lorsque la situation litigieuse a des liens plus ou moins étroits avec l'étranger.

350. *La loi de 1986*. La loi de 1986 a changé les données du problème; en effet, l'art. 6 EGBGB déclare que le droit étranger n'est pas appliqué s'il conduit à un résultat « *das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist* ». Si la référence aux droits fondamentaux est dorénavant expresse à l'art. 6 EGBGB, les rapports entre la première et la seconde phrase de l'art. 6 EGBGB sont loin d'être entièrement

⁹¹³ BVerfG, 4 mai 1971, BVerfGE 31, 58 (73 ss), RabelsZ 1972, p. 145 (et les diverses contributions doctrinales p. 2-140); voir, parmi d'autres, VON BAR, IPR I, N° 234 ss; Catherine LABRUSSE, Droit constitutionnel et droit international privé, RCDIP 1974, p. 1-46.

⁹¹⁴ BVerfGE 31, p. 58 (86 ss): « *Das rechte Mass ergäbe sich dabei aus der Prüfung, ob und wieweit das betroffene spezielle Grundrecht nach Wortlaut, Inhalt und Funktion unter Berücksichtigung der Gleichstellung anderer Staaten und der Eigenständigkeit ihrer Rechtsordnungen für auslandsbezogene Sachverhalte Geltung verlangt* ».

⁹¹⁵ BVerfGE 31, p. 58 (77): « *(...) kann ein Grundrecht wesensgemäss eine bestimmte Beziehung zur Lebensordnung im Geltungsbereich der Verfassung voraussetzen, so dass eine uneingeschränkte Durchsetzung in ganz oder überwiegend auslandsbezogenen Sachverhalten den Sinn des Grundrechtsschutzes verfehlen würde. Wieweit dies der Fall ist, lässt sich nicht allgemein bestimmen* ».

clarifiés⁹¹⁶. L'examen de la conformité aux droits fondamentaux semble devoir passer dorénavant par le crible de la réserve d'ordre public⁹¹⁷. Le juge devrait examiner si l'application concrète du droit étranger heurte les droits fondamentaux⁹¹⁸. L'étendue des liens avec le for doit également être examinée⁹¹⁹.

351. *France. Les propositions de Petra HAMMJE.* Nous renonçons, faute de place, à présenter en détail les opinions des différents auteurs français⁹²⁰ sur cette question, pour nous concentrer sur les propositions de Petra HAMMJE à qui l'on doit une importante contribution sur ce sujet⁹²¹. Selon cet auteur, les méthodes classiques du droit international privé sont inadéquates. Un

⁹¹⁶ Voir SPICKHOFF, p. 121-123 pour la discussion.

⁹¹⁷ Pour plus de détails, voir SPICKHOFF, p. 120-128; VON BAR, IPR I, N° 633, pour qui la deuxième phrase de l'art. 6 EGBGB est un cas d'application de la première; SONNENBERGER, München. Komment., N° 51 ad art. 6: «*Grundrechtswidrigkeit des Ergebnisses der Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm [nicht der Norm selbst] stellt danach einen herausgehobenen Fall eines Verstosses gegen den deutschen o. p. dar*», N° 52-55; KEGEL, p. 383.

⁹¹⁸ SPICKHOFF, p. 120; KEGEL, p. 383.

⁹¹⁹ Voir p. ex., se référant à SONNENBERGER, München. Kororont., 2^e éd., N° 40 ad art. 6, BGH, 14 octobre 1992, BGHZ 120, p. 29 (34): «*Allerdings führt nicht jede Anwendung ausländischen Rechts, die bei einem Inlandsfall grundrechtswidrig wäre, bereits zur offensichtlichen Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts. Vielmehr bedarf es einer ausreichenden Inlandsbeziehung des Einzelfalls, um einen Verstoß gegen den Ordre public anzunehmen*»; voir également SONNENBERGER, München. Komment., 3^e éd., N° 55 ad art. 6, se référant à BVerfG, 23 avril 1991, NJW 1991, p. 1600: «*Die Hinnahme fremder Enteignungen wird insoweit nur durch den Vorbehalt zugunsten des ordre public (...) eingeschränkt, der aber nur eingreift, wenn und soweit eine hinreichende Inlands- und Gegenwartsbeziehung besteht*»; VON BAR, IPR I, N° 634; KROPHOLLER, p. 228.

⁹²⁰ Voir p. ex. BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 365 et note 5; LAGARDE, Répertoire, 2^e éd., V° Ordre public, ch. 55-58; MAYER, La Convention européenne des droits de l'homme, p. 651-665; Dany COHEN, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français, RCDIP 1989, p. 451-483 (477 ss). Dans la jurisprudence française, voir, au sujet de l'ancien régime matrimonial suisse de l'union des biens, prévoyant un partage inégal du bénéfice de liquidation entre les époux, la formule ambiguë de Cass. fr., 24 février 1998, RCDIP 1998, p. 637, invoquant l'art. 5 du Protocole N° 7 de la CEDH, sur l'égalité des droits des époux et estimant «*qu'en statuant ainsi, par application des dispositions de la loi suisse alors applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale, la cour d'appel a violé le texte susvisé qui s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux*». Voir également les arrêts cités *infra*, N° 764 en matière de répudiation et *infra*, N° 523, en matière de changement de sexe (CA Paris, 14 juin 1994). En Belgique, voir notamment ROMAIN, Droits de l'homme, p. 49-61.

⁹²¹ HAMMJE, Droits fondamentaux, approuvée par DROZ, RCDIP 1998, p. 607.

raisonnement en termes de loi d'application immédiate « excède ce que nécessite une juste sauvegarde des droits fondamentaux »⁹²², qui débouche sur « une application impérialiste des droits, que le for imposera en toute circonstance, risquant en cela d'exacerber les divergences entre ordres juridiques en privilégiant une approche nationaliste »⁹²³. Quant à la réserve d'ordre public, dans sa forme traditionnelle, qui n'attache pas d'importance au fait que le principe d'ordre public ait une valeur constitutionnelle, elle est insuffisante; elle ferait « trop peu de cas du particularisme qui s'attache aux valeurs fondamentales »⁹²⁴. P. HAMMJE propose de modifier les conditions de déclenchement de la réserve d'ordre public lorsqu'un principe d'ordre public est un droit fondamental. La défense des valeurs fondamentales serait le terrain d'élection d'une nouvelle approche de la variabilité de l'ordre public « en fonction non de considérations de proximité, mais de la nature des conceptions en cause »⁹²⁵. L'*Inlandsbeziehung* ne devrait pas être déterminée de façon générale et abstraite, mais découler de ce que postule le droit fondamental lui-même. Il faudrait « partir du droit fondamental dont la violation est alléguée et rechercher quel champ d'application dans l'espace il s'assigne »⁹²⁶. Il serait possible de procéder par l'adoption de clauses spéciales d'ordre public ou par le biais de la réserve générale d'ordre public. Les clauses spéciales présenteraient le désavantage d'une flexibilité moindre, les conditions de déclenchement étant prédéterminées; de plus, elles se fonderaient avant tout sur une appréciation nationale des droits fondamentaux, notamment au regard des liens de proximité exigés. Dans le cadre de la réserve, une concrétisation du droit fondamental en cause permettrait de définir le contenu des conceptions du for⁹²⁷; cette appréciation s'accompagnerait « d'une lecture nouvelle de l'appréciation de la proximité exigée, qui se fera[it] en fonction de l'origine du droit en cause ». Ainsi, lorsqu'est en cause la violation d'un droit consacré par la Convention européenne des droits de l'homme, une acception européenne de la proximité pourrait être substituée à l'approche nationale: un lien avec l'ordre juridique européen serait suffisant, même si les liens de la situation avec le for ne sont pas eux-mêmes significatifs. Une résidence dans un Etat contractant, autre que le for, suffirait, dans la mesure où c'est là que se fait sentir la violation du droit fondamental⁹²⁸. Dans certains cas, la seule saisine du juge pourrait suffire si ce dernier risque de se mettre, par le prononcé de sa décision, en contradiction avec ses normes fondamentales. Lorsqu'en revanche est en cause la violation

⁹²² HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 9.

⁹²³ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 10.

⁹²⁴ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 13.

⁹²⁵ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 14-15.

⁹²⁶ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 15.

⁹²⁷ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 16.

⁹²⁸ HAMMJE, Droits fondamentaux, p. 17.

d'un droit fondamental d'origine nationale, mais non consacré par une norme internationale, l'appréciation des liens se ferait selon le seul ordre juridique du for. Tout en admettant que la mise en œuvre de cet « *affinement de l'exception d'ordre public* » selon la nature des principes à défendre ne va pas sans difficulté, P. HAMMJE estimait qu'il constitue une voie médiane entre une défense a priori des droits fondamentaux et une défense par le biais d'un ordre public national traditionnel.

352. *Quelques opinions en Suisse.* Seuls quelques auteurs se sont penchés sur cette question en Suisse. A. BUCHER est d'avis que « *l'ordre public comprend assurément la protection des droits de l'homme* »⁹²⁹. Lorsque ces droits ont une vocation universelle, leur respect s'imposerait sans limite territoriale et sans qu'une relativisation soit possible. S'agissant d'un instrument de protection régionale, comme la CEDH, une différence d'appréciation fondée sur les liens de l'espèce avec le cercle des Etats contractants pourrait se justifier⁹³⁰. Si l'art. 1^{er} CEDH entend protéger toute personne relevant de la juridiction d'un Etat contractant, écartant ainsi la solution tendant à soumettre l'applicabilité des droits de l'homme à l'exigence de certains liens, définis par les règles de conflit des Etats contractants, la définition des droits fondamentaux consacrés par la CEDH « *porte[rait] en elle-même la perspective d'une appréciation différenciée selon l'origine étatique, sociale et culturelle de la situation concrète* », dès lors que les critères de définition énumérés par la convention⁹³¹ offriraient « *une marge d'appréciation permettant de relativiser la gravité de certaines restrictions aux libertés fondamentales qui auraient pour origine le droit d'un Etat contractant* »⁹³². Monica MÄCHLER-ERNE est d'avis que les droits fondamentaux « *im Rahmen ihres sachlichen sowie persönlichen und räumlichen Anwendungsbereichs in den Begriff des schweizerischen Ordre public einfließen* »⁹³³. Pour I. SCHWANDER, c'est par le biais de la réserve d'ordre public que doivent être mis en œuvre les droits fondamentaux, en particulier le droit à l'égalité et l'interdiction des discriminations⁹³⁴. Cet auteur propose toutefois de renoncer à l'exigence des liens avec le for⁹³⁵, tout en insistant sur le principe de l'appréciation axée sur le résultat.

⁹²⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 597, citant ATF 103 Ia 199 (205), *Beril*.

⁹³⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 598.

⁹³¹ BUCHER, DIP I/2, N° 599, citant les nécessités propres à une « *société démocratique* » (art. 8 CEDH) et la prohibition de la discrimination (art. 14 CEDH).

⁹³² BUCHER, DIP I/2, N° 599.

⁹³³ MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 17, citant les ATF 120 II 155 (166), *Emirats arabes Unis* et 116 II 625 (629), *Société R.*

⁹³⁴ SCHWANDER, Diskriminierungsverbot, p. 1404 ss. Dans le même sens Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, t. II, Zurich 1982, p. 102.

⁹³⁵ SCHWANDER, Diskriminierungsverbot, p. 1405; cf. également *idem*, Einführung AT, N° 486, dans le même sens, DÖRIG, p. 355.

353. *Notre conception. Inadaptation de la méthode des lois d'application immédiate. La réserve d'ordre public, porte d'entrée des droits fondamentaux dans le raisonnement conflictuel.* Nous sommes d'avis que les droits fondamentaux ne doivent pas être mis en œuvre dans le litige international par le biais de la méthode des lois d'application nécessaire, en particulier par la création de règles unilatérales de conflit fixant le champ d'application dans l'espace des règles constitutionnelles. La réserve d'ordre public constitue le truchement par lequel les droits fondamentaux, en tant qu'expression de valeurs, peuvent s'insérer dans le litige international; cette solution présente l'avantage d'une cohérence de méthodes, qu'il s'agisse de l'application de la loi étrangère ou de la reconnaissance des actes étrangers, que le procédé des lois d'application nécessaire n'offrirait pas, pris au dépourvu dans la seconde hypothèse. Nous pensons qu'en principe les droits fondamentaux influencent l'ordre public et rayonnent sur le litige international par le biais de la réserve; les rares droits fondamentaux consacrés par la Constitution qui sont pourvus d'un effet horizontal⁹³⁶ peuvent exceptionnellement constituer des lois d'application nécessaire. La structure des autres droits fondamentaux les rend peu adaptés à une application directe dans une affaire internationale comme dans une affaire interne⁹³⁷; ils obligent l'Etat à s'abstenir d'actes attentatoires à la liberté des particuliers, mais n'offrent pas de solution immédiate pour des litiges survenant entre eux. Pour revêtir la qualité de loi d'application nécessaire, une norme doit être rédigée de façon suffisamment précise, au point de pouvoir aisément remplacer la partie de la réglementation qu'elle évince, ce qui n'est pas le cas des droits fondamentaux. Enfin, le recours à la méthode des lois d'application nécessaire risquerait de vider de leur portée les règles de conflit et de dénaturer la *lex causae* dans une mesure excessive, dépassant le strict nécessaire à la sauvegarde des valeurs fondamentales du for ou de l'Etat de la reconnaissance.

354. *La théorie des liens avec le for apporte une réponse satisfaisante aux exigences des droits fondamentaux.* Dans sa contribution, P. HAMMJE propose

⁹³⁶ Avant l'entrée en vigueur de la LF sur l'égalité (à ce sujet, voir l'opinion nuancée de Ivo SCHWANDER, *Der zeitliche und der räumliche Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes* in Ivo SCHWANDER/René SCHAFFHAUSER [édit.], *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann*, St. Gallen 1996, p. 185-210 [203-207]), on pouvait citer dans ce cadre l'art. 4 al. 2, 3^e phrase Cst. féd. (1874) (repris à l'art. 8 al. 3, 3^e phrase Cst. féd. [1999]) relatif à l'égalité des salaires entre hommes et femmes (cf. Claudia KAUFMANN in Margrith BIGLER-EGGENBERGER/Claudia KAUFMANN (édit.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, p. 5; VOSER, p. 251, note 39; ATF 113 Ia 107 (110), *D. et W.*).

⁹³⁷ Voir en ce sens VOSER, p. 251, note 39.

d'adopter en France des solutions qui nous paraissent acquises en Allemagne et, dans une très large mesure, en Suisse. Ainsi que nous l'avons exposé dans les lignes qui précèdent⁹³⁸, nous sommes d'avis que la théorie des liens avec le for postule une intervention graduelle de la réserve, dont l'intensité de réaction est à la mesure de l'importance du principe d'ordre public entrant en ligne de compte. Lorsque le principe d'ordre public en cause est une valeur qui coïncide avec un droit fondamental, le juge peut faire intervenir la réserve en se contentant en règle générale d'exigences moins élevées quant aux liens que la cause doit entretenir avec le for. La plupart des valeurs défendues par les droits fondamentaux appartiennent sans doute au noyau dur de l'ordre public; celles-ci pourraient entraîner l'intervention de la réserve d'ordre public lorsque le seul lien avec la Suisse réside dans la saisine d'un tribunal ou d'une autorité de ce pays; pour le reste, les droits fondamentaux rayonnent sur le contenu de l'ordre public dont les principes, pour autant qu'ils ne relèvent pas du noyau dur de l'ordre public, pourraient être relativisés et adaptés, en fonction de l'éloignement relatif de la cause avec le for. Nous sommes d'avis, et nous espérons que la partie spéciale de notre travail le démontrera, que l'application générale de la théorie de la *Binnenbeziehung* permet d'apporter une réponse satisfaisante aux questions que posent les exigences particulières des droits fondamentaux; elle ménage une porte d'entrée des droits fondamentaux dans le litige international en les adaptant à sa spécificité, sans intrusion excessive et en protégeant les valeurs essentielles du for. La prise en compte des droits fondamentaux élargit simplement le cadre de référence dans lequel se reflète ce que peut accepter le for⁹³⁹.

E. Aperçu de droit comparé

a) *L'Inlandsbeziehung en droit international privé allemand*

355. *Application généralisée de la théorie de l'Inlandsbeziehung. La jurisprudence.* La théorie de l'*Inlandsbeziehung* est appliquée depuis fort longtemps en Allemagne⁹⁴⁰; avant la réunification, cette théorie a même fait apparition dans le cadre du conflit « *interzonal* », lorsque se posait la question de la compatibilité du droit de la RDA avec l'ordre public de la RFA⁹⁴¹. Le *Bundesgerichtshof* affirme clairement que la question de savoir si l'ordre public

⁹³⁸ *Supra*, N° 340-345.

⁹³⁹ En ce sens, LIBCHABER, p. 81.

⁹⁴⁰ Voir l'exposé complet de WEITZ, p. 52 ss.

⁹⁴¹ Cf. notamment *Oberlandsgericht* Hambourg, 8 mai 1951, JDI 1954, p. 972: le tribunal rejette l'action qu'un propriétaire exproprié sans indemnité intente contre le nouveau propriétaire d'une rotative; le fait que la machine a été transportée en RFA après l'expropriation et qu'un tribunal de la RFA a été saisi ne constitue pas un lien suffisant avec le for.

doit évincer une loi qui le heurte dépend essentiellement des liens existant avec le for⁹⁴². Ainsi, pour prendre quelques exemples, la Cour fédérale a estimé que l'ordre public allemand ne devait pas intervenir à l'encontre de la reconnaissance d'un rapport d'autorité parentale existant de plein droit⁹⁴³ sur un enfant en vertu de la loi iranienne, pourtant contraire au principe de l'égalité des sexes, au motif que toutes les parties étaient de nationalité iranienne et que le juge ne devait pas leur imposer inutilement un droit étranger; la cour soulignait que, si l'une des parties était allemande, même la résidence de la famille en Allemagne ne constituerait pas forcément un lien suffisant⁹⁴⁴. De manière analogue, si l'enfant naturel résidant en Allemagne ou né d'une mère allemande doit pouvoir, en vertu de l'ordre public, intenter une action en recherche de paternité⁹⁴⁵, la jurisprudence souligne que cela n'est pas toujours le cas lorsque toutes les parties sont de nationalité étrangère et qu'elles sont toutes, à l'exception du père, domiciliées à l'étranger⁹⁴⁶. L'exigence d'un lien suffisant avec le for n'est pas limité au statut personnel; on la retrouve également en droit des obligations⁹⁴⁷.

356. *La doctrine.* Les traités et manuels de droit international privé allemand consacrent tous quelques développements à l'*Inlandsbeziehung*⁹⁴⁸. Commentant la jurisprudence, ces auteurs soulignent que l'intervention de l'art. 6 EGBGB

⁹⁴² BGH, 20 décembre 1972, BGHZ 60, p. 68 (79): « *Dabei kommt es wesentlich mit auf die im Einzelfall bestehende Inlandsbeziehung an* ». Pour des arrêts plus anciens, voir p. ex. BGH, 21 novembre 1958, BGBZ 28, p. 375 (385); BGH, 12 novembre 1959, BGHZ 31, p. 168 (172); BGH, 8 mars 1963, BGHZ 39, p. 220 (232); voir encore BGH, 14 octobre 1992, BGHZ 120, p. 29 (34).

⁹⁴³ BGH, 14 octobre 1992, BGHZ 120, p. 29 (34) au sujet de l'art. 3 de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

⁹⁴⁴ Cet arrêt est également analysé *infra*, N° 398, sous l'angle des effets de l'intervention de l'ordre public.

⁹⁴⁵ BGH, 28 février 1973, BGHZ 60, p. 247 (voir maintenant l'art. 20 al. 1 EGBGB).

⁹⁴⁶ BGH, 30 octobre 1974, BGHZ 63, p. 219 (226).

⁹⁴⁷ BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312 (332-334): *pactum de quota litis*, pas d'intervention de l'ordre public, la relation entre l'avocat et son client étant entièrement localisée à l'étranger; *punitive damages*, pas d'intervention dès lors que l'acte illicite a été commis aux Etats-Unis, où les parties étaient établies au moment des faits, la nationalité allemande du défendeur et son établissement en cours d'instance en Allemagne ne constituant pas une *Inlandsbeziehung* suffisante.

⁹⁴⁸ Cf. notamment FIRSCHING/VON HOFFMANN, p. 244; JAYME, p. 35; KEGEL, § 16 VI 2, p. 379-380; KUNZ, p. 81-83; KROPHOLLER, § 36 II ch. 2, p. 223; LÜDERITZ, p. 93 et les exemples au N° 208; SOERGEL/KEGEL, N° 17 ss ad art. 30 EGBGB; SONNENBERGER, München. Komment., N° 81-86 ss ad art. 6 EGBGB; SPICKHOFF, p. 97-99; VON BAR, IPR I, N° 634; WENGLER, p. 79. Voir également la monographie de WEITZ.

suppose que la cause entretient, au moment du jugement, des liens territoriaux suffisamment étroits avec l'Allemagne; moins la cause entretient de liens avec le for, plus les principes devront être fondamentaux pour justifier l'éviction du droit désigné⁹⁴⁹. La doctrine souligne qu'il n'est pas possible d'affirmer, de façon abstraite, ce que sont ces liens, mais qu'il faut examiner l'ensemble des circonstances de la cause⁹⁵⁰. Les liens les plus importants sont la résidence habituelle en Allemagne et la nationalité allemande, mais toute circonstance peut entrer en ligne de compte.

b) La réception de la théorie en droit international privé français

357. *La jurisprudence: certains arrêts s'expliquent par l'application de la théorie des liens avec le for.* La Cour de cassation n'a jamais énoncé en termes généraux le principe du lien avec le for comme condition de l'intervention de l'ordre public. Certains arrêts y font référence implicitement et, pour reprendre l'expression de H. BATIFFOL/P. LAGARDE, « la notion permet de rendre compte de certaines solutions qui seraient autrement difficilement explicables »⁹⁵¹.

358. *Illustration. « L'ordre public de proximité ».* Dans un arrêt de 1981, la Cour de cassation a affirmé que l'ordre public français accordait à un Français domicilié en France la faculté de demander le divorce, alors que le droit espagnol désigné par la règle de conflit le prohibait⁹⁵². En matière de filiation, la Cour de cassation a estimé que les lois étrangères ne prévoyant pas l'action en recherche de paternité étaient contraires à l'ordre public lorsqu'elles avaient pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation⁹⁵³. Commentant l'arrêt, J. FOYER y a vu « la

⁹⁴⁹ *Contra*: RAAPE/STURM, t. 1, p. 218, qui y voient de la magie !

⁹⁵⁰ SPICKHOFF, p. 97 *if.* et références citées en note 106.

⁹⁵¹ Citant notamment (N° 360, note 1) CA Colmar, 16 juin 1965, RCDIP 1966, p. 78: admission d'une réclamation d'honoraires d'un avocat étranger contre une société française sur la base d'un *pactum de quota litis*, contraire à l'ordre public français, dès lors que l'activité avait été déployée à l'étranger conformément à la loi locale. Voir également l'analyse fouillée de GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 60-76 et LAGARDE, *Répertoire*, 2^e éd., V° *Ordre public*, ch. 29-35.

⁹⁵² Cass. fr., 1^{er} avril 1981, JDI 1981, p. 812, *Juan de Iturralde de Pedro*. Voir auparavant en sens contraire, Cass. fr., 8 novembre 1977, JDI 1978, p. 587. En matière de filiation, voir TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83 (sur cet arrêt, GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 63).

⁹⁵³ Cass. fr., 10 février 1993, RCDIP 1993, p. 620 et l'application de cette jurisprudence au cas d'un enfant étranger résidant en France, TGI Paris, 5 avril 1994, D. 1995, Somm., p. 118; cf. déjà TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83; cf. également Cass. fr., 8 mars 1938, *in* ANCEL/LEQUETTE, *Grands arrêts*, N° 17 sur le droit d'une mère française de reconnaître un enfant selon la loi française.

consécration de la notion allemande de l'*Innensbeziehung* » qu'il baptise du nom d'ordre public de proximité, par opposition à l'ordre public classique, celui-ci étant qualifié d'ordre public d'éloignement⁹⁵⁴. Le même tribunal a jugé que la loi marocaine prohibant l'établissement d'une adoption, si elle n'est pas forcément contraire à l'ordre public en ce qu'elle prohibe l'adoption plénière, est contraire à l'ordre public parce qu'elle prohibe également l'adoption simple d'un enfant de parents inconnus, vivant en France et élevé par un couple dont l'un des époux est Français et ayant ainsi « avec la France des liens de rattachement concrets et forts »⁹⁵⁵. Les exemples les plus clairs de l'application de cette condition concernent les unions polygamiques. On songe à la célèbre affaire *Baaziz*, dans laquelle la Cour de cassation a affirmé que la conception française de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique célébré à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci »⁹⁵⁶. D'autres arrêts font varier l'intervention de l'ordre public en fonction des liens que la première épouse entretient avec le for français⁹⁵⁷. En revanche, la Cour de cassation n'a pas fait dépendre l'intervention de l'ordre public de la nationalité des parties en matière de nationalisation⁹⁵⁸.

359. *Illustration. « L'ordre public d'éloignement »*. La jurisprudence française offre également des arrêts dans lesquels les liens avec le for ont été jugés insuffisants pour justifier l'intervention de l'ordre public français. J. FOYER parle alors d'*« ordre public d'éloignement »*. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a refusé d'opposer l'ordre public à la loi sénégalaise ne prévoyant pas d'action en recherche de paternité au motif que l'enfant et toute la famille étaient sénégalais et qu'il apparaissait que l'enfant « était appelé à vivre et à être intégré dans le pays et le milieu culturel dont sa mère était originaire »⁹⁵⁹. En matière de contestation de la reconnaissance, le même tribunal a jugé que l'ordre public français n'était pas heurté par une loi

⁹⁵⁴ RCDIP 1993, p. 624.

⁹⁵⁵ TGI Paris, 5 février 1992, RCDIP 1993, p. 251, 1^{ère} espèce; voir également TGI Dijon, 8 novembre 1991, JDI 1992, p. 637; voir cependant, refusant l'intervention de l'ordre public, CA Versailles, 24 septembre 1992, RCDIP 1993, p. 251, 2^e espèce et surtout CA Paris, 19 juin 1992 D. 1993, Somm., p. 120 (la loi interdisant l'adoption n'est pas contraire à l'ordre public). Comme le relève FOYER (RCDIP 1993, p. 629), lorsque la Cour de cassation a affirmé que la loi étrangère prohibant l'adoption d'un enfant en la forme plénière n'était pas contraire à l'ordre public (31 janvier 1990, RCDIP 1990, p. 519), la demande était présentée par un étranger ne résidant pas en France, de sorte que les liens avec ce pays étaient moins étroits.

⁹⁵⁶ Cass. fr., 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 71.

⁹⁵⁷ Voir les arrêts cités par BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 360, note 8.

⁹⁵⁸ Cass. fr., 2 mars 1955, RCDIP 1955, p. 496.

⁹⁵⁹ Arrêt du 3 juin 1980 inédit, cité par LAGARDE, Le principe de proximité, p. 111.

étrangère restrictive dès lors que la situation juridique en cause ne présentait quasiment aucun lien de rattachement avec la France⁹⁶⁰. Dans une autre affaire⁹⁶¹, à mi-chemin entre les conflits interpersonnels et le droit international privé classique, la Cour de cassation n'a pas opposé l'ordre public à la coutume de Mayotte, « *dernier îlot de droit français musulman* » (DROZ)⁹⁶² connaissant la polygamie. Elle a cassé la décision du Tribunal supérieur d'appel de Mayotte qui avait jugé que tous les enfants nés des œuvres d'une personne soumise au statut civil de droit local avaient qualité pour succéder à celle-ci; la Cour de cassation a reproché au Tribunal d'appel de n'avoir pas vérifié si ces enfants étaient nés des mariages réguliers de leur père; en d'autres termes, alors que tous les intéressés étaient nés et domiciliés à Mayotte, la Cour de cassation refusait de faire intervenir l'ordre public français à l'encontre des règles musulmanes qui n'admettaient à la succession que les enfants légitimes du défunt⁹⁶³.

360. *Appréciation de la doctrine.* Dans un premier temps, en particulier suite à l'arrêt de la Cour de cassation de 1981 qui retenait cumulativement la nationalité française et le domicile en France comme critères des liens avec la France, certains ont craint que les valeurs d'ordre public ne soient excessivement relativisées⁹⁶⁴. Actuellement, la doctrine française semble de façon majoritaire favorable à la réception de cette théorie en France. Elle y est plus nettement favorable depuis que la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 février 1993, a utilisé alternativement le critère de la nationalité et de la résidence en France⁹⁶⁵. S'ils admettent que la réaction à l'encontre de la loi étrangère est d'autant plus vive que cette situation a des « *points d'ancrage très forts à la France* », Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL estiment qu'il s'agit d'un facteur imprécis et sont d'avis que les exemples jurisprudentiels manifestent un détournement de l'ordre public de sa fonction, puisqu'il s'agirait moins d'écarter une loi étrangère inacceptable que de corriger un rattachement jugé inadapté⁹⁶⁶. H. BATIFFOL/P. LAGARDE ne semblent pas partager ces craintes, estimant en outre que le critère de la nationalité n'est pas jugé discriminatoire

⁹⁶⁰ TGI Paris, 23 novembre 1993, RCDIP 1995, p. 703, 1^{ère} espèce.

⁹⁶¹ Cass. fr., 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602; sur cette affaire, voir également *infra*, N° 830.

⁹⁶² DROZ, RCDIP 1998, p. 604; sur le statut de Mayotte (l'une des îles des Comores), collectivité territoriale française *sui generis*, voir Claude EMERI/Christian BIDÉGARAY, *La Constitution en France de 1789 à nos jours*, Paris 1997, p. 211-212.

⁹⁶³ Arrêt approuvé par DROZ, note précitée.

⁹⁶⁴ GAUDEMET-TALLON, RCDIP 1980, p. 97 et PONSARD, RCDIP 1971, p. 505.

⁹⁶⁵ Voir les observations de FOYER, RCDIP 1993, p. 624-625.

⁹⁶⁶ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 254-2; AUDIT, N° 307 et 305 *if.* note également que certains de ces arrêts peuvent être interprétés comme une correction au rattachement lui-même.

lorsqu'il est utilisé dans une règle de conflit; il n'y a pas de raison de le traiter comme tel lorsqu'il intervient à titre subsidiaire, en rapport avec l'ordre public⁹⁶⁷. Dans sa note à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993, J. FOYER⁹⁶⁸ approuve l'intégration dans la jurisprudence de la notion d'*Inlandsbeziehung*. Cet auteur pense que la théorie des liens avec le for pourrait être utilisée en matière patrimoniale, en particulier en matière de responsabilité extracontractuelle; plus récemment, J. FOYER a déclaré que la notion de *Binnenbeziehung* était « *solidement ancrée en jurisprudence* »⁹⁶⁹; avec la consécration de cette notion, la même loi serait « *selon que les intérêts français sont plus ou moins en cause, déclarée distributivement contraire et conforme à l'ordre public* ». P. LAGARDE approuve également cette jurisprudence tout en mettant en garde contre une utilisation de la réserve comme un moyen de pallier l'inexistence officielle de clause d'exception en droit international privé français; la confusion entre les deux moyens plaiderait pour l'introduction de la clause d'exception en droit international privé français⁹⁷⁰. Certains auteurs, favorables à la réception de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* en droit français, se demandent s'il ne faudrait pas la substituer à la théorie de l'effet atténué. Reprenant les termes d'Hélène GAUDEMET-TALLON⁹⁷¹, B. ANCEL/Y. LEQUETTE sont d'avis que « *la corrélation espace-temps sur laquelle repose la théorie de l'effet atténué de l'ordre [public] a, en effet, perdu une bonne part de sa pertinence, en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus. Le seul fait qu'une situation est née à l'étranger ne permet plus de présumer qu'elle n'avait à l'époque de sa création que peu de liens avec la société française* »⁹⁷². R. LIBCHABER est également très favorable à l'application de cette théorie, qui présente selon lui d'incontestables avantages, en particulier en rapport avec la polygamie et la répudiation⁹⁷³. Quant à P. MAYER⁹⁷⁴, se référant à P. GANNAGÉ⁹⁷⁵, il est d'avis que les arrêts des 10

⁹⁶⁷ BATIFFDL/LAGARDE, t. I, N° 360 citant BGH, 20 décembre 1972, BGHZ 60, p. 68 ss, 79. Voir également l'avis positif de LAGARDE, Le principe de proximité, p. 109 ss, N° 103 et RCDIP 1980, p. 79.

⁹⁶⁸ RCDIP 1993, p. 623 ss.

⁹⁶⁹ RCDIP 1995, p. 718.

⁹⁷⁰ LAGARDE, Le principe de proximité, p. 112, N° 104; voir également les craintes exprimées par FAUVARQUE-COSSON, N° 667, 671.

⁹⁷¹ GAUDEMET-TALLON, p. 271, N° 122; voir précédemment GAUDEMET-TALLON, JDI 1990, p. 993.

⁹⁷² ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, p. 214; voir également EKELMANS, Effets atténués, p. 303.

⁹⁷³ LIBCHABER, p. 73-75.

⁹⁷⁴ MAYER, N° 209-1.

⁹⁷⁵ Pierre GANNAGÉ, Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille, in Mélanges Louis BOYER, Paris 1996.

février 1993 et 1^{er} avril 1981⁹⁷⁶ consacrent l'émergence d'un ordre public particulier, protégeant non l'ordre juridique du for en tant que tel, mais l'ordre juridique français « *en tant que désigné par le critère de la nationalité* », qu'il nomme l'ordre public du statut personnel des Français. Pour G. A. L. DROZ, « *on comprend, en se souvenant de la Sainte Inquisition, du goulag et de la Shoa, qu'on puisse faire une distinction entre l'atteinte à la liberté de conscience ou les discriminations fondées sur la race qui doivent être sanctionnées où qu'elles se produisent, et des règles qui nous choquent certes mais qui ne sont que des aménagements particuliers dans un cadre socio-juridique donné. Dans ce deuxième cas, la règle choquante, par exemple l'attribution aux filles d'une part successorale inférieure de moitié à celle d'un garçon, l'ignorance de la filiation naturelle, l'attribution au mari des deux tiers du bénéfice de l'union des biens de l'ancien droit suisse, ne devrait être sanctionnée que si la situation a des liens suffisamment étroits avec le territoire du for pour qu'elle puisse y troubler l'opinion* »⁹⁷⁷. Cet auteur approuve l'étude précitée de P. HAMMJE⁹⁷⁸ et considère que l'on peut faire jouer la condition des liens avec l'ordre juridique européen.

361. *Conclusion.* En résumé, même s'il est possible que certains arrêts français appliquant la théorie germanique de l'*Inlandsbeziehung* indiquent une volonté de relativiser un critère de rattachement jugé inopportun⁹⁷⁹, question qui a pris de l'importance depuis que le juge français applique d'office la règle de conflit dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits⁹⁸⁰, la doctrine des liens avec le for s'est bel et bien implantée en France. Alors qu'autrefois la théorie de l'effet atténué dominait dans ce pays, l'on constate un certain rapprochement avec la solution admise en Allemagne et en Suisse⁹⁸¹. L'on ne peut plus parler aujourd'hui, comme le faisait à juste titre P. LAGARDE en 1958, du « *mépris total et souverain* »⁹⁸² de la Cour de cassation française à l'égard de cette notion. On peut affirmer sans risque que la notion de *Binnenbeziehung* n'est pas inconnue du droit positif français: même si elle n'utilise pas l'expression, faute peut-être d'avoir su trouver, pour l'instant, un vocable élégant en français, la jurisprudence applique cette théorie accueillie

⁹⁷⁶ Cass. fr., 10 février 1993, RCDIP 1993, p. 620 et 1^{er} avril 1981, JDI 1981, p. 812, cités *supra*, N° 358.

⁹⁷⁷ Georges A. L. DROZ, RCDIP 1998, p. 604 (607).

⁹⁷⁸ *Supra*, N° 351.

⁹⁷⁹ Cf. AUDIT, N° 305, p. 262.

⁹⁸⁰ Cf. Cass. fr., 4 décembre 1990, RCDIP 1991, p. 558; ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 73; voir également Cass. fr., 10 mai 1995, RCDIP 1996, p. 330, Cass. fr., 6 mai 1997, RCDIP 1997, p. 514; voir les exposés plus récents de AUDIT, N° 255 ss et MAYER, N° 143 ss.

⁹⁸¹ En ce sens GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 57 *l.f.*-58 *l.l.*

⁹⁸² LAGARDE, *Recherches*, N° 59, p. 65.

favorablement par la doctrine majoritaire.

F. L'application de la théorie des liens avec le for en droit international privé suisse

a) La jurisprudence

362. *Jurisprudence datant d'avant l'entrée en vigueur de la LDIP.* Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence affirmait de manière indéfectible que l'exigence d'un lien avec le for constituait une condition d'intervention de l'ordre public. La théorie est apparue en 1938⁹⁸³ dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. La doctrine française a donc raison d'attribuer la paternité de cette théorie aux jurisprudences allemande et suisse⁹⁸⁴. Après avoir laissé la question ouverte⁹⁸⁵, le Tribunal fédéral a déclaré, dans un arrêt de 1952, que « l'application de la réserve de l'ordre public suppose que le rapport de droit à juger présente avec la Suisse des attaches suffisamment étroites »⁹⁸⁶; cette jurisprudence fut confirmée par la suite⁹⁸⁷, en

⁹⁸³ ATF 64 II 88 (104), *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft et Siemens & Halske*: le TF envisage le risque de spéculation sur des titres ayant baissé de valeur, suite à l'interdiction des clauses or en Allemagne, qui pourraient être encaissés en Suisse à la valeur or originaire par des acheteurs invoquant la contrariété à l'ordre public de la prohibition de la loi allemande: « on pourrait parer à ces abus en appliquant la théorie, représentée dans la doctrine, suivant laquelle on ne peut invoquer l'ordre public d'un Etat étranger que si le fait à juger présente certaines attaches avec le pays ». En l'espèce, le TF s'est contenté de constater que 1/5^e de l'emprunt avait été offert en souscription en Suisse, de sorte que des points de contact suffisants existaient avec la Suisse et que tous les porteurs pouvaient invoquer l'ordre public suisse sans avoir à démontrer qu'ils avaient acquis leurs titres avant la promulgation de la loi allemande.

⁹⁸⁴ P. ex. LIBCHABER, p. 73; GOLDSTEIN, p. 55.

⁹⁸⁵ Question laissée ouverte dans l'ATF 67 II 215 (221), *Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd.*: contrat de garantie entre des parties ayant leur siège à l'étranger; le séquestre de biens dans une banque suisse constitue le seul lien avec le for; *Binnenbeziehung* niée (*obiter dictum*); 68 II 377 (382), *Böhmische Unionbank*: action en Suisse contre le débiteur suisse d'une entreprise tchécoslovaque expropriée sans indemnité pour des motifs raciaux; *Binnenbeziehung* admise, dès lors que les parties sont domiciliées en Suisse et que la somme est congnée en Suisse.

⁹⁸⁶ ATF 78 II 243 (249), *Loudon*: *Binnenbeziehung* niée; effet de change établi en dollars, établi et accepté en Autriche et payable aux Etats-Unis, le seul lien avec la Suisse résultant de l'acquisition de l'effet de change par une banque suisse: « Bei derart schwacher, ernstlich nicht ins Gewicht fallender Binnenbeziehung rechtfertigt es sich nicht, auf die Vorbehaltsklausel zu greifen (...) ».

⁹⁸⁷ ATF 94 II 297 (303), *Koerfer*: Jakob Goldschmidt, Allemand domicilié en Allemagne, conclut avec une banque allemande un contrat de « transfert de propriété à des fins de garantie »; transfert de la propriété des objets d'art qu'il avait en Allemagne et dont il conservait la possession; Goldschmidt est déchu de la nationalité allemande (législation du III^e Reich); l'autorité nazie estime que la banque n'avait qu'un droit de gage et que le

particulier sous l'empire de la LDIP⁹⁸⁸.

363. *Intervention graduelle en fonction de la gravité de l'atteinte.* Le Tribunal fédéral ne semble guère sensible à la deuxième face de la théorie des liens avec le for, dont nous avons exposé le mécanisme en traitant de l'ordre public transnational et des droits fondamentaux⁹⁸⁹, à savoir que l'intervention de l'ordre public est d'autant plus incisive que l'atteinte à l'ordre public est grave

propriétaire véritable des biens était Goldschmidt; biens confisqués par le Reich et vendus aux enchères; Jakob Koerfer se porte acquéreur de deux tableaux qu'il offre à son épouse, Suisse établie en Suisse; la Cour d'Appel de Berne admet la demande en restitution des tableaux intentée par l'héritier de Goldschmidt contre les héritiers de Dame Koerfer, décédée en 1944; TF estime que l'ordre public suisse n'a pas à intervenir, dès lors que le contrat de garantie et l'ensemble des rapports de droit à l'égard des tableaux n'avaient aucun lien avec la Suisse jusqu'à la vente aux enchères; au demeurant, Koerfer avait acquis les tableaux par prescription acquisitive. Nous pensons que le transfert des biens en Suisse et la donation de ceux-ci à une ressortissante helvétique constituait une *Binnenbeziehung* suffisante pour que la réserve intervienne; le Tribunal fédéral aurait dû constater que l'application de la législation raciale à l'origine de la confiscation entraînait une atteinte au noyau dur de l'ordre public, ce qui aurait dû le conduire à se contenter d'un lien relativement lâche avec le for pour faire intervenir la réserve. Comme l'écrivait LALIVE (ASDI 1969/70, p. 323), « la vraie question n'était pas de savoir si le transfert de propriété aux fins de garantie, de 1931, devait être tenu a posteriori comme absolument incompatible avec l'ordre juridique suisse. Elle était plutôt (...) de savoir si l'ordre public suisse ne devait pas s'opposer à la reconnaissance et à l'exercice, en Suisse, d'un droit de propriété acquis à l'étranger sur la base d'une confiscation d'inspiration raciste »; ATF 97 I 389 (411), *Dal Bosco*: remariage en Suisse d'un Italien divorcé, domicile des fiancés en Suisse, *Binnenbeziehung* suffisante; ATF 102 Ia 574, *Société des grands travaux de Marseille*: arbitrage CCI entre des parties dont le siège est à l'étranger portant sur un contrat localisé à l'étranger; le TF laisse la question de la *Binnenbeziehung* ouverte, mais se demande « si le fait que le for de l'arbitrage est en Suisse (...) et que des règles du droit suisse ont été appliquées (note: il s'agissait des règles de procédure) n'est pas suffisant pour créer une relation territoriale »; dans la jurisprudence cantonale, voir p. ex. Autorité tutélaire du district du Val-de-Travers/NE, décision non publiée du 8 juillet 1985: « Selon une expérience bien connue en droit international privé, la réserve d'ordre public est appliquée en fonction de l'intensité des liens entre la cause examinée et l'ordre juridique de l'Etat de [la] reconnaissance ».

⁹⁸⁸ Cour de justice civile/GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219 (233) (cf. *infra*, N° 369 et 796); *Zivilgericht*/BS, 1^{er} février 1989, *S.F. Inc.*, BJM 1991, p. 31; Tribunal de district de Neuchâtel/NE, 3 octobre 1989, jugement non publié, p. 5: « L'ordre public intervient d'autant plus fortement que la cause présente des liens étroits avec la Suisse (...) »; Chambre des recours/VD, 21 octobre 1996, JT 1997 III 87: « L'ordre public ne peut être invoqué que si la cause présente un lien suffisant avec la Suisse, et il est susceptible d'être invoqué d'autant plus que ce lien est intense »; Tribunal du district de Vevey/VD, jugement non publié du 9 juin 1995 (même formulation); *Obergerichtskommission* OW, 18 décembre 1995, *Amtsbericht über die Rechtspflege* 1994/95, p. 55 (57): « Bei dieser Prüfung wird auch die Intensität des Sachverhalts zur Schweiz in Rechnung gestellt »; *Obergericht* BL, 7 octobre 1995, BJM 1997, p. 76 (80).

⁹⁸⁹ *Supra*, N° 340-342 et N° 354.

et que le principe d'ordre public heurté est essentiel.

b) Exigence d'une Binnenbeziehung: le silence de la LDIP

364. *Les travaux préparatoires et la nouvelle loi.* La nouvelle loi ne contient aucune précision sur la théorie de la *Binnenbeziehung*. Il ne s'agit toutefois pas d'un silence qualifié: le rapport de la Commission d'experts rappelle que « les principes qu'ont développés la doctrine et la jurisprudence gardent leur valeur. Mentionnons notamment la relativité spatiale et temporelle de la clause d'ordre public »⁹⁹⁰. La théorie des liens avec le for découlant de la relativité de l'ordre public, l'on peut soutenir que cette affirmation du Conseil fédéral en réserve l'existence. Quant au Message, il cite, dans la partie qu'il consacre à l'ordre public, l'un des arrêts contenant cette théorie⁹⁹¹. Rien ne permet de penser que le législateur ait voulu supprimer cette condition jurisprudentielle d'intervention de la réserve d'ordre public; même ceux qui plaident pour son abandon en conviennent⁹⁹².

c) Les apinions doctrinales

365. *Doctrines majoritaires.* En Suisse, la doctrine majoritaire semble approuver cette jurisprudence à laquelle elle se réfère, la plupart du temps sans la remettre en cause⁹⁹³.

366. *Quelques avis plus réservés.* Dans un texte paru en 1971, F. VISCHER plaidait pour l'abandon de cette condition en présence de mesures qui violent gravement notre sentiment juridique national, comme l'expropriation sans indemnité et la privation des droits des juifs dans le régime national socialiste⁹⁹⁴. Dans son commentaire relatif à l'art. 17 LDIP, paru en 1993, ce même auteur affirme qu'en présence de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse, la *Binnenbeziehung* n'est pas une condition nécessaire de l'intervention de l'ordre public⁹⁹⁵. I. SCHWANDER propose d'abandonner

⁹⁹⁰ Rapport explicatif, p. 260.

⁹⁹¹ Message, ch. 214.52: « Pour le reste, ce sont les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine qui jouent », avec un renvoi à l'ATF 102 Ia 574 (581), *Société des grands travaux de Marseille*.

⁹⁹² SCHWANDER, *Einführung AT*, N° 486.

⁹⁹³ BUCHER, *DIP I/2*, N° 475 ss; DÖRIG, p. 354-355; DUTOIT, N° 6 i.f. ad art. 17; KELLER/SIEHR, p. 544; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 365; MÄCHLER-ERNE, *IPR Kommentar SPR*, N° 6 ad art. 17; NIEDERER, *Einführung*, p. 296-297 et NIEDERER, *RDS*, p. 296-297; SCHNITZER, t. I, p. 235; VISCHER, *IPRG Kommentar*, N° 20 ad art. 17.

⁹⁹⁴ VISCHER, *Droit international privé*, p. 26-27; voir également VISCHER/VON PLANTA, p. 23 ss.

⁹⁹⁵ VISCHER, *IPRG Kommentar*, N° 20 ad art. 17.

cette condition qui constitue, selon lui, un corps étranger, un résidu de la conception de l'ordre public positif⁹⁹⁶; la *Binnenbeziehung* aurait alors eu pour rôle de déterminer si la règle matérielle d'ordre public devait s'appliquer en dérogation à la règle de conflit. Selon cet auteur, une règle injuste ne devient pas acceptable parce qu'elle est appliquée à des personnes qui ne sont pas domiciliées dans l'Etat du for; de même, un jugement ne devient pas juste lorsqu'il concerne un étranger, alors qu'il est injuste s'il concerne une personne résidant dans notre pays⁹⁹⁷.

367. *Réfutation de l'opinion de I. SCHWANDER.* A nos yeux, la théorie des liens avec le for a sa raison d'être dans un système comme le nôtre. Sa nécessité découle du principe de l'appréciation concrète de l'atteinte à l'ordre public. Le juge appelé à se prononcer sur l'intervention de la réserve ne doit pas décider si telle règle ou tel jugement est injuste ou juste, dans l'abstrait; il a pour tâche de mesurer l'impact que l'application de la règle étrangère ou la reconnaissance de l'acte étranger aura sur une situation concrète. Or cet impact ne sera pas le même selon l'intensité des liens unissant la cause à la Suisse. Il arrive que l'application d'une règle paraissant en contradiction avec les valeurs du for n'entraîne aucun trouble (ou qu'un trouble limité) à l'ordre social du for; tel est le cas lorsque le litige concerne des parties qui n'ont guère de liens avec la Suisse, en particulier qu'elles n'y sont pas domiciliées; parfois, le refus d'appliquer une règle étrangère dont les parties se prévalent toutes deux et sur laquelle elles fondent des attentes pourrait se révéler particulièrement injuste, lorsque la relation internationale a son siège ailleurs et que la saisine du juge suisse est presque fortuite⁹⁹⁸. Dans ces cas, la théorie de la *Binnenbeziehung* permet le plus souvent d'aboutir à un résultat acceptable et équilibré, tenant compte de manière nuancée des exigences absolument fondamentales de l'ordre public du for, mais n'imposant pas sans raison, à des parties qui ne sont pas intégrées dans la société du for, d'autres valeurs imprégnées d'une culture déterminée; il s'agit d'une question d'adaptation et de coordination nécessaires des différents droits entrant en conflit⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ Cf. *supra*, N° 27, 40, 119.

⁹⁹⁷ SCHWANDER, Einführung AT, N° 486, citant RAAPE/STURM, t. I, p. 207, 217 ss; VISCHER/VON PLANTA, p. 24. Voir également SCHWANDER, Diskriminierungsverbot, p. 1405.

⁹⁹⁸ GOLDSTEIN, p. 73 relève que la *Binnenbeziehung* s'intègre parfaitement à la recherche savignienne du centre de gravité de chaque situation, tout en écartant sa méthode abstraite de mise en œuvre.

⁹⁹⁹ Cf. l'arrêt BGH, 20 décembre 1972, BGHZ 60, p. 68, jugeant qu'il est « indiqué de rechercher une adaptation compatible avec le principe d'égalité permettant de résoudre de manière équitable les questions nées du heurt des deux droits et d'aboutir en l'espèce à un résultat supportable » (traduction par BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 360, note 4).

d) *Examen in concreto des liens suffisants avec le for*

368. *Examen concret des liens de la cause avec le for. Quelques remarques de la doctrine.* Il n'est pas possible de définir d'avance et pour chaque matière les liens qui sont nécessaires pour que la réserve d'ordre public puisse intervenir; il ne s'agit pas de déterminer une forme de rattachement subsidiaire justifiant l'intervention des valeurs de l'ordre juridique concerné. La *Binnenbeziehung* est « à l'instar de l'ordre public, une notion indéterminée » (A. BUCHER)¹⁰⁰⁰. Il en va différemment des clauses spéciales d'ordre public qui présentent la particularité de préciser, pour une question donnée, à la fois le critère constitutif de la *Binnenbeziehung* et l'effet matériel qui, à défaut d'être garanti par la loi étrangère, entraînera automatiquement l'intervention supplétive de la loi du for (p. ex. art. 13 al. 2 et 17 EGBGB, 61 al. 3 LDIP)¹⁰⁰¹. La clause générale de réserve des art. 17 et 27 LDIP ne contient pas de telles précisions.

369. *La jurisprudence. Un intéressant arrêt genevois.* La jurisprudence fédérale se réfère fréquemment au domicile et à la nationalité des parties, mais pas uniquement. Elle prend en compte d'autres critères, souvent cumulativement, pour décider si la cause présente un lien suffisant avec le for¹⁰⁰². Un arrêt genevois mérite d'être cité à titre d'illustration. S'agissant d'une répudiation, la Cour de justice civile¹⁰⁰³ a pris en compte différents éléments, estimant que ces liens avec le for étaient suffisamment étroits pour que la réserve intervienne: il s'agissait du domicile en Suisse de l'épouse depuis 20 ans, de l'emploi stable qu'elle y occupait et de la résidence de ses enfants; la Cour a enfin pris en considération le fait que deux des enfants de l'intéressée, majeurs, s'étaient naturalisés, et que l'épouse elle-même avait entrepris des démarches en vue d'obtenir la nationalité suisse.

370. *Notre opinion.* Le juge doit décider de faire intervenir la réserve, en examinant l'ensemble des liens que les parties entretiennent avec le for et l'importance relative du principe d'ordre public en jeu. Pour juger de ces liens, il faut s'en remettre au large pouvoir d'appréciation dont le juge dispose en ce domaine, puisque le standard minimum d'intensité de ces liens dépend en premier lieu de l'importance relative du principe d'ordre public heurté par

¹⁰⁰⁰ BUCHER, DIP I/2, N° 485; dans le même sens voir notamment: NIEDERER, Einführung, p. 296-297; SCHNITZER, t. 1, p. 235; WENGLER, RCADI, t. 104 (1961 IV), p. 438; SONNENBERGER, München. Kommentar, N° 82 ad art. 6.

¹⁰⁰¹ Nous reprenons ici la formule de MASMEJAN, p. 227.

¹⁰⁰² Cf. les arrêts cités *supra*, N° 362 et notes 986-988; p. ex. ATF 64 II 88, *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft et Siemens & Halske* (souscription de l'emprunt en Suisse).

¹⁰⁰³ Cf. Cour de Justice civile/GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219 (223); cf. également *infra*, N° 796.

l'application du droit étranger ou la reconnaissance de l'acte étranger. Selon la conception défendue ici, la saisine d'un juge ou d'une autorité suisse peut constituer un lien suffisamment étroit avec la Suisse pour justifier l'intervention de la part intangible de son ordre public. Pour d'autres principes, le juge ne fera intervenir la réserve que s'il constate la présence de liens plus étroits avec la Suisse. La présence d'un domicile constitue sans doute l'indice de liens relativement étroits avec le for ou l'Etat de la reconnaissance; cet indice présente l'avantage d'être dénué de toute coloration nationaliste, d'être plus neutre que la nationalité¹⁰⁰⁴; la durée de ce domicile ainsi que les intentions de l'intéressé quant à son maintien à l'avenir doivent être également examinées. La présence d'une résidence habituelle est un indice un peu moins fort. La nationalité entre également en ligne de compte; en présence d'une double nationalité, on tiendra davantage compte des liens que la personne entretient avec l'Etat de sa nationalité effective; en cas de nationalités multiples, une nationalité qui n'est pas effective au sens de l'art. 23 al. 2 LDIP pourrait même entrer en considération: en effet, l'art. 23 al. 2 LDIP ne s'applique pas, puisqu'il ne s'agit pas de déterminer un droit applicable, mais de jauger, en fonction de toutes les circonstances, l'intensité des liens qu'une personne entretient avec l'Etat du for¹⁰⁰⁵. Le juge doit en outre porter son attention sur tout autre critère et circonstance permettant de juger de l'intégration de la cause en Suisse: il pourra s'agir du siège d'une entreprise, du lieu de conclusion d'un mariage, d'un lieu de paiement, de l'inscription dans des registres du for, du lieu de situation d'un bien, etc¹⁰⁰⁶. Même des éléments ne constituant en principe pas des critères de rattachement en droit international privé peuvent entrer en ligne de compte, lorsqu'ils mettent en évidence des liens sociaux avec le for¹⁰⁰⁷; on peut penser à des démarches entreprises pour obtenir la nationalité de l'Etat du for¹⁰⁰⁸, au fait d'avoir été scolarisé dans l'Etat du for, même s'il n'y a plus de

¹⁰⁰⁴ En ce sens, GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 62-63.

¹⁰⁰⁵ Comparer: Département de l'Intérieur/AG, 4 mai 1971, REC 1973, p. 40 et ASDI 1972, p. 388 (sur cette affaire, voir *infra*, N° 786): *Binnenbeziehung* jugée insuffisante, répudiation au Maroc d'une épouse devenue double-nationale suisse et marocaine par son mariage avec son mari ressortissant suisse né au Maroc et converti à l'Islam, les deux époux étant domiciliés au Maroc et *Bau-Département*/SO, 24 avril 1998, REC 1998, p. 188 (190), rapportée *infra*, N° 586, au sujet d'un mariage célébré à l'étranger par procuration: nationalité suisse de l'épouse, domicile des époux en Suisse, précédent mariage de l'époux avec une Suissesse: « *Die Heirat würde denn auch (...) ihre Rechtswirkungen hauptsächlich in der Schweiz entfaltet (sic). Der Rechtsakt (...) hat deshalb eine enge Beziehung zur Schweiz* ».

¹⁰⁰⁶ Cf. l'énumération chez SONNENBERGER, *München. Kommentar*, N° 83 ad art. 6.

¹⁰⁰⁷ MÄCHLER-ERNE, *IPR Kommentar SPR*, N° 6 ad art. 17 parle de « *Bindung an den inländischen Kulturkreis* ».

¹⁰⁰⁸ Quand on connaît les difficultés subies et les sacrifices consentis par ceux qui les entreprennent (le film de Rolf LISSY, *Les faiseurs de Suisses* [1978] en fournit une belle illustration; voir également Dominique FASEL, *La naturalisation des étrangers: étude de droit*

résidence au moment où l'autorité statue, d'y avoir ses enfants et de nombreux parents, etc. Plus l'atteinte est grave, plus le principe d'ordre public visé est important, moins les liens devront être étroits. Ainsi, la présence de biens en Suisse ne constitue pas un lien très étroit avec le for; confronté à une loi étrangère opérant une discrimination raciale ou religieuse, le juge pourrait néanmoins l'évincer au nom de l'ordre public, se contentant d'un lien peu étroit avec le for pour sauvegarder un principe d'ordre public d'importance capitale.

e) Application de la théorie en matière d'effet indirect

371. La théorie des liens avec le for s'applique également en matière d'effet indirect. Tout en faisant sienne la théorie de l'effet atténué¹⁰⁰⁹, la jurisprudence n'en a pas moins confirmé à quelques reprises, en matière d'effet indirect, la nécessité d'examiner, pour décider si l'ordre public doit intervenir, les liens que la cause entretient avec le lieu de la reconnaissance ou de l'exécution¹⁰¹⁰. Moins ces liens sont étroits, moins l'ordre public est appelé à intervenir et inversement. Quelques arrêts examinent cette question en statuant sur des violations prétendues de l'ordre public procédural, notion qui n'entre en ligne de compte qu'en matière d'effet indirect¹⁰¹¹. La doctrine majoritaire fait également allusion, de manière souvent discrète, à la condition de la *Binnenbeziehung* dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution¹⁰¹². T. S. STOJAN souligne qu'à partir d'un certain degré d'incompatibilité avec l'ordre public, celui-ci doit intervenir même lorsqu'il n'y a pas de *Binnenbeziehung*¹⁰¹³.

fédéral et de droit vaudois, th. Lausanne 1989, Lausanne 1989), elles paraissent effectivement constituer un lien avec le for digne d'être pris en considération !

¹⁰⁰⁹ Cf. *supra*, N° 316, 318, 319, 321 et les arrêts cités.

¹⁰¹⁰ Voir p. ex. Cour de justice/GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219 (223) (*exequatur* d'une répudiation); ATF 78 II 243 (249), *Loudon* (convention austro-suisse du 15 mars 1927); *Zivilgericht*/BS, 1^{er} février 1989, BJM 1991, p. 31; Département de l'Intérieur/AG, REC 1973, p. 40, ASDI 1972, p. 388; Tribunal civil du district de Neuchâtel/NE, jugement non publié du 3 octobre 1989; Autorité tutélaire du district du Val-de-Travers/NE, décision non publiée du 8 juillet 1985; Chambre des recours/VD, JT 1997 III 87; *Bau-Département*/SO, 24 avril 1998, REC 1998, p. 188.

¹⁰¹¹ *Zivilgericht*/BS, 1^{er} février 1989, BJM 1991, p. 35; *Obergericht*/LU, 11 février 1992, RSJ 1992, p. 340 (341).

¹⁰¹² VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 21 ad art. 27; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 365; DUTOIT, Commentaire, N° 4 i. f. ad art. 27; NIEDERMANN, p. 180; MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 27; BUCHER, DIP I/1, N° 684; de façon plus détaillée, STOJAN, p. 149 et LENZ, p. 168-169.

¹⁰¹³ STOJAN p. 149-150 donne un exemple: un jugement se fondant sur le taux d'intérêt d'un prêt à 30 % pourrait être jugé contraire à l'ordre public si une partie est domiciliée en Suisse et non si les parties sont toutes à l'étranger et que le droit du lieu d'exécution admet ce taux; par contre, le taux de 60 % serait toujours inacceptable.

3. *L'importance respective des deux théories (effet atténué et Binnenbeziehung)*

A. Les limites et les risques de la théorie de l'effet atténué

372. *Rejet de la proposition de P. LAGARDE.* Nous reviendrons tout d'abord sur les arguments que P. LAGARDE exposait en 1959¹⁰¹⁴ et qui ne nous convainquent pas. En premier lieu, l'impossibilité de créer des catégories dans lesquelles l'effet atténué se manifesterait ne nous paraît pas un motif suffisant pour renoncer à distinguer effet direct et indirect; l'extrême difficulté à établir un critère précis d'intervention de l'ordre public découle du postulat de l'appréciation concrète de l'ordre public. Il serait vain de vouloir créer un critère abstrait d'intervention de l'ordre public en matière de reconnaissance permettant de distinguer celle-ci des formes que revêt l'ordre public dans son effet direct. En outre, nous ne pouvons nous rallier à l'idée d'un rattachement de l'ordre public à la règle de conflit du for et d'un rattachement de la question préalable au droit international privé de la loi applicable à la question principale. Commentant la proposition de P. LAGARDE, Ph. FRANCESCAKIS a souligné à juste titre le caractère « *trop compliqué de l'opération mentale qu'elle impose au juge* »¹⁰¹⁵. En outre, il nous paraît peu judicieux, car trop schématique, d'exclure a priori l'intervention de la réserve lorsque la question préalable est soumise à la règle de conflit étrangère, mais présente des liens avec le for¹⁰¹⁶; la réserve doit pouvoir intervenir à l'encontre du résultat final et concret auquel conduit la résolution de la question principale. Pour quelles raisons l'application du droit matériel désigné par la règle du droit international privé étranger ne pourrait-elle pas aboutir à des résultats profondément inacceptables pour l'Etat de la reconnaissance s'agissant de la question préalable?¹⁰¹⁷ Même dans ces cas, le juge doit pouvoir faire intervenir exceptionnellement la réserve.

373. *Mérite de cette théorie.* Nous pensons que la théorie de l'effet atténué a le mérite de souligner la nécessité de ne faire intervenir la réserve que de façon tout à fait exceptionnelle lorsque le refus équivaldrait à la négation d'une réalité vécue par les parties, parce qu'elles ont nourri des attentes légitimes quant aux effets d'une situation juridique valable aux yeux de l'Etat de sa

¹⁰¹⁴ *Supra*, N° 323-324.

¹⁰¹⁵ FRANCESCAKIS, RCDIP 1960, p. 282. Voir également Jacques FOYER, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Paris 1964, p. 255 ss; ALEXANDRE (p. 287) parle de « *distinction artificielle* » entre question préalable et question principale.

¹⁰¹⁶ En ce sens, GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 50, note 155; voir également EKELMANS, *Effets atténués*, p. 302; RIGAUX, t. I, N° 519.

¹⁰¹⁷ En ce sens, FOYER, *op. cit.* (*supra*, note 1015), p. 262; ALEXANDRE, p. 287-288. Cf. également la critique de SPICKHOFF, p. 100.

création et d'Etats tiers. Dans toute la mesure où l'ordre social du for n'est pas véritablement menacé par l'acceptation d'un lien juridique consacré à l'étranger, le droit international privé doit s'efforcer d'assurer la continuité¹⁰¹⁸ d'une relation juridique née à l'étranger; la fracture qu'entraîne l'intervention de la réserve, créant une situation irrémédiablement boiteuse, risquerait de compromettre, sans motif légitime, les intérêts des parties.

374. *Nécessaire relativisation de la théorie.* La portée de cette théorie doit néanmoins être quelque peu relativisée; quand bien même le droit international privé suisse en souligne l'importance à l'art. 27 al. 1 LDIP, la théorie de l'effet atténué ne constitue pas une grille d'analyse suffisante pour déterminer les cas d'intervention de l'ordre public. Elle doit rester un moyen d'interprétation parmi d'autres et ne doit pas contribuer, en séparant strictement l'effet direct de l'effet indirect, à rendre rigide une exception dont la souplesse et l'adaptation aux faits est essentielle. Cette doctrine doit simplement inciter l'autorité se prononçant sur la reconnaissance à faire preuve d'une retenue particulière lorsqu'il s'agit de reconnaissance ou d'exécution et non de création des droits. Il ne nous paraît pas souhaitable de restreindre le pouvoir d'appréciation du juge en ce domaine en dictant la réaction de l'ordre public en fonction du stade auquel la question de son intervention se pose. Le mérite de la théorie de l'effet atténué est essentiellement pédagogique; elle présente l'avantage de souligner aux yeux de l'interprète cet aspect particulier et délicat de la relation juridique internationale

375. *Les risques découlant des excès d'une jurisprudence trop libérale. L'exemple de la France.* L'exemple de la France nous paraît illustrer les difficultés auxquelles peut conduire une application relativement large de la théorie de l'effet atténué. Dès les années septante, la jurisprudence a manifesté une remarquable tendance à reconnaître de façon très généreuse, par le biais d'une théorie de l'effet atténué relativisant puissamment les principes d'ordre public, les effets d'institutions inconnues du for à première vue choquantes. Cette attitude participe sans doute de l'état d'esprit relativiste qui régnait en cette époque et d'une certaine gêne découlant d'un processus de décolonisation fraîchement entamé. Faut-il y voir une volonté louable et peut-être naïve d'accepter la différence de l'autre pour lui permettre de vivre mieux son déracinement ou celle, qui serait carrément machiavélique, de renoncer à intégrer une frange de population très utile à un moment donné, mais dont la société ne désirait pas l'établissement définitif? Malgré le recul, il est difficile de juger de ce phénomène. Chacune de ces explications renferme peut-être sa

¹⁰¹⁸ Voir, dans le contexte de la délimitation des buts du droit international privé, les réflexions de LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 37-38.

part de vérité, les faits de société étant complexes et souvent contradictoires. Par un classique phénomène de retour de balancier, qui débuta au début des années nonante, s'est manifestée une prise en compte plus attentive de certains principes d'ordre public, par le biais de l'ordre public procédural, de la fraude à la loi et, enfin, de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* qui fait aujourd'hui une incursion remarquée en France. A la différence de l'Allemagne, où elle constitue la clé de voûte de l'intervention de l'ordre public, la théorie des liens avec le for semble pour l'instant n'intervenir en France qu'à titre d'élément complémentaire, modérant les élans de la théorie de l'effet atténué. Selon certains, cette tendance à la rigueur découlerait des abus que certains individus auraient commis, en se prévalant de la théorie de l'effet atténué, en particulier en matière de répudiation. Faut-il réellement parler d'abus lorsqu'un particulier suit la voie que lui trace la jurisprudence de la Cour de cassation ? A nos yeux, ce sont moins les abus des individus que les excès d'une application par trop abstraite de la théorie de l'effet atténué qui ont conduit à ces débordements. Il faut relever que l'extension progressive du champ d'intervention de la réserve d'ordre public coïncide avec les propositions doctrinales de nouvelles règles de conflit en la matière¹⁰¹⁹. Un recours trop fréquent à la réserve donne à penser que la règle de conflit française n'est plus adaptée à l'état actuel de la société. Sans vouloir augurer de cette évolution, nous pensons que la tendance en faveur d'une prise en compte plus importante des liens avec le for, mais de façon plus globale, à l'instar de la jurisprudence allemande et suisse, et non comme un simple complément à la théorie de l'effet atténué, devrait se renforcer en France.

376. *Excursus. Interrogations sur les liens avec la politique migratoire*¹⁰²⁰. L'on peut se demander si cette sévérité accrue de la réaction de l'ordre public ne doit pas être mise en relation avec les difficultés que la France rencontre en matière d'intégration des étrangers. La réception de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* permet d'insister sur les liens que la population immigrée entretient avec le for, afin de ménager à la réserve une sphère d'intervention plus efficace

¹⁰¹⁹ Voir *infra* N° 638-644, en particulier les propositions de BOURDELOIS (N° 643).

¹⁰²⁰ Les observations qui suivent ne relèvent pas du droit international privé, tel qu'il est défini en Suisse; ces réflexions nous semblent mettre en évidence les liens étroits qu'entretiennent le droit des étrangers et le droit international privé et paraissent conforter la délimitation large du domaine du droit international privé, qui a cours en France; voir LOUSSOUARN/BOUREL, N° 26: « Il est symptomatique à cet égard de remarquer que, durant la période contemporaine, les différentes matières [i.e. conflits de lois et de juridictions, condition des étrangers et nationalité] ont évolué législativement dans le même sens, sous la pression des mêmes événements. (...) C'est donc à juste titre que ces diverses matières sont regroupées dans une catégorie juridique autonome, ce qui n'exclut pas des différences profondes tenant à l'objet et au procédé de la réglementation (...) »; dans le même sens, BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 5 *in fine*. A ce sujet, voir les réflexions de LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 40-42.

à l'encontre des effets que des institutions inconnues du for sont appelées à déployer en France. Il est intéressant de relever que cette rigueur nouvelle se manifeste également en matière de séjour des étrangers: une loi du 24 août 1993 empêche d'accorder une carte de résidence à un étranger vivant en statut polygame ainsi qu'à ses conjoints; la même loi interdit le regroupement familial polygamique¹⁰²¹; en outre, les demandes de naturalisation d'époux polygames sont irrecevables en France pour défaut d'assimilation à la communauté française. Veut-on de la sorte intégrer, voire assimiler à tout prix une immigration dont le modèle culturel dérange? Désire-t-on prévenir la montée de l'extrême-droite qui stigmatise, de manière primaire, des modes de vie différents? Cherche-t-on à éviter l'extension des phénomènes d'intégrisme religieux et de nationalisme extrémiste? Il est difficile de répondre à ces questions complexes qui mériteraient d'être examinées en détail sous l'angle des sciences politiques et sociales. Quoi qu'il en soit, il est établi que l'ordre public français tolère beaucoup moins facilement aujourd'hui qu'autrefois la polygamie et la répudiation, à telle enseigne que la théorie de l'effet atténué en devient difficilement applicable, du moins dans la portée extensive qui lui avait été assignée jusqu'à récemment.

377. *L'expérience française, révélatrice de la nécessité de nier à l'effet atténué une valeur absolue et réductrice.* Pour rester sur le terrain du droit international privé au sens strict et de la théorie de l'effet atténué, l'expérience française nous paraît révélatrice de la nécessité, sous l'angle de la politique juridique, de nier à l'effet atténué une valeur absolue et réductrice afin d'éviter de trop brusques revirements dans l'intervention de l'ordre public; il convient de prendre en compte les liens de la cause avec le for pour parvenir à un jugement d'ensemble permettant de déterminer si la reconnaissance de tel ou tel effet est, dans la situation concrète, incompatible avec l'ordre public envisagé. Il ne faut pas oublier que l'ordre public procédural a également son rôle à jouer. La tolérance est certes une valeur importante, mais elle ne doit pas conduire à masquer l'importance d'autres valeurs fondamentales essentielles de notre société qu'il est parfois dangereux de vouloir relativiser. En matière d'effet direct, la désignation fréquente de la loi du domicile ou de la résidence (et non de la nationalité, comme en France) par les règles de conflit contribue certainement à l'intégration des étrangers en Suisse. Ces règles réduisent fortement le champ d'application perturbateur de la réserve, ainsi que nous le verrons dans la partie spéciale. La prise en compte des liens que la cause présente avec l'Etat de la reconnaissance pour faire intervenir la réserve pourrait constituer, sans qu'il

¹⁰²¹ Art. 15 bis et 30 de l'ordonnance N° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. L'art. 30 al. 2 prévoit le retrait du titre de séjour qui aurait pu être donné par erreur, mais seulement pour les titres délivrés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

s'agisse d'un critère de rattachement subsidiaire, le pendant de ce facteur d'intégration en matière d'effet indirect: si la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger correspond souvent aux attentes légitimes des parties, en particulier lorsque la reconnaissance de l'acte n'est pas litigieuse, il est des cas où elle constituerait pour l'une d'elles une injustice flagrante. Nier les liens suffisants avec le for revient à dénier à un individu une forme de protection, à lui refuser le bénéfice de certains principes fondamentaux de notre société en raison d'une intégration prétendument insuffisante. Cela peut constituer une forme de bannissement moral et social.

B. L'importance de la théorie des liens avec le for

378. *La théorie des liens avec le for explique celle de l'effet atténué.* Les fondements de la théorie de l'effet atténué nous paraissent identiques à ceux qui justifient la théorie des liens avec le for: l'ordre public réagit moins strictement à l'encontre d'une situation créée à l'étranger (effet atténué), parce que cette situation ne présentait pas de liens caractéristiques avec l'Etat de la reconnaissance au moment de sa naissance. Nous verrons que même le critère temporel, celui de l'écoulement du temps, découle de la théorie des liens avec le for¹⁰²². Comme l'affirme A. BUCHER, « dans l'hypothèse d'une décision rendue à l'étranger, l'ordre public atténué traduit l'idée d'un certain affaiblissement de l'ordre public au fur et à mesure de l'éloignement spatial de la cause »¹⁰²³. L'absence de relation avec le for durant une longue période est également un facteur qui peut fortement réduire la vocation de la réserve à intervenir. Cette conception a le mérite de fournir une certaine explication aux cas, peu fréquents, dans lesquels la réserve intervient en matière d'effet indirect: l'existence, au moment de la création de l'acte à l'étranger, de liens étroits entre la cause et l'Etat appelé à le reconnaître, justifie parfois que la réserve intervienne pour défendre les valeurs importantes de cette société.

379. *Illustration: polygamie.* La jurisprudence française en matière de polygamie semble à première vue constituer une spectaculaire manifestation de l'effet atténué de l'ordre public. En réalité, c'est la théorie des liens avec le for qui permet d'en saisir la substance: certains effets de l'union polygamique sont reconnus en France parce que les époux ont organisé leur vie sur la base de ce statut inconnu du droit français et qu'ils ont célébré un mariage à un moment où ils n'entretenaient pas de liens avec la France. Lorsque ces liens existent, l'ordre public interviendra plus facilement: si la première épouse est française, l'ordre public s'oppose aux effets préjudiciables pour elle de l'union polygamique¹⁰²⁴.

¹⁰²² Cf. *infra*, N° 385.

¹⁰²³ BUCHER, DIP I/2, N° 484.

¹⁰²⁴ Cass. fr., 6 juillet 1988, *Baaziz*, RCDIP 1989, p. 71.

La nationalité constitue un lien suffisamment étroit avec le for pour que l'ordre public intervienne de manière plus incisive. Même si tous les conjoints sont de nationalité étrangère, le domicile en France ou la simple résidence peut justifier l'intervention de l'ordre public en cas de violation de certains principes fondamentaux. Ainsi, la reconnaissance de nombreux effets aux unions polygamiques n'exclut pas la réaction de l'ordre public lorsque ces effets sont particulièrement choquants pour l'Etat de la reconnaissance: le juge français tolère ces « mariages à trois », les officialise en admettant que plusieurs veuves puissent participer à la succession de l'époux polygame, mais l'ordre public lui interdit de sommer la seconde épouse de rejoindre son mari (avec son autre épouse !) au domicile conjugal¹⁰²⁵; le principe du mariage monogame est plus solidement ancré dans les valeurs du for pour les effets personnels qu'en matière purement patrimoniale. Ce phénomène s'explique aisément si l'on raisonne en termes de liens avec le for: plus l'atteinte à l'ordre public est choquante et moins les liens avec le for (effet direct) ou avec l'Etat de la reconnaissance (effet indirect) devront être étroits pour que la réserve puisse intervenir. Nous pensons dès lors que la théorie de l'effet atténué doit toujours être comprise à la lumière de celle de la *Binnenbeziehung*.

380. La « corrélation espace-temps » qui justifie la théorie de l'effet atténué n'est pas toujours réalisée. Nous approuvons les auteurs, français notamment, qui affirment que la « corrélation espace-temps » qui justifiait la théorie de l'effet atténué a perdu de son importance à notre époque de communications extrêmement rapides. Comme l'écrit P. LAGARDE, « la théorie de l'effet atténué de l'ordre public ne se justifie que pour des situations acquises à l'étranger et alors localisées à l'étranger. Que vienne à se déchirer ce paramètre qu'est l'espace-temps, l'immunité de la situation acquise à l'étranger ne se justifie plus. Le lien avec le territoire suffit alors à fonder l'intervention de l'ordre public »¹⁰²⁶. Il existe actuellement un certain risque que l'effet atténué ne se transforme en privilège pour tous ceux qui ont les moyens de se rendre à l'étranger dans le seul but d'accomplir un acte juridique¹⁰²⁷. La reconnaissance d'une répudiation prononcée à l'étranger n'est pas en soi contraire à l'ordre public, lorsqu'elle s'insère dans le cadre d'une relation étroite des parties avec l'Etat où elle est prononcée¹⁰²⁸. En revanche, la reconnaissance en Suisse d'une répudiation prononcée par un époux qui a son centre familial et professionnel dans notre pays est bien plus problématique¹⁰²⁹.

¹⁰²⁵ Cf. *infra* N° 633.

¹⁰²⁶ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 270; voir également EKELMANS, Effets atténués, p. 303.

¹⁰²⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 471.

¹⁰²⁸ *Infra*, N° 808-816.

¹⁰²⁹ Cf. *infra*, N° 808 ss et *supra*, N° 369, l'examen détaillé de la *Binnenbeziehung* par la Cour

La théorie des liens avec le for apparaît comme un remède à certains abus, ou plutôt aux excès découlant d'une application trop mécanique de la théorie de l'effet atténué. Nous pourrions multiplier les exemples avec d'autres institutions, comme le changement de sexe, le partenariat homosexuel ou la maternité de substitution; dans chacun de ces domaines, particulièrement propices à l'émergence d'un conflit de valeurs, il convient de nuancer la théorie de l'effet atténué à l'aide de celle des liens avec le for, pour réduire les risques de « fraudes à l'intensité de l'ordre public ».

381. *La théorie des liens avec le for fait partie du droit positif et il n'est pas souhaitable de l'abandonner.* L'exigence d'un lien avec le for pour faire intervenir la réserve paraît très fortement ancrée dans la jurisprudence et nous pensons pouvoir nous en réjouir. Il est vrai que le Tribunal fédéral pourrait y renoncer sans forcer le texte légal. Nous ne pensons toutefois pas qu'il soit souhaitable d'abandonner cette théorie qui permet de faire intervenir de manière mesurée et nuancée la réserve d'ordre public. A l'instar de l'exigence d'une interprétation concrète et restrictive de la réserve, cette condition supplémentaire permet d'éviter les risques de débordement qu'implique tout mécanisme correcteur laissant à l'appréciation et à l'imagination de l'interprète une large plage de création¹⁰³⁰. La théorie de l'effet atténué s'insère dans celle de la *Binnenbeziehung*; une saine application de la condition des liens suffisants avec le for permet de faire intervenir, en ultime recours, la réserve d'ordre public lorsqu'un usage trop large de la théorie de l'effet atténué risquerait de conduire à des résultats choquants.

382. *Le noyau dur de l'ordre public est protégé contre toute tentative de relativisation.* Nous trouvons infondées les craintes que nourrissent ceux qui voient dans cette condition une relativisation excessive des principes fondamentaux du for. Nous pensons que lorsqu'il en va réellement des principes les plus essentiels de notre ordre juridique, dans les cas extrêmes d'atteinte à la dignité humaine, de violation crasse des droits élémentaires de la personne, la saisine d'une autorité suisse peut constituer une *Binnenbeziehung* suffisante. On pourrait tirer un parallèle entre ce noyau dur de l'ordre public et celui des droits fondamentaux (*Kerngehalt*)¹⁰³¹: alors que l'un ne peut être relativisé, même en l'absence de liens significatifs avec le for, le second ne souffre aucune restriction, aussi lourd soit l'intérêt public en jeu. L'intensité des liens avec le for que l'on doit exiger pour que le droit soit évincé est inversement

de justice/GE, SJ 1992, p. 219.

¹⁰³⁰ Voir les réflexions favorables de GOLDSTEIN, *Ordre public*, p. 61, pour qui la théorie de la *Binnenbeziehung* consolide, de manière latente, la règle de conflit tout en lui donnant une certaine souplesse.

¹⁰³¹ Cf. *supra*, N° 340 et note 895.

proportionnelle à la gravité de l'atteinte potentielle au sentiment du droit. C'est dire qu'en présence d'un principe absolument fondamental, qui ne souffre pas de tempérament, le ressort de l'ordre public est très sensible.

383. *Noyau dur et application de la loi étrangère.* En droit des personnes, de la famille et des successions, la présence des éléments de rattachement de l'une des règles de compétence directe (domicile, résidence, nationalité) permet toujours de retenir que les liens avec le for sont suffisamment étroits pour que la réserve intervienne dans son effet direct, lorsque l'atteinte aux valeurs du for est importante. La théorie offre une réponse satisfaisante dans les cas extrêmes également: lorsque le seul élément reliant la cause avec l'ordre juridique suisse consiste en une prorogation en faveur des tribunaux de ce pays, ce qui n'est possible qu'exceptionnellement en droit des personnes, de la famille et des successions, la collaboration d'un organe étatique à la résolution du litige pourra constituer une *Binnenbeziehung* suffisante pour faire intervenir la réserve à l'encontre de règles dont les effets heurtent le noyau dur de l'ordre public. La théorie des liens avec le for contribue à augmenter la souplesse dont le juge dispose, ce qui lui permettra de rendre des décisions fondées en équité, en évitant d'imposer l'ensemble des principes de notre ordre juridique à des parties qui ne sont pas véritablement insérées dans notre tissu social, tout en sauvegardant les valeurs essentielles de notre ordre juridique lorsqu'il est concerné. Enfin, la présence de la clause d'éviction de l'art. 15 LDIP prévient tout risque de détournement de l'ordre public de sa fonction, par le biais de la théorie des liens avec le for, pour corriger un rattachement jugé défectueux.

384. *Noyau dur et reconnaissance/exécution. 1° En général.* La partie spéciale de ce travail démontre que l'application de la théorie des liens avec le for permet de résoudre de manière nuancée la question de l'intervention éventuelle de la réserve. Dans bien des cas, la faible intensité des liens reliant les intéressés à l'Etat du for ou de la reconnaissance justifie une intervention mesurée de la réserve; en outre, la théorie contribue à sa manière au respect des attentes légitimes des parties et à la moindre fréquence des rapports juridiques boiteux.

385. *2° Elément temporel: l'écoulement du temps.* Au contraire de l'application de la loi, la reconnaissance et l'exécution peuvent intervenir plusieurs années après la naissance de l'acte à l'étranger; le principe de l'actualité¹⁰³² de l'ordre public s'applique dans ce domaine également. Les valeurs d'ordre public actuelles sont déterminantes; cela n'empêche pas que l'écoulement du temps depuis le prononcé de l'acte à l'étranger a son rôle à jouer. Il constitue l'un des facteurs permettant de mesurer l'impact que l'acte étranger déploie sur la

¹⁰³² *Supra*, N° 260 ss.

société dans laquelle la reconnaissance doit intervenir; l'élément temporel de la théorie de l'effet atténué se retrouve ici, mais sous une forme moins rigide. Il est possible que la création de l'acte étranger remonte à des années auparavant, à une époque où les intéressés n'entretenaient pas de contact avec le for. Dans ces cas, nous pensons que l'autorité de la reconnaissance devrait dissocier les liens qu'entretient globalement la cause avec l'Etat de la reconnaissance au moment où elle statue et ceux que l'affaire entretenait avec ce pays au moment de la naissance de l'acte à l'étranger; l'autorité pourrait examiner dans quelle mesure l'écoulement du temps depuis la création de l'acte réduit la gravité du trouble actuel à l'ordre juridique concerné. De la même façon, lorsque la question de la reconnaissance d'un rapport d'état né à l'étranger en application d'une loi étrangère, à première vue choquante, se pose à titre préalable (reconnaissance sans fondement biologique, mariage polygamique, partenariat homosexuel, maternité de substitution, etc.) et que le juge est appelé à se prononcer sur l'un de ses effets, sous l'angle de l'entretien, du régime matrimonial ou des successions, en application du droit suisse, il ne convient pas de nier d'emblée tout effet à ce rapport en vertu des liens (p. ex. domicile, résidence) que la cause peut entretenir avec l'Etat de la reconnaissance au moment où il statue. Le juge devra prendre en considération les effets qu'une reconnaissance du statut, médiatisée par la résolution de la question principale, est appelée à déployer dans l'Etat du for; le trouble ne sera pas forcément le même s'il s'agit de statuer sur les conséquences patrimoniales d'un statut qui a cessé, par exemple du fait de la mort de l'adoptant, de l'époux polygame ou du partenaire homosexuel.

C. Conclusion

386. *Conclusion. Coordination des deux théories.* En résumé et à notre avis, la théorie de l'effet atténué n'est qu'une illustration de celle des liens avec le for (*Binnenbeziehung*). Aux facteurs spatiaux et temporels auxquels fait appel l'effet atténué, il faut ajouter un facteur personnel, celui des liens que les parties entretiennent avec l'Etat dont l'ordre public a vocation à entrer en jeu. Le juge appelé à se prononcer sur une intervention éventuelle de l'ordre public devra toujours examiner les liens que la cause entretient avec la société à laquelle sa juridiction s'étend. Que l'autorité accepte ou rejette la demande de reconnaissance, que celle-ci soit formée à titre principal ou préalable, il serait souhaitable qu'il motive sa décision au regard de la *Binnenbeziehung* et de l'effet atténué chaque fois qu'il envisage l'intervention de la réserve. Si l'on juge que la théorie de l'effet atténué n'est qu'une illustration de celle, plus générale, de la *Binnenbeziehung*, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit inutile d'étudier séparément, au moins au niveau des effets, l'intervention de la réserve en matière de conflit de lois (effet direct) et de reconnaissance et d'exécution des jugements (effet indirect). La procédure et les conséquences de

l'intervention de l'ordre public sont différentes selon que le juge statue sur un litige présentant des éléments d'extranéité ou qu'il accueille dans l'Etat du for un acte créé à l'étranger. Dans le premier cas, le juge doit trancher le litige alors que dans le second, il pourra se borner à refuser de donner effet à la décision.

Chapitre VIII: Effets de l'intervention de la réserve

1. Application du droit étranger (effet direct)

A. Introduction

387. *Problématique.* Dans le domaine de l'application du droit (effet direct), la première conséquence de l'intervention de la réserve est purement négative: la réserve évince le droit étranger désigné par la règle de conflit. C'est pourquoi les auteurs utilisent parfois les termes d'*ordre public d'éviction* ou d'*ordre public négatif*. Lorsque le juge conserve, en dépit de l'intervention de la réserve, le pouvoir et le devoir de trancher le litige qui lui est soumis, il devra déterminer les règles matérielles qui s'appliqueront à la résolution de l'affaire internationale dont il est saisi. Nous devons également nous interroger sur l'étendue de cette substitution.

388. *Les clauses spéciales d'ordre public.* La LDIP contient quelques clauses spéciales d'ordre public qui ne seront pas traitées en détail ici. L'une d'elles précise directement le droit applicable, lorsque le droit étranger se révèle inacceptable: en matière de divorce, lorsque le droit national commun des époux ne permet pas la dissolution du mariage ou le soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside en Suisse depuis deux ans (art. 61 al. 3 LDIP). L'intervention de la réserve suppose dans ce cas que les époux présentent avec la Suisse les liens précisés par cette disposition (*Binnenbeziehung*). Le législateur n'a donc laissé aucune marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer ce texte en prévoyant que la *lex fori* s'appliquerait. C'était également le cas de l'art. 91 al. 2 de l'avant-projet de la Commission d'experts, qui instaurait la *professio juris*, tout en précisant que « si le conjoint survivant et les descendants sont lésés par ce choix dans leur expectative légitime, ils peuvent se réclamer de leur réserve selon le droit suisse »¹⁰³³. Quant aux concrétisations de la réserve qui figurent aux art. 135 al. 2 LDIP (responsabilité du fait d'un produit) et 137 al. 2 LDIP (entrave à la concurrence), elles précisent le contenu de l'ordre public sur deux points précis, mais ne donnent pas d'indication sur le droit de substitution à appliquer; les méthodes que nous préconisons pour la réserve générale devraient pouvoir être transposées sans difficulté. Certaines clauses spéciales d'ordre public figurant dans des conventions précisent les conséquences de l'intervention de l'ordre public: ainsi, l'art. 6 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires de 1973 prescrit l'application de la *lex fori* lorsque la loi désignée par les règles de conflit des

¹⁰³³ Voir Message, ch. 263.4, sur les raisons de l'abandon de cette clause.

art. 4 et 5 ne permet pas d'octroyer d'aliments au créancier¹⁰³⁴. Dans les lignes qui suivent, nous ne traiterons que de la réserve générale des art. 17 et 27 LDIP.

B. Les solutions envisageables

389. *Le juge se dessaisit du litige.* Il serait parfaitement envisageable que le juge déclare se dessaisir du litige lorsque le droit désigné par la règle de conflit conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public du for. Les systèmes de droit civil n'envisagent pas de sanctionner de la sorte l'atteinte à l'ordre public; cette conséquence drastique est jugée choquante, puisque les parties seraient renvoyées au mieux à agir devant un for à l'étranger, pour autant qu'elles puissent s'y fonder sur une compétence directe. Bien souvent, en particulier lorsque les parties sont domiciliées dans l'Etat du for, cette réaction de fermeture équivaldrait à un déni de justice, les parties étant privées de la protection de la loi et des remèdes judiciaires que celle-ci met à leur disposition du seul fait que le contenu de la *lex causae* se révèle choquant, ce dont elles ne sont nullement responsables. En droit international privé américain, l'intervention de la réserve d'ordre public peut paralyser le droit d'action: les tribunaux peuvent refuser de prêter leur concours à la mise en œuvre d'une prétention inconciliable avec l'ordre public. Une demande qui conduirait à un jugement violant l'ordre public du for peut être jugée irrecevable pour ce motif. En lieu et place de la norme étrangère, le juge applique une règle du for affirmant que le droit subjectif ne peut pas être soutenu en justice; l'ordre public réduit à néant le droit d'action du titulaire du droit¹⁰³⁵.

390. *Le juge statue. Cas où l'intervention de la réserve conduit au rejet de l'action. Absence de droit de substitution ?* Dans notre système, l'intervention de la réserve d'ordre public ne dispense pas le juge de résoudre le litige dont il est

¹⁰³⁴ Pour d'autres normes d'ordre public spéciales prévoyant l'application de la *lex fori*, voir l'art. 13 al. 2 EGBGB sur les empêchements à mariage, l'art. 17 al. 1 EGBGB sur les divorces et l'art. 31 al. 2 de la loi italienne, sur la dissolution du mariage et la séparation.

¹⁰³⁵ *Sic* LAGARDE, Recherches, p. 202; sur cette solution, voir SCHWUNG, Das Ersatzrecht, p. 408-409; HANOTIAU, p. 313; SCOLLES/HAYE, Conflict of Laws, 2^e éd., St-Paul Minn. 1992, p. 72 et un bon résumé de l'opinion de ces auteurs par LAGARDE, Public Policy, p. 53: si la cause a des liens avec le for, la *lex fori* s'appliquera; si ce n'est pas le cas, le tribunal pourra rejeter l'action pour contrariété à l'ordre public; cela arrivera rarement, dès lors qu'en l'absence d'un tel lien, soit le rejet sera fondé sur la théorie du *forum non conveniens* soit les considérations d'ordre public conduiront à la désignation d'une loi acceptable. Sur le traitement de cette question dans le *Restatement of Law* (§ 90: « No actions will be entertained on a foreign cause of action the enforcement of which is contrary to the strong public policy of the forum »), voir MOSCONI, p. 111; voir p. ex. *Loucks v Standart Oil & Co*, 224 N.Y.99; 120 N.E. 198 (1918): « They (i.e. the courts) do not close their doors, unless help would violate some fundamental principles of justice (...) » (c'est nous qui soulignons).

saisi. Dans certains cas, après avoir évincé la loi désignée par la règle de conflit, le juge rejette l'action. Pour reprendre l'exemple donné par P. LAGARDE¹⁰³⁶, le juge français rejettera une demande en annulation du mariage mixte fondée sur le fait que la loi prévoit un empêchement à mariage découlant de la différence de religions. La loi étrangère sera écartée au nom de l'ordre public et la demande sera simplement rejetée. Lorsque la réserve intervient pour faire obstacle, au nom d'un principe fondamental à un empêchement, à une interdiction jugée incompatible avec l'ordre public du for, l'on peut être tenté d'affirmer que la réserve ne déploie alors qu'un effet négatif (l'éviction), sans déployer d'effet positif (la substitution). En d'autres termes, le droit étranger ne serait remplacé par aucune norme, dès lors qu'aucune règle prohibitive ne s'applique. P. LAGARDE¹⁰³⁷ souligne qu'en réalité, dans la plupart des cas de ce genre, « on applique sans en avoir l'air la loi du for qui ignore ce mode de dissolution du mariage ». Il ne s'agit pas d'une sphère de non-droit; à la norme prohibitive de la loi applicable se substitue une norme permissive.

391. *Application d'un droit de substitution. Lex fori.* Dans un système qui ne permet pas au juge de se dessaisir du litige en cas d'intervention de la réserve, il est donc toujours nécessaire de déterminer le droit qui s'appliquera pour combler la lacune résultant de l'intervention de la réserve. Différentes solutions sont envisageables. La première qui vient à l'esprit et qui correspond, dans sa simplicité apparente, à une pente naturelle, consiste à remplacer la loi normalement applicable par la loi du for, en affirmant sa vocation générale et subsidiaire, sa compétence illimitée à régir toute question de droit privé qui peut se poser¹⁰³⁸. Tandis que plusieurs lois sur le droit international privé sont muettes

¹⁰³⁶ LAGARDE, Public Policy, p. 53.

¹⁰³⁷ LAGARDE, Recherches, p. 210; MAURY, p. 176; voir également MAYER, N° 211 *in fine*; BUCHER, DIP I/2, N° 430; KELLER/SIEHR, p. 539-40: « Selbst wo keine ausdrückliche Norm besteht, wird vergessen, dass das Fehlen einer Beschränkung (...) auch eine rechtliche Aussage enthält »; GOLDSTEIN, Ordre public, p. 81 et le texte cité de VANDER ELST. *Contra*: la doctrine allemande majoritaire citée par SPICKHOFF, p. 110 et note 32 qui pense que la *lex causae* n'est simplement pas appliquée. Voir cependant SCHWUNG, Erstazrecht, p. 421 et Rechtsfolgen, p. 109 ss qui se rallie à l'opinion française et qualifie ces normes d'*Alternativenormen*; MOSCONI, p. 110-111.

¹⁰³⁸ Voir p. ex. AUDIT, N° 308, p. 273: la loi du for a une « vocation subsidiaire à régir tout rapport de droit privé présentant une attache avec le territoire »; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 598; MAYER, N° 212.

sur ce point¹⁰³⁹, certaines prescrivent expressément la substitution de la *lex fori* à la loi évincée¹⁰⁴⁰.

392. *Fondement de l'application de la loi du for. Succès de cette méthode en droit français.* L'application de la *lex fori* est la solution traditionnellement retenue en France par la jurisprudence et la doctrine¹⁰⁴¹. On peut fonder cette méthode sur le principe de territorialité; chaque Etat est souverain sur son territoire et l'application de la loi étrangère est exceptionnelle; si celle-ci est écartée, il faut en revenir à la règle générale, l'application de la *lex fori*. H. BATIFFOL/P. LAGARDE invoquent le caractère pratique de cette solution: il est « *plus simple et, à la limite plus honnête, de combler la lacune résultant de l'éviction de la disposition étrangère par la disposition correspondante de la loi du for plutôt que par une disposition de la loi évincée, qui, par hypothèse, ne sera pas celle que le droit étranger voulait appliquer à l'espèce* »¹⁰⁴². Ces auteurs relèvent en outre que l'exigence de la *Binnenbeziehung* pour l'intervention de l'ordre public donne une justification supplémentaire à l'intervention de la loi du for comme droit de substitution¹⁰⁴³. La Cour de cassation utilise les termes de « *substitution de la loi française à la loi normalement compétente* »¹⁰⁴⁴.

393. *Etendue de la substitution. Exemples.* Si l'on applique la loi du for, faut-il limiter la substitution à la seule disposition qui déploie un effet inacceptable ou faut-il évincer la *lex causae* dans son ensemble? Pour reprendre l'image de

¹⁰³⁹ Voir l'art. 12 § 3 du Code civil espagnol (publié in RCDIP 1976, p. 397), l'art. 6 EGBGB, l'art. 4 de la loi de l'ex-Yougoslavie (RCDIP 1983, p. 353) et l'art. 17 LDIP, qui sera examiné *infra*, N° 404 ss.

¹⁰⁴⁰ Voir p. ex.: § 4 de la loi de l'ancienne RDA (texte publié in RCDIP 1977, p. 200); § 6 de la loi autrichienne (RCDIP 1979, p. 174); art. 6 de la loi de la Principauté du Liechtenstein (texte in *RabelsZ* 1997, p. 545, traduction française in RCDIP 1997, p. 858); art. 142 du Code de la famille bulgare (RCDIP 1989, p. 823); art. 5 de la loi turque (RCDIP 1983, p. 141); § 7 al. 3 de la loi hongroise (RCDIP 1981, p. 158); art. 8 de la loi roumaine (RCDIP 1994, p. 172); art. 158 de la loi russe du 31 mai 1991 sur les Principes de la législation civile (RCDIP 1997, p. 144); art. 1228 du projet de Code civil de la Fédération de Russie (IPRax 1998, p. 54).

¹⁰⁴¹ FRANCESCOAKIS, Répertoire, V° Ordre public, ch. 108; LAGARDE, Recherches, p. 201-212; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 256; MAYER, N° 211; BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 367.

¹⁰⁴² BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 367.

¹⁰⁴³ BATIFFOL/LAGARDE, t. 1, N° 369 *if.* citant CA Paris, 5 déc 1991, D. 1992, Somm., p. 170, où la *lex fori* est appliquée au nom de l'ordre public et ajoutant la justification des liens plus étroits. LAGARDE, Public Policy, p. 54 et *idem*, Répertoire, 2^e éd., V° Ordre public, ch. 68.

¹⁰⁴⁴ Cass. fr., 15 juillet 1963, RCDIP 1964, p. 732 (sommaires); Cass. fr., 15 mai 1963, *Patino*, RCDIP 1964, p. 532 et ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 38; Cass. fr., 30 mai 1967, *Kieger*, RCDIP 1967, p. 728.

Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL¹⁰⁴⁵, le dilemme rappelle celui auquel est confronté le réparateur d'automobile qui se demande s'il doit remplacer la seule pièce défectueuse ou au contraire l'ensemble du moteur. La doctrine française dans son ensemble souligne la nécessité de ne faire intervenir l'élément perturbateur de l'ordre public que d'une façon aussi restreinte que possible et concentre l'essentiel de ses commentaires sur l'étendue de la substitution¹⁰⁴⁶; la loi du for ne doit se substituer qu'à la disposition contraire à l'ordre public. En appliquant la loi du for au-delà des exigences de l'ordre public, le juge commettrait une violation de la règle de conflit¹⁰⁴⁷. La doctrine cite une série d'arrêts de la Cour de cassation française à l'appui de son propos: ainsi, dans un arrêt de 1943, la loi allemande fut jugée incompatible avec l'ordre public en ce qui concerne l'admissibilité des moyens de preuve de la filiation naturelle, de sorte que la substitution de la loi du for ne devait s'étendre qu'à cet aspect de la question et non à tous les effets de la filiation, notamment à l'obligation alimentaire¹⁰⁴⁸. En matière d'action en recherche de paternité, l'absence d'exception *plurium concubentium*, jugée d'ordre public, n'a pas empêché les tribunaux d'appliquer la loi étrangère désignée aux autres conditions de l'action¹⁰⁴⁹. En droit des successions, la Cour de cassation écarta, au nom de l'ordre public, la loi coranique excluant le non-musulman de la succession; la vocation successorale de ce parent découlait de l'intervention de l'ordre public qui avait évincé la loi étrangère sur ce point; cela n'empêcha pas de calculer sa part successorale en application de la loi désignée par la règle de conflit, soit la loi musulmane amputée de son empêchement¹⁰⁵⁰. L'ordre public du for prohibe l'empêchement discriminatoire, mais ne s'oppose pas à l'application résiduelle du droit des successions de la *lex causae*. En d'autres termes, il faudrait substituer la *lex fori* à la loi normalement applicable qui se révèle inadmissible,

¹⁰⁴⁵ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 257, p. 296.

¹⁰⁴⁶ LAGARDE, Recherches, p. 212; *idem*, Répertoire, 2^e éd., V° Ordre public, ch. 69-70; *idem*, Public policy, p. 54; BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 368; MAYER, N° 213; AUDIT, N° 308, p. 273; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 257 et 258, p. 296-298; HOLLEAUX/FOYER/GEDUFFRE DE LA PRADELLE, N° 601-602, p. 296. Voir également l'art. 1010 du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso (RCDIP 1991, p. 220).

¹⁰⁴⁷ Dans ce sens, LAGARDE, Recherches, p. 215.

¹⁰⁴⁸ Cass. fr., 8 novembre 1943, RCDIP 1946, p. 273, *Fayeulle*.

¹⁰⁴⁹ CA Paris, 27 avril 1973, RCDIP 1974, p. 93, *Nunez Fernandez* et 14 décembre 1978, RCDIP 1979, p. 603: « Les premiers juges ont, à bon droit, appliqué la loi autrichienne pour la détermination des conditions de la recherche de la paternité naturelle et la loi française pour l'exception d'inconduite notoire »; voir déjà CA Aix, 14 janvier 1825, Sirey 1826 II, p. 66, cité par LAGARDE, Recherches, p. 212, note 30: obligation soumise à la loi turque, réduction du taux d'intérêt au taux maximal prévu par la loi française et application résiduelle du droit turc sur les autres points.

¹⁰⁵⁰ Cass. fr., 17 novembre 1964, JCP 1965 II 13978; MAYER, N° 213; DROZ, Rec gén. des lois 1965, N° 311 cité par BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 368, note 2; voir également OLG Hamm, 29 avril 1992, IPRax 1994, p. 49 (54) (*obiter dictum*).

mais dans la stricte mesure nécessaire, pour réduire au maximum l'effet perturbateur de la réserve. Dans l'un des arrêts prononcés dans la célèbre affaire *Patiño*¹⁰⁵¹, la Cour de cassation, après avoir évincé la loi bolivienne qui interdisait à la fois la séparation de corps et le divorce, prononça la séparation de corps en application du droit français. Comme l'affirme P. MAYER, « *prononcer le divorce, mesure plus radicale, aurait été s'écarter sans nécessité du droit étranger* »¹⁰⁵². La Cour est cependant allée plus loin dans l'effet de substitution de l'ordre public; après avoir prononcé la séparation de corps en application de la *lex fori*, il restait à déterminer le régime patrimonial auquel seraient soumis les époux après le prononcé de la séparation. La Cour de cassation a estimé que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait admis, par application de la loi française, que la séparation de corps entraînait la dissolution de la communauté et la séparation de biens, au motif que « *pareille décision entraînait légitimement par un corollaire nécessaire le règlement des intérêts patrimoniaux des époux suivant les formes prévues par la loi française* ». Ainsi que l'expliquent H. BATIFFOL/P. LAGARDE, dans la mesure où la règle du for intervenue au nom de l'ordre public entraîne des conséquences nécessaires à la cohérence de son application, ces conséquences seront réputées également imposées par l'ordre public¹⁰⁵³.

394. *En Allemagne*. A nouveau, le droit allemand et le droit français se sont engagés sur des voies divergentes. En Allemagne, la thèse de l'application de la loi du for comme droit de substitution est retenue dans une bien moins large mesure qu'en France par la doctrine¹⁰⁵⁴ et la jurisprudence¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ Cass. fr., 15 mai 1963, RCDIP 1964, p. 532, Grands arrêts, N° 39.

¹⁰⁵² MAYER, N° 212.

¹⁰⁵³ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 368; voir l'arrêt *Patiño* précité; voir toutefois la formule ambiguë qu'utilisa la Cour de cassation française, dans son arrêt du 24 février 1998 (RCOIP 1998, p. 637, cf. *supra*, N° 351, note 920), évinçant, au nom de l'égalité entre époux, l'ancien droit suisse de l'union des biens, et invitant le juge à « *rétablir l'égalité des droits entre les époux* ». Faut-il y voir l'invitation à procéder à une redistribution autoritaire des biens de ceux-ci, suivant la tendance du droit anglo-américain (DROZ 1998, p. 643) ? Voir également un exemple d'éviction excessivement large, CA Aix-en-Provence, 10 mai 1998, JDI 1999, p. 136: éviction du droit musulman chiite et application de la loi française aux motifs de divorce et non seulement à ses effets, dès lors que le droit applicable ne prévoit qu'une pension alimentaire limitée à cent jours.

¹⁰⁵⁴ RAAPE/STURM, p. 219-220 ainsi que les auteurs cités par SPICKHOFF, note 4, p. 103.

¹⁰⁵⁵ BGH, 7 décembre 1977, NJW 1978, p. 1107; OLG Karlsruhe, 2 mars 1970, FamRZ 1970, p. 251, 254; OLG Oldenburg, 16 septembre 1980, IPRax 1981, p. 136 (le tribunal relevait que l'*Inlandsbeziehung* était forte en l'espèce); AmtG München, 4 septembre 1969, FamRZ 1970, p. 40; OLG Hamm 8 février 1990, IPRax 1991, p. 191 (adaptation de la *lex causae* jugée impraticable).

395. *Objections à l'application généralisée de la loi du for. L'Allemagne.* Les auteurs et les tribunaux allemands opposent depuis longtemps au dogme de l'application de la loi du for comme loi de substitution son effet perturbateur trop important: la *lex fori* n'est pas faite pour régir une situation que la règle de conflit entendait soumettre à une loi étrangère, dès lors que le centre de gravité de la relation juridique se situait à l'étranger. En appliquant sans distinction la loi du for en cas d'intervention de la réserve, on risquerait d'appliquer un droit qui n'a pas de liens avec la cause et qui n'est dès lors pas adapté à régir la relation internationale concernée. Contredisant BARTIN qui affirmait que l'application de la *lex fori* était « un fait universel et constant »¹⁰⁵⁶, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont exploré de nouvelles voies¹⁰⁵⁷: la doctrine allemande a fait preuve d'une originalité très créative, à telle enseigne que la présentation qui suit ne saurait prétendre être exhaustive.

396. *Quelques solutions proposées: l'application d'autres règles de la lex causae.* Il faut citer en tout premier lieu une décision du *Reichsgericht* datant de 1921 qui est un classique du droit international privé: s'agissant d'une créance relevant du droit suisse, imprescriptible parce que constatée dans un acte de défaut de biens après saisie (art. 149 al. 5 aLP)¹⁰⁵⁸, le *Reichsgericht* a estimé qu'une telle imprescriptibilité était contraire à l'ordre public allemand. Au lieu d'appliquer la prescription trentenaire de la loi allemande (§ 195 BGB), le *Reichsgericht* a invité le juge d'appel à examiner si la lacune ne pouvait pas être comblée par le droit suisse lui-même, qui prévoit une prescription générale de 10 ans (art. 127 CO)¹⁰⁵⁹. En d'autres termes, la juridiction suprême allemande

¹⁰⁵⁶ BARTIN, Principes I, § 93, p. 252.

¹⁰⁵⁷ Sur toute la question en droit international privé allemand, voir surtout l'importante contribution de Siegfried SCHWUNG, *Das Ersatzrecht bei einem Verstoß des ausländischen Rechts gegen den ordre public*, *RabelsZ* 1985, p. 407; *idem*, *Die Rechtsfolgen aus der Anwendung der ordre public-Klausel im IPR*, th. Mainz 1983; cf. également SPICKHOFF, p. 103-111.

¹⁰⁵⁸ A noter que l'imprescriptibilité des actes de défaut de biens a été abandonnée en droit suisse, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1997, de la LF du 16 décembre 1994; la prescription est de 20 ans dès la délivrance de l'acte et d'un an à compter de l'ouverture de la succession à l'égard des héritiers du débiteur (cf. art. 149a et 265 LP).

¹⁰⁵⁹ RG, 19 décembre 1922, RGZ 106, p. 82 (85 ss), en français in RCDIP 1926, p. 278: « Après que le juge d'appel a déclaré inapplicable, en vertu de l'art. 30, le texte de la loi suisse applicable en soi, il devait se poser la question de savoir si, du même coup, la compétence du droit suisse en général était exclue ou si au contraire la lacune (...) ne devait pas être comblée par le droit suisse lui-même. Ce n'est qu'après avoir constaté l'impossibilité d'appliquer le droit suisse que le juge d'appel pouvait recourir au droit allemand. Même dans ce cas, il avait l'obligation de rechercher dans le droit allemand la disposition qui correspondait le mieux à la pensée du législateur étranger ». Voir également *Tribunale di Milano*, 26 juin 1969, RDIPP 1970, p. 128, cité par BALLARINO, DIP, p. 296: application du délai de prescription ordinaire de la *lex causae*, après avoir évincé la norme suspendant la prescription dans les rapports avec

suggérerait de remplacer la norme qui se révélait contraire à l'ordre public par d'autres normes de la *lex causae*; lorsque la norme qui est inacceptable est une règle spéciale, il faudrait avoir recours à une norme générale de la *lex causae*¹⁰⁶⁰. On a reproché à cet arrêt de dénaturer le droit suisse, au prétexte de vouloir maintenir l'ensemble du litige sous son empire¹⁰⁶¹.

397. *Adaptation de la lex causae (augmentation ou réduction). Création de normes internationales matérielles ad hoc.* Une autre solution a été suggérée par une partie de la doctrine allemande: certains auteurs proposent de modifier le contenu de la *lex causae* de manière à le rendre acceptable au regard de l'ordre public du for, en gommant en quelque sorte ses exagérations, en le tempérant¹⁰⁶². Le juge se verrait attribuer un important pouvoir créateur, puisqu'il pourrait façonner la *lex causae*, de manière à la rendre adaptée à la situation qui lui est soumise et acceptable au regard de l'ordre public du for. D'un point de vue quantitatif, l'ordre public pourrait conduire à l'augmentation ou à la réduction d'un montant prévu par une norme étrangère (montant des aliments, d'une pension, d'une réserve successorale, des honoraires d'un avocat). D'autres auteurs proposent que le juge crée, dans chaque cas d'intervention de la réserve, une norme spéciale et autonome qui se situerait à l'extrême limite de ce qui est encore acceptable au regard des valeurs du for¹⁰⁶³. Selon cette proposition, le juge ne comblerait pas la lacune à l'aide de la *lex causae*, mais créerait de toute pièce une nouvelle règle matérielle, par la voie prétorienne, procédant par adaptation de la *lex causae* aux valeurs du for. Selon certains auteurs, la règle nouvelle doit constituer un principe général (cf. l'art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) tiré de l'analyse du droit comparé¹⁰⁶⁴. Le juge pourrait ainsi, pour reprendre l'exemple de l'imprescriptibilité de l'acte de défaut de biens, créer une norme matérielle nouvelle, qui serait encore « dans les limites du

des partenaires à l'étranger. A noter qu'en Suisse, à l'inverse, les tribunaux ne jugeant pas contraire à l'ordre public l'imprescriptibilité de créances fondées sur un droit étranger se réfèrent également à l'art. 149 aLP (cf. Cour de cassation civile NE, arrêt non publié, 8 janvier 1997, au sujet de l'imprescriptibilité de la créance d'entretien de l'enfant se fondant sur un jugement californien).

¹⁰⁶⁰ Cf. les références citées par SPICKHOFF, p. 106, en note 16.

¹⁰⁶¹ Voir la critique de LAGARDE, Recherches, p. 208; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 256.

¹⁰⁶² Thèse présentée par SPICKHOFF, p. 107-110, cet auteur y étant favorable; SCHWUNG, Erstazrecht, p. 412; KELLER/SIEHR, p. 547; VON BAR, I, N° 641; WENGLER, RGRK-Kommentar, p. 82.

¹⁰⁶³ KEGEL, p. 384 et SOERGEL/KEGEL, N° 22 et les auteurs cités par SONNENBERGER, München. Komment., note 315, p. 439; SPICKHOFF, p. 105.

¹⁰⁶⁴ WUPPERMANN, p. 77; Hein KÖTZ, Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, RabelsZ 1970, p. 663 ss (671), se prononce pour l'application de tels principes en cas d'indétermination du contenu du droit applicable.

tolérable au regard des principes d'ordre public du for»¹⁰⁶⁵ : il pourrait stipuler que la créance se prescrit selon le délai le plus long admissible au regard de l'ordre public en le fixant à 50 ans par exemple¹⁰⁶⁶.

398. *Illustration jurisprudentielle.* Un arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand illustre cette méthode: la cour fédérale devait se prononcer sur la rémunération d'un mandataire qui réclamait des honoraires équivalents à 35 % du montant gagné par la partie qu'il avait défendue, en application du droit des Etats de New York et de Géorgie. La cour suprême allemande a estimé que l'application de cette règle était contraire à l'ordre public et a réduit les honoraires à 20 % de la valeur litigieuse, sans faire application des règles allemandes sur la rémunération du mandataire¹⁰⁶⁷. Il est difficile de dire si le tribunal a créé une véritable règle matérielle autonome ou s'il adapté la *lex causae*, puisque, pratiquement, cela revient au même. Ce qu'il faut retenir de ce courant doctrinal, c'est l'affirmation d'une faculté pour le juge de faire acte de législateur, soit en sculptant une norme autonome, soit en adaptant profondément la loi applicable. Dans un arrêt encore plus spectaculaire de 1992, le *Bundesgerichtshof* devait statuer sur la conformité à l'ordre public du droit national iranien attribuant la garde des enfants de façon automatique au père; la Cour suprême a cassé la décision de l'*Oberlandsgericht* de Sarrebruck parce que celui-ci n'avait pas examiné si la solution retenue correspondait au bien des enfants. La Cour suprême a renvoyé la cause à l'instance inférieure en l'invitant à le faire et en précisant les éléments dont elle devait tenir compte. Le *Bundesgerichtshof* précisait que l'éviction éventuelle du droit iranien ne devait pas nécessairement conduire à l'application de la loi allemande; il suggérait de procéder à une adaptation de la *lex causae*, en attribuant la garde des enfants à la mère et en chargeant le père de la protection de leurs biens¹⁰⁶⁸. L'adaptation de la loi applicable n'est toutefois pas toujours réalisable. Ainsi en a jugé l'*Oberlandsgericht* de Hamm au sujet du droit du divorce marocain, qui prévoyait des causes de divorce très restrictives pour

¹⁰⁶⁵ BUCHER, DIP I/2, N° 433.

¹⁰⁶⁶ KEGEL, p. 384.

¹⁰⁶⁷ BGH, 18 octobre 1965, BGHZ 44, p. 183 (190): « Die Grenze ist insoweit unter Beachtung des Umstandes zu ziehen, dass der Art. 30 EGBGB einen Ausnahmefallbestand enthält. Es ist deswegen ein grosszügiger Massstab zugunsten des Klägers anzulegen und ihm zuzubilligen, was überhaupt noch vertretbar erscheint ». Voir également OLG Düsseldorf, 9 novembre 1994, FamRZ 1995, p. 885 (octroi d'une prestation d'entretien couvrant le minimum vital, alors que la *lex causae* refusait tout entretien).

¹⁰⁶⁸ BGH, 14 octobre 1992, BGHZ 120, p. 29 ss (37-38) (la décision de l'OLG Saarbrück est publiée in FamRZ 1992, p. 848): « Vielmehr wäre zu versuchen, die Regelungslücke (...) nach Möglichkeit nach dem iranischen Recht zu schliessen. (...) Dies könnte etwa in der Weise geschehen, dass dem Vater die Vermögenssorge belassen bleibt, während der Mutter die Personensorge - u.U. auch das Recht, die Kinder in Unterhaltssachen zu vertreten - übertragen wird ».

l'épouse tout en offrant au mari un droit de répudiation; ce tribunal a estimé qu'il n'était pas envisageable d'accorder à l'épouse un droit parallèle à la répudiation et a appliqué la loi du for¹⁰⁶⁹.

399. *Application du droit d'un Etat « proche » ou « voisin » de celui dont la loi est désignée initialement.* Le même souci d'éviter une dénaturation de la *lex causae* constitue le fondement d'une autre proposition: il s'agirait de statuer sur le point litigieux en application des règles d'un Etat proche de celui qui était désigné initialement. Certains auteurs approuvent et quelques arrêts évoquent¹⁰⁷⁰ cette solution conçue à l'origine comme substitution en cas d'impossibilité d'établir le contenu du droit étranger¹⁰⁷¹. Selon les défenseurs de cette solution, le résultat serait plus respectueux de la loi désignée par la règle de conflit. La proximité sera parfois, mais pas forcément, géographique. Au lieu du droit marocain, on appliquerait le droit algérien. Cette proximité pourrait être historico-culturelle: le juge australien qui évince le droit de la Principauté du Liechtenstein ne choisira pas, parmi les Etats proches, le droit italien mais plutôt le droit suisse ou le droit autrichien. Le juge pourrait appliquer le droit qui a fait l'objet d'une réception au sein du système de la *lex causae*, si celle-ci a adopté une règle différente de la législation mère. On pourrait ainsi imaginer qu'un juge allemand applique le droit suisse au lieu du droit turc, le droit suisse étant censé être proche du droit turc en raison de la réception dont le premier a fait l'objet en Turquie¹⁰⁷²; le juge appliquerait une règle du droit suisse qui n'a pas été reçue en Turquie ou qui a été modifiée ultérieurement¹⁰⁷³ lorsque le droit turc se révèle inconciliable avec l'ordre public. L'on pourrait songer à appliquer le droit d'une ancienne métropole dont s'inspire la loi, évincée au nom de l'ordre public, de la colonie émancipée.

¹⁰⁶⁹ OLG Hamm, 18 août 1994, IPRax 1995, p. 174 (175).

¹⁰⁷⁰ WUPPERMANN, p. 68, lorsque la *lex causae* n'offre pas de solution; présentation de cette thèse chez SPICKHOFF, p. 106-107; *Kammergericht*, 10 novembre 1969, FamRZ 1970, p. 322, 325; OLG Köln, 28 février 1980, FamRZ 1980, p. 886 (889).

¹⁰⁷¹ En Suisse, c'était la solution proposée par la Commission d'experts; voir l'art. 15 al. 3 AP: « lorsque le contenu du droit étranger ne peut être établi, le juge prend en considération le droit le plus proche et, à défaut, applique le droit suisse ».

¹⁰⁷² Cf., au sujet de cette réception, Georges SAUSER-HALL, La réception des droits européens en Turquie, in Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit de l'Université de Genève à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, Genève 1938, p. 325 ss, 345; ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3^e éd., Tübingen 1996, p. 175-176; Pierre TERCIER, L'anniversaire de la réception du droit civil suisse en Turquie, RDS 1997 I, p. 3-19.

¹⁰⁷³ Sur les modifications du droit civil turc après la réception, voir TERCIER, *op. cit.* (note 1072), p. 9-16.

400. *Critères de rattachement subsidiaires ad hoc.* Certains suggèrent de combler la lacune créée par l'intervention de la réserve en faisant appel à un autre droit désigné à l'aide d'un critère de rattachement subsidiaire, en examinant de cas en cas l'intérêt à l'application de chaque législation entrant en ligne de compte¹⁰⁷⁴. Le pouvoir créateur du juge ne porterait plus sur la règle matérielle, mais sur la règle de conflit elle-même.

401. *Droit le plus favorable.* Ch. KNAPP a proposé d'appliquer le droit qui se révélerait le plus favorable à la partie réputée faible qui mérite une certaine protection¹⁰⁷⁵. L'autorité devrait choisir, parmi les systèmes en contact avec la cause, celui qui est « *le plus idoine à dominer humainement le fait* »¹⁰⁷⁶.

402. *La doctrine allemande: divergence de méthodes, convergence sur le principe de l'atteinte minimale portée à la lex causae.* Les auteurs allemands s'accordent à dire qu'il convient de porter l'atteinte minimale à la loi désignée par la règle de conflit (*Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in die lex causae*)¹⁰⁷⁷, qui reste en principe applicable; cependant, la doctrine diverge sur les méthodes à appliquer pour déterminer le droit de substitution qui comblera la lacune. La plupart des auteurs allemands proposent d'utiliser l'un ou l'autre des différents procédés que nous venons d'esquisser ou une combinaison de plusieurs d'entre eux, l'application de la *lex fori* n'étant qu'une *ultima ratio* qui ne s'imposerait que lorsqu'il n'est pas possible d'adapter le droit étranger. Chaque auteur propose sa solution et une présentation complète déborderait largement du cadre de cette étude.

403. *Le choix des méthodes et les codifications du droit international privé.* Les préoccupations de la doctrine quant aux effets perturbateurs de la réserve se reflètent dans certains textes codifiant le droit international privé. Le législateur allemand a volontairement renoncé à indiquer dans la loi de 1986 le droit de substitution en cas d'intervention de l'ordre public, afin de laisser toute liberté à la doctrine et aux tribunaux de créer des solutions satisfaisantes¹⁰⁷⁸. Certaines

¹⁰⁷⁴ P. ex. SCHWUNG, *Ersatzrecht*, p. 416-17 et *idem*, *Die Rechtsfolgen*, p. 169 ss, 422-424; MARTI, p. 106-107; WENGLER, RGRK, p. 82; LAGARDE, *Public Policy*, p. 57, semble assez favorable à cette thèse, mais souligne la difficulté à déterminer les facteurs de rattachement subsidiaires lorsque la loi n'en prévoit pas.

¹⁰⁷⁵ KNAPP, *Essai sur la nature juridique et la sauvegarde*, p. 199 ss, méthode sévèrement critiquée par LAGARDE, *Recherches* p. 206, qui en a stigmatisé le « *caractère foncièrement injuste et anti-juridique* ».

¹⁰⁷⁶ KNAPP, *Essai sur la nature juridique et la sauvegarde*, p. 200.

¹⁰⁷⁷ SPICKHOFF, p. 105 et les références note 14; SONNENBERGER, *München. Komment.*, N° 90 ad art. 6 EGBGB.

¹⁰⁷⁸ *BegrReGE*, BT-Drucks 10/504, 44: « *um der Praxis flexible und differenzierte Lösungen offenzuhalten* ».

codifications tentent de réduire l'emprise de la loi du for et contiennent des précisions quant au droit de substitution à appliquer. Ainsi, le Code civil portugais (art. 22 § 2 CCPort.) prescrit d'appliquer « *les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente, ou subsidiairement, les règles internes du droit portugais* »¹⁰⁷⁹. La nouvelle loi italienne prévoit l'application des éventuels critères de rattachement subsidiaires prévus par la loi¹⁰⁸⁰. La loi du for ne sera donc applicable que lorsqu'il n'y a pas de critère de rattachement subsidiaire ou, s'il y en a, si la loi désignée par ceux-ci déploie également des effets contraires à l'ordre public du for ou encore si la *lex causae* résulte déjà de la désignation par le rattachement subsidiaire, le rattachement principal étant inopérant¹⁰⁸¹. D'autres lois au contraire prescrivent l'application de la *lex fori*¹⁰⁸², parce qu'il s'agit d'une solution solidement ancrée dans la pratique nationale ou parce que le législateur ne souhaitait pas que la jurisprudence explore de nouvelles voies en ce domaine.

C. Le droit international privé suisse

404. *La loi est muette.* Alors que l'art. 16 al. 2 LDIP prescrit l'application du droit suisse en cas d'échec dans la détermination du contenu du droit désigné par la règle de conflit, l'art. 17 LDIP n'offre aucune réponse à la question qui nous occupe. Faut-il s'inspirer de la solution retenue par l'art. 16 al. 2 LDIP et appliquer de manière systématique la loi du for ou affirmer, *a contrario*, que le législateur aurait également précisé à l'art. 17 son désir de voir appliquée la loi du for ?

405. *Interprétation littérale.* L'interprétation littérale ne nous semble pas apporter de précision utile à ce sujet: en déclarant que l'application du droit étranger est « *exclue* » lorsqu'elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public (art. 17 LDIP), le législateur n'a pas voulu, nous semble-t-il, fermer la porte à des théories fondées sur l'adaptation de la *lex causae*; la phrase précitée n'interdit pas d'appliquer la *lex causae* lorsqu'elle conduit à un résultat compatible avec l'ordre public, après avoir été amputée de son contenu

¹⁰⁷⁹ Texte in RCDIP 1970, p. 340.

¹⁰⁸⁰ Art. 16 al. 2 de la loi N° 218 du 31 mai 1995; cf. la traduction de la loi publiée in RCDIP 1996, p. 174: « *En ce cas s'applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus par la même hypothèse normative. A défaut, la loi italienne s'applique* ».

¹⁰⁸¹ BALLARINO, DIP, p. 297 est d'avis que l'importance de cette disposition doit être relativisée du fait que la loi ne prévoit que peu de rattachements subsidiaires (art. 29-31, 38-39, 62-63), de sorte que la solution choisie n'entrera que rarement en ligne de compte. Lorsqu'elle s'applique, la règle a une valeur dissuasive contre un recours trop fréquent à l'ordre public pour éviter les difficultés liées à l'application de la règle étrangère.

¹⁰⁸² Voir *supra*, note 1040.

inacceptable et éventuellement adaptée. L'absence de référence à la loi du for à l'art. 17 LDIP nous paraît plutôt indiquer que le législateur entendait réserver une certaine marge de manœuvre à la jurisprudence.

406. *Les travaux préparatoires.* Les travaux préparatoires ne permettent pas de donner une réponse définitive à la question qui nous occupe. Alors que le rapport de la Commission d'experts est muet sur ce point, le Message du Conseil fédéral précise que le projet ne prévoit pas de règle expresse à ce sujet, au contraire de la loi autrichienne; le Conseil fédéral souligne qu'il « *serait justifié de chercher à savoir si dans le droit désigné n'existerait pas une autre disposition qui apporterait une solution. Si tel n'est pas le cas, la loi suisse en tant que loi du for devrait s'appliquer* »¹⁰⁸³. Les parlementaires n'ont pas examiné cette question¹⁰⁸⁴. Il apparaît donc que le législateur n'a pas cherché à modifier le projet sur ce point, tout en étant conscient que ce texte n'imposait pas l'application de la loi du for et qu'il permettait au juge d'appliquer une autre règle du droit désigné.

407. *La jurisprudence. Le Tribunal fédéral.* La jurisprudence du Tribunal fédéral n'apporte pas de réponse claire au problème traité ici. Avant l'entrée en vigueur de la loi, dans les rares arrêts dans lesquels la réserve est intervenue en matière d'effet direct, le Tribunal fédéral a écarté une norme prohibitive étrangère à l'application de laquelle un principe d'ordre public du for faisait obstacle. Ainsi, le Tribunal fédéral a évincé la législation allemande interdisant les clauses-or¹⁰⁸⁵ ou le droit hongrois sur les devises interdisant les cessions¹⁰⁸⁶.

408. *L'arrêt Compagnie Commerciale Tangeroise.* Dans un arrêt isolé, le Tribunal fédéral a appliqué la loi du for de façon explicite après avoir évincé une norme étrangère: statuant sur un contrat de vente soumis au droit de Tanger, le Tribunal fédéral a évincé le délai de péremption de trente jours fixé par cette loi à l'acheteur pour exercer l'action en garantie des défauts et substitué à cette règle le délai de prescription du droit suisse (art. 210 CO), après avoir relevé qu'une législation prévoyant un délai de prescription différent du droit suisse n'était pas par là-même incompatible avec l'ordre public suisse¹⁰⁸⁷. Le Tribunal fédéral n'a ni examiné s'il existait des règles générales sur la prescription ou la péremption

¹⁰⁸³ Message, ch. 214.52.

¹⁰⁸⁴ La question n'a pas été abordée lors des délibérations au Parlement (cf. BOCN 1986, p. 1306; BOCE 1985, p. 133).

¹⁰⁸⁵ ATF 64 II 88, *Elektrizitätsgesellschaft*.

¹⁰⁸⁶ ATF 95 II 109, *Schweizerische Bankgesellschaft*: le droit suisse était appliqué à titre de droit étranger supplétif; si le droit hongrois s'était appliqué, précise le Tribunal fédéral, il aurait dû être écarté sur ce point pour contrariété à l'ordre public.

¹⁰⁸⁷ ATF 72 II 405, *Compagnie Commerciale Tangeroise*.

dans le droit de Tanger ni tenté d'adapter la *lex causae* ni cherché à élaborer une règle matérielle autonome. Enfin, relevons que le Tribunal fédéral n'a pas précisé les raisons pour lesquelles il a appliqué la loi du for dans le cas d'espèce et n'a pas affirmé que cette méthode s'imposait d'une façon générale.

409. *L'ambiguïté de l'arrêt Hirsch*. Dans un arrêt de 1976¹⁰⁸⁸, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la compatibilité avec l'ordre public d'un droit des successions, rendu applicable en vertu d'une *professio juris* (à l'époque art. 22 al. 2 et 32 LRDC), ne prévoyant pas de réserve en faveur des descendants. Après avoir affirmé que les dispositions suisses sur la réserve successorale n'avaient pas un caractère d'ordre public, qu'en d'autres termes, il ne s'agissait pas de lois d'application nécessaire, le Tribunal fédéral examina la position à adopter en présence d'un droit étranger ne prévoyant pas de réserve. En premier lieu, on pourrait soutenir qu'il y a violation de l'ordre public si un héritier ne reçoit rien; selon les juges fédéraux, cette solution devait être rejetée, car il suffirait que l'héritier ne reçoive qu'une infime portion de sa réserve en vertu du droit suisse, pour que l'ordre public n'intervienne pas. Selon notre haute cour¹⁰⁸⁹, « une solution intermédiaire n'entre pas davantage en ligne de compte, car sa difficulté serait de fixer la limite en deçà de laquelle la réserve garantie par le droit étranger devrait être jugée quantitativement trop faible et, portant, incompatible avec l'ordre public. L'on ne peut au contraire trouver une solution satisfaisante sur le plan juridique et tenant compte des exigences de la sécurité du droit que si la question de l'existence et de l'étendue d'éventuelles réserves demeure entièrement du ressort du droit étranger applicable ». Il nous paraît délicat de tirer de cette jurisprudence des conclusions quant aux effets de la réserve d'ordre public. Le Tribunal fédéral semble peu favorable à l'adaptation de la *lex causae* et à la création de normes matérielles spéciales. S'il l'avait souhaité, le tribunal aurait sans doute pu créer une règle matérielle spéciale, fixant la part minimale admissible au regard de l'ordre public pour les réservataires. D'autre part, la prétendue difficulté d'assigner une limite inférieure à l'intervention de l'ordre public dans le domaine des réserves successorales amène le Tribunal fédéral à la conclusion que la réserve d'ordre public ne doit pas intervenir en la matière. Cette approche nous paraît difficilement conciliable avec le principe de l'interprétation concrète de l'ordre public. Nous y reviendrons ultérieurement¹⁰⁹⁰.

410. *Jurisprudence récente et conclusion*. Dans ses arrêts publiés depuis le 1^{er} janvier 1989, le Tribunal fédéral n'a pas encore écarté un droit étranger pour contrariété à l'ordre public, ce qui démontre, si besoin était, l'interprétation

¹⁰⁸⁸ ATF 102 II 136, *Hirsch*.

¹⁰⁸⁹ Traduction tirée du JT 1976 I 595 (599-600).

¹⁰⁹⁰ Cf. *infra*, N° 953 ss; sur le principe de l'appréciation concrète, voir *supra*, N° 215 ss.

extrêmement restrictive qu'il donne à juste titre à cette clause. En résumé, l'on peut constater que le Tribunal fédéral a résisté aux constructions proposées par la doctrine allemande et semble pencher pour l'application de la loi du for.

411. *Arrêts cantonaux.* Dans quelques arrêts cantonaux, rendus avant et après l'entrée en vigueur de la LDIP, les juges ont fait appel à la *lex fori*, sans plus ample discussion¹⁰⁹¹.

412. *La doctrine.* La doctrine suisse semble bien plus sensible que la jurisprudence aux propositions de la doctrine allemande.

413. Lorsque l'application de la *lex causae* ne fournit pas une solution satisfaisante, H. MARTI propose de déterminer le droit applicable au comblement de la lacune au moyen de critères de rattachement subsidiaires (« *Hilfsverweisungsnorm* »), créés par le juge, désignant le droit avec lequel le rapport juridique litigieux entretient le plus de liens¹⁰⁹²; ainsi, lorsque l'application résiduelle du droit anglais auquel est soumis un contrat de vente entre un exportateur domicilié en Angleterre et un importateur norvégien, ne conduit pas à un résultat satisfaisant, il conviendrait d'appliquer le droit norvégien. En règle générale, l'application de la loi du for est une *ultima ratio*¹⁰⁹³.

414. Pour F. VISCHER¹⁰⁹⁴, le législateur a volontairement passé sous silence les conséquences éventuelles de l'intervention de la réserve et accordé un large pouvoir d'appréciation au juge. Selon cet auteur, l'application de la *lex fori* ne s'impose pas toujours; le droit étranger désigné doit être appliqué s'il peut l'être en dépit de l'éviction de l'une de ses normes. Il faudrait tenter de l'adapter, en accordant, par exemple, à l'enfant illégitime la part successorale que le droit étranger reconnaît à l'enfant légitime. Lorsqu'il est impossible de procéder par adaptation, il conviendrait d'appliquer un droit de substitution; cela pourrait être un droit qui présente des liens étroits avec la cause. Il faut dans tous les cas appliquer la loi du for lorsqu'elle conduit à la solution la plus appropriée.

¹⁰⁹¹ *Obergericht/ZH*, 7 mai 1985, RSJ 1987, p. 83: droit italien évincé au profit de la loi suisse; Tribunal civil du district du Val-de-Travers, jugement non publié du 3 juillet 1981: art. 7h LRDC, droit du divorce argentin.

¹⁰⁹² MARTI, p. 106-107 et p. 47.

¹⁰⁹³ MARTI, p. 107-108; voir également la casuistique, p. 108-113.

¹⁰⁹⁴ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 33-37 ad art. 17. VISCHER/VON PLANTA se prononçaient pour l'application de la *lex fori* (p. 22); sous l'ancien droit, voir SCHNITZER, p. 237, pour qui le droit du for s'applique si le droit étranger ne contient pas une disposition de substitution encore acceptable au regard de l'ordre public.

415. I. SCHWANDER¹⁰⁹⁵ estime qu'il suffit souvent de refuser d'appliquer une disposition particulière du droit étranger, sans qu'il soit nécessaire de la remplacer, de même qu'il suffit d'appliquer une règle générale de la *lex causae* lorsqu'une règle spéciale ou une exception est évincée. Lorsque l'intervention de la réserve fait apparaître une lacune, celle-ci devrait en principe être comblée « *im Geist und mit Rechtssätzen der fremden Rechtsordnung* ». Ce n'est que lorsqu'il n'est pas possible de façonner, par adaptation, la *lex causae* de façon conforme à l'ordre public qu'il faudrait appliquer le droit du for.

416. Pour M. KELLER/K. SIEHR, le juge doit pouvoir créer une norme matérielle spéciale qui soit aussi proche que possible de la norme évincée du droit étranger tout en restant compatible avec l'ordre public du for¹⁰⁹⁶.

417. Selon A. BUCHER, lorsque la règle étrangère prive quelqu'un d'un droit subjectif de manière contraire à l'ordre public, l'intervention de la réserve conduira de toute façon à lui reconnaître ce droit; peu importe que ce soit en application de la *lex fori* ou d'une règle de droit international privé matérielle formée par la voie prétorienne. Lorsque l'effet positif de l'ordre public porte sur un droit à contenu variable ou indéterminé, le rejet de la solution étrangère laisse place à plusieurs solutions possibles, qui ne doivent pas nécessairement correspondre à ce qui est prévu par la *lex fori*. A. BUCHER¹⁰⁹⁷ est d'avis que la création par le juge d'une règle adaptée à la situation à régir est souvent délicate, en particulier « *lorsque la solution à substituer à la *lex causae* évincée suppose un cadre normatif relativement élaboré, auquel cas seule la loi interne du for peut fournir des réponses appropriées et suffisamment précises* ». Si le juge élabore une solution prétorienne, les parties seront dépourvues de règles lorsqu'il s'agira de modifier les mesures prises¹⁰⁹⁸, ce qui contribue à une insécurité juridique difficile à justifier. Cet auteur est cependant d'avis que l'application de la loi du for produit en général une conséquence dépassant la finalité de la réserve, dès lors que la loi interne ne représente pas le seuil d'incompatibilité à l'égard des solutions du droit étranger¹⁰⁹⁹.

418. B. DUTOIT n'exclut pas que le droit étranger soit appliqué sous réserve d'une adaptation éventuelle à la situation existante, après avoir été amputé de sa disposition contraire à l'ordre public. Le plus souvent cependant, le droit étranger devra le céder purement et simplement à la *lex fori*¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁵ SCHWANDER, Einführung AT, N° 489.

¹⁰⁹⁶ KELLER/SIEHR, p. 546-547.

¹⁰⁹⁷ BUCHER, DIP I/2, N° 437.

¹⁰⁹⁸ BUCHER, DIP I/2, N° 439.

¹⁰⁹⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 439.

¹¹⁰⁰ DUTOIT, Commentaire, N° 11 ad art. 17.

419. P. LALIVE est d'avis que l'application automatique de la *lex fori* est une réponse « simpliste ». Il conviendrait plutôt de chercher la solution dans la règle de conflit, interprétée selon sa lettre et surtout selon son esprit ou dans une règle de rattachement subsidiaire¹¹⁰¹. Il s'agirait en premier lieu de trouver une solution dans la *lex causae*, en appliquant une autre règle que celle qui a été écartée. Si la *lex causae* n'offre pas de droit supplétif convenable, il faudrait appliquer la *lex fori*, « ou bien parce qu'elle correspond (mieux que la règle étrangère écartée) à l'esprit de la règle de rattachement, ou bien tout simplement à titre subsidiaire et faute de mieux »¹¹⁰². Cette conception est en harmonie avec l'idée de la relativité de l'ordre public; la réserve peut intervenir comme une adaptation de la loi étrangère.

420. Monica MÄCHLER-ERNE¹¹⁰³ signale l'opinion soutenue dans le message et relève que la LDIP ne tranche pas la question, l'interprète jouissant sur ce point d'une marge de manœuvre importante. Elle se réfère à l'opinion de la doctrine allemande et se prononce pour l'adaptation de la *lex causae*; elle juge problématique la recherche d'une solution dans un droit tiers, proche de la *lex causae*. Si aucune autre solution n'est possible, il faut appliquer les règles du for qui se rapprochent le plus de la solution retenue par la *lex causae* évincée. Elle ajoute, s'agissant de la création d'une règle matérielle que « *das Spannungsfeld, das sich durch das Eingreifen des Ordre public gegen die Anwendung der ausländischen Bestimmung im einzelnen Fall zur generellabstrakten Natur einer Regelbildung ergibt, bedarf allerdings sorgfältiger Abwägung* »¹¹⁰⁴.

D. Notre position

a) Introduction

421. *Une souplesse nécessaire.* Force est d'admettre que la loi ne prescrit pas de manière absolue l'application de la *lex fori* en cas d'intervention de la réserve d'ordre public; elle entend laisser au juge une importante marge de manœuvre. Celui-ci devra choisir la solution qui lui paraît la plus adaptée au comblement de la lacune créée par l'intervention de la réserve, en fonction des intérêts en jeu, en particulier des attentes des parties, de l'harmonie interne et internationale de la solution retenue et de la sécurité juridique. La fonction première de la réserve d'ordre public n'est certes pas la coordination entre les différentes législations civiles, puisqu'elle tend à la sauvegarde des valeurs essentielles et de l'ordre social d'un Etat. Il faut toutefois éviter que la réalisation de ce but légitime

¹¹⁰¹ LALIVE, *Tendances et méthodes*, p. 247.

¹¹⁰² LALIVE, *op. cit.*, p. 248.

¹¹⁰³ MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 28 et 29 ad art. 17.

¹¹⁰⁴ MÄCHLER-ERNE, IPR Kommentar SPR, N° 30 ad art. 17.

n'empêche d'assurer une certaine continuité aux relations juridiques internationales. C'est au stade de la détermination des effets de la réserve, et non au moment où est prise la décision de la faire intervenir, qu'il faut chercher à insérer dans l'ordre juridique du for, de façon aussi harmonieuse que possible, une réglementation étrangère amputée d'une règle¹¹⁰⁵. L'absence de directive quant aux effets de l'intervention de la réserve contribue à la souplesse de cette clause d'éviction et permet au juge d'adopter une solution adéquate. Après avoir réfuté cinq méthodes proposées par la doctrine, nous suggérerons quelques principes, sans prétendre systématiser ce qui relève principalement de l'examen des circonstances concrètes et des intérêts en présence.

b) Réfutation de quelques méthodes

422. 1° *Arguments contre l'application d'autres règles de la lex causae*. S'il est vrai que l'application de la loi du for peut avoir un effet particulièrement perturbateur, le comblement de la lacune creusée par l'intervention de la réserve à l'aide d'un matériau juridique extrait de la *lex causae*, par exemple en appliquant une règle générale au lieu d'une règle spéciale, nous paraît constituer une solution trop souvent dangereuse et peu fiable. Si l'on reprend le problème de l'imprescriptibilité de l'acte de défaut de biens tranchée par le *Reichsgericht*¹¹⁰⁶, il faut bien reconnaître que le résultat auquel conduit la solution préconisée par cette décision est paradoxal: si 25 ans s'étaient écoulés depuis la délivrance de l'acte de défaut de biens, la solution retenue aurait conduit à la prescription de la créance, ce qui aurait été contraire à la fois à la règle suisse en vigueur à l'époque (*lex causae*) prévoyant l'imprescriptibilité et à la règle allemande (*lex fori*) connaissant la prescription de trente ans. L'application de la loi du for aurait été en l'espèce plus respectueuse de la *ratio legis* du droit suisse¹¹⁰⁷ ! La *lex causae* contenait une norme spéciale parce que le législateur de cet ordre juridique ne voulait précisément pas que la situation soit régie par la norme générale; le *Reichsgericht* a dénaturé la *lex causae* en soumettant la situation litigieuse à une règle générale que le législateur n'entendait justement pas voir appliquée dans le cas particulier. En outre, il arrive souvent que la loi normalement applicable ne contienne pas de règle ayant vocation à se substituer à la règle évincée. Cela pourrait être le cas lorsque le

¹¹⁰⁵ Cf. les réflexions de MOSCONI, p. 114-115: « *In fact, it is the judge's prudent assessment, which alone may impede the ordre public exception from producing an effect of disorganic perturbation and, conversely, may cause the ordre public exception to operate as a factor of co-existence between different legal orders* ».

¹¹⁰⁶ *Supra*, N° 396.

¹¹⁰⁷ Une bonne part de la doctrine allemande actuelle critique cette décision pour ce motif: en ce sens, KROPHOLLER, § 36 V *in fine*, p. 232; VON BAR, IPR I, N° 641; SPICKHOFF, p. 106 et note 18.

juge écarte l'application d'une norme générale et qu'aucune des règles spéciales existantes ne vise la situation litigieuse. En 1958 déjà, P. LAGARDE écrivait¹¹⁰⁸ que « l'intervention de l'ordre public est une chose très grave par son imprévisibilité qui est souvent la règle; si à cela s'ajoute l'imprécision de la loi substituée, les inconvénients apparaissent plus grands que ceux qui résulteraient d'une application systématique de la *lex fori* ». Nous partageons cette affirmation s'agissant de la méthode préconisée par le *Reichsgericht*; elle contribue à une dangereuse insécurité juridique pour les parties, sans que soit garantie une cohérence plus forte de la solution retenue. Plutôt que de dénaturer la loi applicable au prétexte de vouloir la respecter, mieux vaut s'en tenir à un système complet et qui fonctionne, celui de la *lex fori*.

423. 2° Arguments contre l'application d'un droit « proche » ou « voisin » de la loi évincée. Quant à l'application d'un droit d'un pays proche ou voisin du droit désigné, il s'agit d'une méthode à première vue séduisante. Lorsque le droit désigné est fondamentalement différent du nôtre, l'application ponctuelle de la loi du for peut gravement mettre en cause la cohérence de la réglementation. On pourrait penser que l'application d'un droit voisin de la *lex causae* respecte davantage cette dernière. Cette méthode nous paraît cependant encourir plusieurs reproches, pratiques et théoriques. Tout d'abord, il n'est pas sûr que, sur le plan pratique, la méthode conduise à de bons résultats¹¹⁰⁹. Comment déterminer sans arbitraire le droit « proche » de la *lex causae*? Faut-il s'en tenir à une proximité géographique, à une parenté historique et culturelle, à une équivalence matérielle ou encore cumuler ces critères? Au demeurant, quelle que soit la solution retenue, la norme inacceptable aura souvent son équivalent dans la loi tierce choisie en raison de sa proximité avec l'Etat de la *lex causae*¹¹¹⁰; si ce n'est pas le cas, il est loin d'être certain que la norme différente du pays proche s'insère plus harmonieusement dans le droit désigné que la *lex fori*. Certes, comme le souligne P. LALIVE¹¹¹¹, il y a davantage de probabilité de « voisinage » juridique et culturel entre les droits de pays voisins qu'entre chacun d'eux et le droit d'un pays par hypothèse éloigné, celui du for. Cette probabilité peut toutefois se révéler totalement fautive¹¹¹². Il est possible que le droit d'un système « proche »

¹¹⁰⁸ LAGARDE, Recherches, p. 205-206.

¹¹⁰⁹ En Allemagne, voir l'opinion très réservée de SPICKHOFF, p. 107. Dans le contexte de l'impossibilité matérielle, voir les réflexions nuancées de LALIVE, Tendances et méthodes, p. 244-245.

¹¹¹⁰ Le droit musulman interdit toute succession entre musulmans et non-musulmans (cf. ALDEEB ABU-SAHLEH, Le droit international privé, p. 45).

¹¹¹¹ LALIVE, Tendances et méthodes, p. 244-245 dans le cadre de l'impossibilité d'établir le contenu de la *lex causae*.

¹¹¹² P. ex.: le juge évince les règles algériennes sur la polygamie; parmi les Etats voisins de l'Algérie, la Tunisie l'interdit, le Maroc l'admet (cf. *infra*, N° 603-604). La probabilité de parenté juridique se réalise pour le Maroc et non pour la Tunisie. Voir Adolf F. SCHNITZER,

de la *lex causae* prévoit une solution radicalement différente de celle-ci, encore plus éloignée que celle de la *lex fori*. Le juge devrait à tout le moins s'en assurer avant d'appliquer cette méthode. L'approche fondée sur la parenté matérielle nous paraît laisser la porte ouverte à tous les abus. Enfin, et cela nous semble essentiel, la méthode proposée conduira dans la plupart des cas à appliquer un droit n'entretenant aucun lien avec les parties et ne répondant au surplus ni à leurs prévisions ni à leurs attentes légitimes. Lorsque les parties saisissent un juge du for, elles peuvent s'attendre à l'application de la loi désignée par les règles de conflit du for ou à celle de la loi matérielle du for; en revanche, elles n'envisageront pas l'application du droit d'un Etat avec lequel elles n'entretiennent aucun lien particulier. Peu leur importe que ce droit appartienne à la famille juridique du droit désigné par la règle de conflit.

424. 3° *Arguments contre la création de règles matérielles ad hoc*. En Suisse, le juge pourrait se fonder sur l'art. 1^{er} alinéa 2 CC pour créer, par la voie prétorienne, des règles matérielles spéciales destinées à combler la lacune résultant de l'intervention de la réserve d'ordre public. Nous pensons toutefois que, dans la plupart des cas, cette méthode n'offre pas une bonne solution. La règle judiciaire souffre de son autonomie excessive: rattachée à aucun système, elle ne s'insère que difficilement à la fois dans la *lex fori* et dans la *lex causae*, puisqu'elle prévoit une solution qui ne sera retenue dans aucun de ces droits. Pour les parties, elle constituera une réglementation imprécise, souvent dépourvue de sanction efficace et qui risque de n'être que difficilement reconnue à l'étranger tant elle est détachée de toute législation. Les parties ne pourront concrétiser elles-mêmes cette règle au gré de l'évolution des circonstances sans recourir à l'interprétation authentique de son créateur. Le caractère fragmentaire de la solution matérielle créée par le juge pourrait même accroître la fréquence des litiges entre des parties contraintes de procéder fréquemment devant le juge pour que celui-ci complète sa décision en fonction de ce qu'il n'avait pas envisagé au moment de sa décision. Les parties vivront dans l'incertitude¹¹¹³ puisque leur statut ne reposera pas sur un ensemble cohérent et complet de règles; toute prévision sur leurs droits et obligations sera fortement aléatoire. Sans vouloir l'exclure dans tous les cas¹¹¹⁴, cette construction originale nous paraît trop difficilement praticable.

Betrachtungen zur Gegenwart und Zukunft des Internationalen Privatrechts, *RabelsZ* 1974, p. 317 ss (336), selon que l'un des voisins (p. ex. un pays d'Afrique) applique son droit traditionnel ou un droit plus moderne

¹¹¹³ Cf. les critiques de Murad FERID, *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., Francfort-sur-le-Main 1986, § 3, N° 36, 37; SPICKHOFF, p. 104-105.

¹¹¹⁴ Cf. notamment *infra*, N° 959 en matière successorale.

425. 4° *Réfutation de la méthode fondée sur un rattachement subsidiaire par la voie prétorienne.* Faut-il donner au juge la possibilité d'appliquer, en tant que droit de substitution, la loi désignée par le critère de rattachement qu'il aura librement choisi ?¹¹¹⁵ Nous ne pensons pas qu'il soit souhaitable que le juge développe un système parallèle et subsidiaire de règles de conflit prétorienne, comme le suggèrent certains auteurs. Le juge n'a pas pour rôle d'adopter un nouveau critère de rattachement lorsque la *lex causae* doit être écartée; l'intervention de la réserve ne participe pas d'un mauvais fonctionnement de la règle de conflit, mais d'une contrariété matérielle aux valeurs du for. La réserve d'ordre public doit déployer des effets à l'encontre de la règle matérielle et non de la règle de conflit. En outre, ce procédé n'offrirait aucune garantie de sécurité juridique et de prévisibilité, dès lors que l'interprète pourrait choisir à son gré une norme matérielle déterminée, par exemple celle du for et la désigner sous le couvert d'un critère de rattachement artificiel.

426. 5° *Réfutation de la méthode fondée sur la clause d'exception.* Faute de critère de rattachement subsidiaire, l'on pourrait enfin suggérer au juge de faire intervenir la clause d'exception (art. 15 LDIP). Lorsque la clause d'exception est intervenue au stade de la détermination de la loi applicable et que le droit auquel elle a conduit est par hypothèse contraire à l'ordre public, cette démarche se heurte à un obstacle logique: la clause d'exception ne peut intervenir une seconde fois.¹¹¹⁶ Lorsque la clause d'exception n'est pas intervenue au stade de la désignation du droit applicable, parce que l'une des conditions de l'art. 15 LDIP n'était pas remplie, elle n'a pas alors à intervenir, pour des motifs de pure opportunité¹¹¹⁷, au stade de l'application du droit étranger, pour désigner subsidiairement un droit à la suite de l'intervention de l'ordre public. La clause d'exception n'a pas pour rôle d'évincer la loi normalement applicable en raison de son contenu. L'on pourrait certes envisager de désigner dans un premier temps la loi du for, puis de faire intervenir la clause d'exception lorsque la cause n'entretient que des liens ténus avec la *lex fori*. Dans la plupart des cas, la démarche se révélerait inutile, la clause d'exception désignant la *lex causae*, préalablement évincée. Dans les autres cas, il nous paraît difficilement

¹¹¹⁵ On ne confondra pas cette méthode avec celle fondée sur les critères de rattachement subsidiaires de la règle de conflit conventionnelle ou légale (cf. *infra*, N° 431).

¹¹¹⁶ C'est une impossibilité logique: le droit désigné par la clause d'exception présente une relation beaucoup plus étroite avec la cause que le droit désigné par la règle de conflit; si le droit contraire à l'ordre public a été désigné en application de la clause d'exception, ce droit ne peut pas présenter des liens « très lâches » avec la cause, condition du déclenchement de la clause d'exception (art. 15 LDIP).

¹¹¹⁷ Cf. ATF 118 II 79 (82), *W.*; François KNOEPFLER, *Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé*, in *Hommages à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 113 ss (127): « la clause d'exception n'est pas un moyen qui doit permettre au juge et aux parties de se livrer à une "better law approach" ».

soutenable que le juge doit faire intervenir la clause d'exception après avoir choisi le droit du for comme solution au comblement de la lacune créée par l'intervention de la réserve. L'opération intellectuelle qu'implique cette méthode nous paraît trop compliquée et difficilement concevable¹¹¹⁸.

c) *Quelques propositions*

427. *Etendue de la substitution et loi du for: le principe de l'atteinte minimale à la lex causae.* En premier lieu, il nous semble nécessaire de souligner que la réserve ne doit évincer que la règle ou l'ensemble de règles dont les effets sont jugés inconciliables avec l'ordre public du for. Certes, dans la mesure où elle implique l'éviction d'une norme de la *lex causae*, l'intervention de la réserve déploie inévitablement un effet perturbateur qu'il faut toutefois veiller à limiter au strict nécessaire. Il faut éviter que l'intervention de la réserve prenne une extension telle qu'elle porte atteinte à l'équilibre de la règle de conflit et à la cohérence du droit qu'elle désigne. P. LAGARDE souligne la nécessité pour la réserve d'ordre public de contribuer à une « *combinaison cohérente* »¹¹¹⁹ des systèmes en présence. L'ordre public doit sauvegarder les éléments essentiels de chaque système et l'interprète doit procéder aux adaptations nécessaires pour les coordonner. Dès lors, l'application de la loi du for se substitue également aux dispositions qui, sans être contraires à l'ordre public du for, sont « *inséparables des dispositions qui le sont* »¹¹²⁰. Nous partageons l'avis de cet auteur, en précisant que, pour nous, la loi du for, dont l'avantage est d'être sûre, prévisible et bien connue du juge, ne s'appliquera que dans la mesure où aucune des méthodes décrites dans les lignes qui suivent ne conduit à des résultats satisfaisants.

428. *Première méthode: le remplacement de la norme prohibitive par la règle permissive du for et application résiduelle de la lex causae.* Lorsque la réserve fait seulement obstacle à l'application d'une norme d'interdiction, d'une cause de nullité, d'une norme d'extinction inacceptable, la loi désignée est remplacée sur ce point précis par une norme permissive. Peu importe qu'il s'agisse de la loi du for ou d'un autre droit, puisque l'ordre public exige simplement qu'il ne soit pas tenu compte de la norme d'interdiction. La norme prohibitive évincée est remplacée par le principe d'ordre public permissif; le juge applique de façon résiduelle la *lex causae* adaptée. Ainsi, l'empêchement successoral est écarté au nom de l'ordre public, de sorte que le titulaire discriminé par la *lex causae* succède comme s'il ne l'était pas, en vertu du principe d'ordre public prohibant

¹¹¹⁸ On ne confondra pas cette méthode avec celle fondée sur le principe de proximité, *infra*, N° 432.

¹¹¹⁹ LAGARDE, Recherches, p. 182.

¹¹²⁰ LAGARDE, Recherches, p. 217; voir également BALLARINO, DIP, p. 296.

la discrimination. Dans toute la mesure du possible, la *lex causae* s'appliquera de façon résiduelle, comme dans l'exemple de l'empêchement successoral: le juge liquidera la succession en attribuant à celui qui en était exclu la part qu'il aurait reçue en vertu du droit applicable, si les conditions de l'empêchement n'avaient pas été réalisées. En d'autres termes, la loi étrangère est modifiée: du fait de l'intervention de la réserve d'ordre public, elle déploiera un effet substantiellement différent de celui qu'elle aurait eu si elle avait été appliquée dans sa plénitude.

429. *Cette solution ne suffit pas toujours. Recherche d'un droit de substitution.* Il n'y a cependant pas lieu de s'en tenir de façon rigide à cette solution; lorsqu'une norme prohibitive de la *lex causae* se heurte à l'ordre public du for, il arrive parfois que l'application d'un droit de substitution donne de meilleurs résultats; tel est le cas lorsque l'application résiduelle de la *lex causae* conduit à un résultat qui ne correspond pas aux attentes légitimes des parties ou lorsque les liens avec le for sont relativement étroits, ce qui pourrait justifier l'application de la *lex fori*. Le juge décidera sur la base du large pouvoir d'appréciation dont il dispose des conséquences de l'intervention de la réserve (cf. Illustration 1). En second lieu, dans certains cas, l'ordre public ne se borne pas à écarter une norme prohibitive de la *lex causae*, pour la remplacer par une règle permissive; l'éviction d'une norme au nom d'un principe d'ordre public ne suffit pas toujours. En évinçant une règle, la réserve d'ordre public peut nuire à la cohérence du système désigné. Des situations complexes appellent fréquemment une réglementation relativement dense. Ainsi, lorsque la *lex causae* ne prévoit aucune prestation d'entretien pour des enfants en raison de leur qualité de descendants illégitimes ou de la couleur de leur peau, le juge ne peut se contenter d'évincer la règle étrangère au nom d'un principe d'ordre public du for; il lui faut chercher des règles de substitution qui fixeront concrètement l'étendue de l'entretien de ces enfants.

430. *Solution: l'adaptation de la norme évincée est parfois utile et praticable.* La modification (réduction ou augmentation) de la norme étrangère de manière à la rendre admissible au regard de l'ordre public est porteuse de moins d'insécurité juridique que la rédaction d'une norme internationale spéciale et trouble moins la cohérence de la *lex causae* que l'application de la loi du for; la nouvelle norme s'insère plus facilement dans la *lex causae*, puisqu'elle en est extraite. Cette méthode peut conduire à des résultats satisfaisants lorsque les critères purement quantitatifs d'une norme étrangère heurtent l'ordre public (étendue de l'entretien, de dommages-intérêts, d'une réserve successorale, montant des intérêts moratoires ou d'une clause pénale; cf. Illustration 2). Pour d'autres règles, en particulier lorsque la prétention en tant que telle heurte les conceptions du for,

une simple réduction n'est guère praticable¹¹²¹. Il faut relever enfin que plus la modification conduisant à une solution compatible avec l'ordre public est importante, plus grand sera le risque d'inadéquation de la règle adaptée avec le reliquat de *lex causae* et, partant, d'insécurité juridique.

431. *Critères de rattachement subsidiaires*. L'application de critères de rattachement subsidiaires est une solution envisageable dans certains cas. Si la loi prévoit un rattachement subsidiaire (p. ex. art. 48 al. 2, 54, 68 al. 2, 82 al. 2 LDIP), il peut être indiqué d'appliquer le droit désigné directement par la règle de conflit, à titre subsidiaire, pour suppléer à la lacune résultant de l'intervention de la réserve. Cette solution, retenue par la loi italienne, est en harmonie avec le principe de proximité¹¹²². Si les parties ont choisi la *lex causae* en vertu d'une règle de conflit subjective (p. ex. art. 52, 90 al. 2, 116 LDIP), il nous semble qu'elles devraient pouvoir convenir, par une clause expresse, du droit applicable à titre de substitution en cas d'intervention de l'ordre public du for¹¹²³. Faute de choix d'un droit subsidiaire par les parties, le juge pourrait appliquer le droit désigné par la règle de conflit objective (art. 54, 90 al. 1, 117 ss LDIP) (Illustration 3). L'extranéité de la relation juridique sera parfois mieux prise en compte en appliquant le droit désigné par un rattachement légal subsidiaire qu'en faisant appel à la *lex fori*, en particulier lorsque les parties n'entretiennent guère de liens avec la société du for. Si le rattachement subsidiaire désigne la loi du for, la vocation de la *lex fori* à intervenir à titre de loi de substitution s'en trouve évidemment renforcée (Illustration 1a). Cette méthode, qui présente l'avantage d'être parfaitement prévisible, souffre néanmoins de limites. En premier lieu, le juge ne devrait pas y avoir recours lorsque la loi désignée à titre subsidiaire s'insère encore moins facilement dans la *lex causae* que la loi du for. En deuxième lieu, la clause d'exception pourrait intervenir à l'encontre du droit désigné par la règle de conflit subsidiaire lorsqu'il ne présente que des liens très lâches avec la cause; dans la plupart des cas, l'application de la clause d'exception conduirait à l'application du droit désigné par le rattachement principal, précédemment évincé au nom de l'ordre public, qui sera généralement le droit le plus étroitement lié à la cause. Pour sortir de ce cercle vicieux, l'interprète devra alors appliquer la loi du for. Plus rarement, la clause d'exception pourrait désigner un autre droit, qui pourrait correspondre à celui qui est désigné par d'autres critères de rattachement subsidiaires. Si l'ordre public devait intervenir à nouveau, il faudrait alors appliquer la loi du for. En dernier

¹¹²¹ SPICKHOFF, p. 110, cite les empêchements à mariage.

¹¹²² Cf. LAGARDE, Public Policy, p. 56.

¹¹²³ Pour la validité de l'élection de droit en cascade en matière de contrat, mais sans citer la problématique de l'ordre public, voir AMSTUTZ/VOGT/WANG, IPR Kommentar SPR, N° 17 ad art. 116; Ivo SCHWANDER, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts, in Festschrift Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 473-484 (480).

lieu, la désignation d'un droit de substitution par le biais du rattachement subsidiaire ne sera pas possible lorsque les conditions légales de ce dernier ne sont pas réunies (p. ex. en matière de régime matrimonial, les époux n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune, voir l'art. 54 al. 3 LDIP).

432. *Le principe de proximité et le critère des liens avec le for offrent parfois des solutions satisfaisantes.* Sans qu'il s'agisse d'une solution valable dans tous les cas, l'application du droit présentant des liens étroits avec la cause (sans qu'ils soient les plus étroits !)¹¹²⁴ pourrait satisfaire les attentes des parties; cette désignation objective aurait en outre le mérite d'une certaine prévisibilité. Il est parfaitement possible que le droit du for présente avec la cause des liens bien moins étroits qu'un autre droit émanant d'un Etat avec lequel les parties ont des attaches particulières. Nous avons observé en effet que la cause devait présenter avec le for des liens suffisants pour que la réserve intervienne. Néanmoins, ces liens suffisants ne sont pas forcément très étroits: la *lex causae* est parfois écartée en dépit d'une *Binnenbeziehung* ténue, parce qu'il en allait du respect d'un principe absolument essentiel du for, participant du noyau dur de l'ordre public¹¹²⁵. Dans un tel cas, la substitution de la loi du for à la *lex causae* peut se révéler excessivement perturbatrice et il peut sembler préférable d'appliquer, en tant que droit de substitution, une règle issue d'une loi présentant, avec la cause et les parties, davantage de points de contact que la loi du for. Lorsque, dans un second temps, l'application de ce droit heurte également l'ordre public du for, il faudrait en revenir à l'une des méthodes décrites ci-dessus ou, en dernier recours, à la loi du for. La solution que nous préconisons pourrait se réclamer du principe de proximité. Il ne s'agirait pas de créer une pure règle de rattachement subsidiaire désignant le droit avec lequel la cause est la plus étroitement liée après le droit évincé, mais d'offrir au juge une nouvelle alternative au comblement de la lacune résultant de l'intervention de la réserve. La loi ne prescrivant pas strictement l'application de la loi du for en cas d'éviction de la *lex causae*, il nous paraît raisonnable de s'inspirer de ce principe directeur du droit international privé dont la LDIP est imprégnée¹¹²⁶. Nous devons bien admettre cependant qu'à l'instar des autres, cette méthode n'est pas toujours adéquate; elle ne garantit pas que la règle applicable déploiera dans tous les cas des effets moins perturbateurs sur la *lex causae* que ne le ferait la norme pertinente de la loi du for.

¹¹²⁴ Cf. *supra*, N° 426, pour la réfutation de la méthode fondée sur la clause d'exception.

¹¹²⁵ Cf. notamment *supra*, N° 382-384.

¹¹²⁶ Ce principe est exprimé en toutes lettres dans plusieurs de ses dispositions: art. 3, 15 al. 1, 19 al. 1 *i.f.*, 23 al. 2, 48 al. 2, 117 al. 1, 187 al. 1 *i.f.* LDIP. Sur ce principe, voir notamment LAGARDE, *Le principe de proximité, passim*.

433. *La vocation de la lex fori à combler la lacune de la réglementation est fonction de l'intensité des liens avec le for. Autres procédés, à défaut.* Nous observons donc que la loi du for ne s'impose pas toujours comme droit de substitution. Son application se justifie lorsque la cause présente des liens étroits avec le for, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque la réserve intervient. Seules les lois d'application nécessaire s'imposent quelle que soit la solution retenue par le législateur étranger. Lorsque la cause présente avec le for des liens qui justifient l'intervention de ses principes fondamentaux, l'existence de ces liens particuliers donne un fondement à l'intervention de la *lex fori*¹¹²⁷. La loi du for s'appliquera à titre de solution subsidiaire lorsque, sans que les normes de la loi du for s'imposent en raison de leur impérativité sur le plan international, les liens que la cause entretient avec le for justifient et légitiment cette application; plus ces liens seront étroits, plus forte sera la vocation de la *lex fori* à combler la lacune de la réglementation (Illustrations 4 et 5). Au contraire, si la cause n'entretient avec le for que des liens relativement lâches et que la réserve intervienne néanmoins en raison de la gravité de l'atteinte à l'ordre public, il nous semble judicieux de recourir à l'un des autres procédés décrits précédemment; le juge pourra, notamment, appliquer le droit avec lequel les parties entretiennent des relations étroites.

434. *Résumé de la démarche proposée.* En résumé, nous ne pensons pas qu'une méthode précise soit indiquée pour combler la lacune résultant de l'intervention de la réserve à l'encontre d'un droit étranger. Le juge dispose d'un éventail de méthodes; il pourra donner la préférence à l'une d'elles en fonction de l'équilibre, de la relative harmonie qu'elle permet de réaliser en insérant une norme hétérogène dans la *lex causae* et en essayant d'assurer le respect des attentes légitimes des parties. Tel un chirurgien procédant, après ablation, à une reconstruction à l'aide de tissus prélevés sur le corps de son patient, le juge pourra appliquer la *lex causae* en l'adaptant en raison de l'éviction de l'une de ses normes prohibitives. Dans d'autres cas, il lui faudra installer une prothèse palliant le handicap fonctionnel résultant de l'ablation d'une part de la réglementation, en veillant à sa bonne insertion. Le juge aura en premier lieu la faculté d'appliquer le droit désigné par un rattachement légal subsidiaire, sous réserve de l'intervention de la clause d'exception. Le juge devra en second lieu examiner les liens que la cause entretient avec le for; s'ils soulignent une forte intégration de la cause dans la société du for, le juge devra songer à faire application de la *lex fori*; si ces liens sont bien plus lâches, le juge pourra

¹¹²⁷ BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 369 *in fine*; cf. CA Paris, 5 décembre 1991, D. 1992, p. 290 appliquant la loi française et ajoutant la justification des liens étroits; OLG Hamm, 18 août 1994, IPRax 1995, p. 175: « *Gerade in Fällen mit hohem Inlandsbezug (...) gebietet Art. 6 EGBGB die Suche nach einer nicht auf die Gesetzesregelung des Heimatsstaat beschränkten Lösung* ».

appliquer un droit avec lequel les parties entretiennent des relations plus étroites que celles qui les relient au for. Lorsque le droit ainsi désigné conduit à des résultats incompatibles avec l'ordre public du for, il appliquera la *lex fori*.

2. Reconnaissance et exécution d'actes étrangers (effet indirect)

435. *Effet d'éviction*. Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution, la réserve d'ordre public matériel et procédural ne déploie qu'un effet d'éviction¹¹²⁸. Le jugement, la décision ou l'acte étrangers sont inopposables, ils ne peuvent être reconnus ou exécutés. Le jugement prononcé à l'étranger ne sera pas revêtu de la force de chose jugée dans l'Etat de la reconnaissance¹¹²⁹, de sorte qu'une nouvelle procédure pourrait opposer les mêmes parties et porter sur le même objet; le juge du for éventuellement saisi ne sera pas lié par les constatations de fait du jugement étranger.

436. *Interdiction de la révision au fond*. L'autorité de la reconnaissance ne peut qu'accepter ou rejeter la décision étrangère dont la reconnaissance ou l'*exequatur* est demandé. La révision au fond étant prohibée (27 al. 3 LDIP), l'autorité de la reconnaissance ne peut examiner les faits retenus par le juge étranger et la portée que celui-ci leur a donnée; elle ne peut refuser de reconnaître la décision au motif que la *lex causae* aurait été mal appliquée¹¹³⁰.

437. *Exequatur partiel*. Il est intéressant d'examiner la question de savoir si un *exequatur* partiel peut être prononcé sans heurter la prohibition de la révision au fond. Il est possible que l'une des branches d'un dispositif exprimé en plusieurs points conduise à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for et

¹¹²⁸ HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, N° 600 au sujet du refus de reconnaissance d'un jugement portant sur le retrait de garde, ayant néanmoins un effet positif (maintien de la garde pour le parent).

¹¹²⁹ STOJAN, p. 188.

¹¹³⁰ Sur le pouvoir d'examen par le juge français de l'*exequatur* de la « compétence » de la loi appliquée par le juge d'origine, voir p. ex. MAYER, N° 385 ss, LOUSSOUARN/BOUREL, N° 505. En Suisse, les parlementaires ont heureusement écarté une proposition HEFTI qui aurait introduit une forme de révision au fond (BOCN 1985, p. 137/138); cette proposition prévoyait un motif de refus supplémentaire (lit. d) lorsque « la décision reproduit d'une manière manifestement fausse ou incomplète les faits essentiels ou viole de façon évidente le droit de fond ». Les conventions auxquelles la Suisse est partie prévoient parfois la révision au fond: voir p. ex. le « fossile » (sic VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 57 ad art. 27) introduit à l'art. 27 ch. 4 CL; cf. ég. l'art. 4 al. 2 de la Convention germano-suisse (1929) et l'art. 4 ch. 3 de la Convention avec la Suède. BERTI/SCHNYDER (IPR Kommentar SPR, N° 24 et 36 ad art. 27) proposent d'appliquer à ces textes la règle autonome de l'art. 27 al. 3 LDIP en vertu du *Günstigkeitsprinzip*.

non les autres¹¹³¹. Il est admis que l'*exequatur* puisse être prononcé pour la partie du dispositif qui ne pose pas de problème au regard de l'ordre public¹¹³². Ainsi, imaginons un jugement prononçant le divorce des époux, liquidant leur régime matrimonial, statuant sur le nom de l'épouse de manière admissible pour le for, mais attribuant les enfants au père parce que la *lex causae* appliquée par le juge d'origine le prévoit de façon automatique, sans tenir compte des circonstances et de l'intérêt des enfants. Si le juge est convaincu que l'attribution des enfants à leur père est inconciliable avec l'ordre public du for, il rejettera la demande d'*exequatur* s'agissant de la garde des enfants et la prononcera pour le reste du dispositif¹¹³³. Nous avons observé que l'exécution d'une condamnation aux frais de justice prononcée en application de la Convention de La Haye relative à la procédure civile (1954) a lieu sans examen de sa conformité à l'ordre public¹¹³⁴. Il est dès lors possible que le dispositif principal se voie refuser l'*exequatur* alors que la condamnation aux frais de justice serait reconnue. Les Conventions de Lugano et de Bruxelles prévoient expressément l'*exequatur* partiel à leur art. 42: il peut intervenir d'office (al. 1) ou sur requête (al. 2).

438. *Exequatur réductif. Divers avis doctrinaux.* Est-il possible d'assimiler à un *exequatur* partiel l'*exequatur* d'un jugement condamnatore à une somme d'argent, pour un montant inférieur à celui du dispositif, correspondant à la partie de la condamnation compatible avec l'ordre public? La question est très différente, puisqu'il s'agirait dans ce cas de modifier le dispositif du jugement étranger. Il s'agit d'*exequatur* réductif, par opposition à l'*exequatur* sélectif¹¹³⁵ dont il était question ci-dessus. La doctrine est divisée sur cette question: plusieurs auteurs considèrent que ce procédé est incompatible avec la prohibition de la révision au fond¹¹³⁶. Selon d'autres auteurs, le juge pourrait procéder de la sorte dans certains cas sans violer cet interdit. L'on peut soutenir que le contrôle sous l'angle de l'ordre public implique toujours une comparaison avec ce qui aurait été admissible au regard des principes du droit du for et que, dès lors, un refus de reconnaissance résulte toujours d'une forme d'examen au fond du

¹¹³¹ La reconnaissance partielle peut concerner d'autres conditions que nous n'évoquerons pas ici: ainsi, p. ex., un jugement rendu contre plusieurs défendeurs alors que le tribunal d'origine n'était compétent qu'à l'égard de certains des défendeurs ne sera reconnu qu'à l'égard de ceux-ci.

¹¹³² Sur la reconnaissance partielle, voir STOJAN, p. 180.

¹¹³³ Cf. Cass. fr., 30 janvier 1979, *Bayar*, RCDIP 1979, p. 629; voir également CA Paris, 1^{er} juillet 1970, RCDIP 1970, p. 718: *exequatur* d'une adoption sauf s'agissant du nom; MAYER, N° 425.

¹¹³⁴ ATF 94 I 358, *Louis Ditzler AG* (*supra*, N° 72).

¹¹³⁵ Nous retenons la terminologie proposée par FOYER, RCDIP 1970, p. 725, note sous CA Paris, 1^{er} juillet 1970, et reprise par la doctrine.

¹¹³⁶ STOJAN, p. 181-182 et p. 75, note 92; HABSCHEID, p. 580, note 13.

jugement¹¹³⁷. La doctrine favorable à l'*exequatur* partiel prend souvent l'exemple des jugements prononçant des *punitive damages*¹¹³⁸. Si la réserve d'ordre public doit intervenir¹¹³⁹, Ch. LENZ suggère que le juge prononce l'*exequatur* partiel de ces jugements, en modulant l'intervention de l'ordre public en fonction des liens que la cause entretient avec le for (*Binnenbeziehung*). Ainsi, si le lésé a subi un dommage de USD 100'000.- alors qu'il se voit attribuer des *punitive damages* de USD 200'000.-, le juge ne réduirait pas forcément la condamnation à ce montant inférieur. En application de la théorie de l'effet atténué, le juge pourrait réduire à son gré la condamnation, par exemple à USD 110'000.- ou même à USD 120'000.-, si les liens avec la Suisse ne sont pas étroits. Plutôt que de refuser l'*exequatur* du jugement en raison de l'enrichissement qu'il procurerait au lésé, S. V. BERTI/A. K. SCHNYDER proposent que, face à cette situation, le juge prononce l'*exequatur* à concurrence des montants qui ont été prononcés à titre de dommages intérêts et de tort moral ou d'autres postes admissibles du dommage (frais de justice p. ex.).

439. *Notre conception.* Il convient en premier lieu de relever que la doctrine dominante estime que l'art. 29 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, prohibant la révision au fond, exclut l'*exequatur* partiel réductif, à moins que la partie qui demande l'*exequatur* ait elle-même limité sa requête en application de l'art. 42 al. 2 de ces conventions, faculté que n'offre pas la LDIP. En d'autres termes, l'autorité de la reconnaissance n'a pas le pouvoir de prononcer d'office un *exequatur* réductif¹¹⁴⁰. On peut hésiter à offrir, comme le suggère une partie de la doctrine, une possibilité pour l'autorité de la reconnaissance de la LDIP de modifier le dispositif du jugement, ce qui créerait une singularité du droit autonome de l'*exequatur* au sein d'un espace judiciaire européen en formation. Cet argument n'est toutefois pas décisif. En revanche, on peut craindre qu'en laissant l'autorité de la reconnaissance directement modifier le jugement étranger dont l'*exequatur* est demandé, celle-ci en vienne à prononcer un second jugement à l'issue d'une procédure qui n'est absolument pas adaptée à cela. Dès lors que

¹¹³⁷ Sic LENZ, p. 173.

¹¹³⁸ Voir notamment LENZ, p. 174-176, énumérant les critères que le juge doit appliquer pour réduire le montant de la condamnation; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 32 ad art. 137; BERTI/SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 27 ad art. 27; DÖRIG, p. 356 ss, 360-363 et note 2056 (*punitive damages*), p. 366-367 (*antitrust treble damages*), p. 374 (*contingency fees* des avocats américains); DUTOIT, Commentaire, N° 11 ad art. 27 (interrogatif); BUCHER, DIP I/1, N° 691.

¹¹³⁹ Ce qui ne sera pas toujours le cas, cf. *Zivilgericht BS*, 1^{er} février 1989, *S.F. Inc.*, BJM 1991, p. 31.

¹¹⁴⁰ GAUDEMET-TALLON, Les Conventions, N° 415; DUTOIT, FJS N° 158, ch. 216 (implicitement); KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, N° 2 ad art. 42; GOTHOT/HOLLEAUX, N° 359; GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, N° 5 ad art. 42; *contra*: DONZALLAZ, t. II, N° 3492.

l'*exequatur* sélectif est largement admis en dépit du silence de la LDIP sur ce point, il nous semble artificiel d'accepter de prononcer l'*exequatur* pour l'un des points du dispositif (*exequatur* sélectif), parce que celui-ci prévoit plusieurs chefs, permettant par exemple de distinguer entre les montants alloués à titre de réparation du dommage et ceux qui tendent à punir le responsable¹¹⁴¹, alors que l'on refuserait dans le même temps, au nom de la prohibition au fond, de prononcer l'*exequatur* d'un dispositif formulé en un seul point, quand bien même les considérants du jugement concerné permettent de distinguer les montants qui posent problème au regard de l'ordre public. Dans l'exemple des *punitive damages*, il est possible que les considérants permettent de distinguer d'une part les montants alloués au titre de réparation et ceux destinés à punir l'auteur du dommage. Il n'y a pas davantage de révision au fond dans ce second cas que dans le premier. Un *exequatur* réductif devrait dès lors être possible dans cette hypothèse. Lorsque l'ordre public suisse doit intervenir, compte tenu de l'intensité des liens que la cause présente avec la Suisse, l'*exequatur* réductif n'est possible que dans la mesure où l'autorité de la reconnaissance est à même de distinguer, sur la base du jugement étranger et sans administrer de preuve (cela conduirait à réviser le jugement), la partie de la condamnation à laquelle l'ordre public suisse fait obstacle. Ainsi, pour prendre un exemple en droit de la famille, si le jugement étranger condamne un ex-époux à payer Fr. 200'000.- à titre de liquidation du régime matrimonial, mais que les considérants permettent d'établir que le tribunal d'origine a doublé le montant de la liquidation en raison de l'appartenance ethnique du défendeur, l'autorité de la reconnaissance pourrait réduire la condamnation à Fr. 100'000.- s'il estime que l'ordre public doit intervenir¹¹⁴². En revanche, il devrait refuser l'*exequatur* lorsque les considérants du jugement démontrent que la condamnation a été augmentée de façon discriminatoire, mais ne permettent pas d'établir dans quelle mesure.

440. *De lege ferenda*. *De lege ferenda*, il nous paraîtrait souhaitable d'introduire dans la loi une faculté d'*exequatur* partiel sur requête, au sens de l'art. 42 al. 2 CL¹¹⁴³. La partie qui est au bénéfice d'un jugement condamnatore dont elle subodore l'incompatibilité avec l'ordre public suisse pourrait en demander l'*exequatur* partiel, à concurrence du montant admissible au regard de l'ordre

¹¹⁴¹ P. ex. « condamne X. 1° à USD 200'000 à titre de dommages-intérêts; 2° à USD 300'000.- à titre de *punitive damages* ».

¹¹⁴² L'autorité de la reconnaissance pourrait se contenter de liens ténus avec le for, l'atteinte à l'ordre public étant importante (noyau dur).

¹¹⁴³ A noter que les participants aux travaux, au sein de la Conférence de La Haye, sur l'élaboration d'un instrument universel sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale s'achoppent également au problème des jugements condamnant à des « *punitive damages* »; voir les solutions esquissées par BUCHER, La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, RSDIE 1997, p. 67 ss (70).

public. Il nous semble judicieux d'harmoniser les règles autonomes suisses et les règles conventionnelles en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions à l'étranger¹¹⁴⁴.

3. Illustrations

441. *Illustration 1 (application résiduelle de la lex causae)*. Guldur, ressortissant syldave domicilié en Suisse décède en Suisse. Dans son testament, il a soumis sa succession à la loi syldave, exhéredé son fils Tülgur, en raison de la conversion de celui-ci au catholicisme, et institué unique héritière Greta, sa voisine de palier, Suissesse domiciliée en Suisse, en raison des soins que celle-ci lui a prodigués durant les dernières années de sa vie. Le droit syldave, désigné par la règle de conflit (art. 90 al. 2 LDIP) valide l'exhéredation de Tülgur. Si celui-ci n'avait pas été exhéredé, il aurait reçu la totalité de la succession. Le juge dont la compétence se fonde sur l'art. 86 al. 1 LDIP fait intervenir la réserve pour écarter l'exhéredation religieuse. Il constate que l'application résiduelle de la *lex causae* aurait pour conséquence d'attribuer la totalité de la succession à Tülgur. Etant d'avis que cette solution ne respecte ni la volonté du défunt, ni la *lex causae*, et constatant que la cause présente des liens relativement étroits avec la Suisse, le juge décide d'appliquer le droit suisse des successions, dont la vocation à s'appliquer est renforcée par le fait qu'il est désigné par le rattachement objectif (art. 90 al. 1 LDIP); Tülgur hérite de sa part réservataire, Greta de la quotité disponible (1/4).

442. *Illustration 2a) (adaptation; règle matérielle)*. Türgul, ressortissant syldave, décède à Pully le 1^{er} février 1998. Par testament rédigé en Syldavie, il a soumis sa succession à la loi syldave et attribué sa collection d'incunables à Laurent, Français domicilié en France, en précisant que ses héritiers devront des intérêts au taux de 0,5% par jour si le legs n'est pas délivré dans le mois qui suit son décès. Ayant réclamé en vain son legs auprès des héritiers, Laurent ouvre action en délivrance de legs devant le juge suisse contre les héritiers de Türgul, à savoir Alphonse, domicilié en Suisse, Bernadette, domiciliée en France, et Steve, en Italie. Le juge suisse condamne les héritiers à remettre le legs; il constate que le Code civil syldave prévoit que les intérêts peuvent s'élever dans un tel cas à 70% par année au maximum. L'action ayant été ouverte le 4 avril 1998, le taux d'intérêt serait de 31,5%. Il estime que ce taux déploie des effets incompatibles avec l'ordre public suisse. Il procède à une réduction de la *lex causae*; il réduit le taux à 20%, montant maximal admissible au regard de l'ordre public suisse.

443. *Illustration 2 b)*. K. Hastor et Paul Luxe, entrepreneurs syldaves, concluent avec H. Poirot, domicilié en Hongrie, et D. Bordon, domicilié en Suisse, un contrat d'entreprise portant sur la rénovation d'un immeuble industriel située en Syldavie. Le contrat soumet les litiges découlant de l'exécution du contrat aux tribunaux suisses et à l'application du droit syldave. Le tribunal suisse saisi d'une action en garantie des défauts de Poirot et Bordon ne peut décliner sa compétence, une partie étant domiciliée en Suisse (art. 5 al. 3 LDIP). Les entrepreneurs entendent se prévaloir de la règle syldave aux termes de laquelle le maître de l'ouvrage immobilier doit ouvrir action en garantie des défauts dans un délai d'une semaine dès l'achèvement des travaux. En l'espèce, le maître, tout en ayant fait un avis des défauts immédiat, a ouvert action plus de quatre mois après avoir reçu l'ouvrage. Le juge est d'avis que l'application de la *lex causae*, qui conduirait au rejet de la demande, heurte l'ordre public

¹¹⁴⁴ A défaut, le traitement réservé aux jugements prononçant des « *punitive damages* » anglais et américains seraient différents, la Grande-Bretagne ayant ratifié la Convention de Lugano.

suisse, quand bien même les liens avec la Suisse ne sont guère étroits. Le rattachement subsidiaire désigne la loi syldave du domicile des entrepreneurs (art. 117 al. 3 lit. c LDIP). Le juge estime peu judicieux d'appliquer la loi du for, compte tenu de l'absence de liens sérieux avec la Suisse, et adapte la norme étrangère; le juge estime que le délai de péremption minimal acceptable au regard de l'ordre public suisse, compte tenu des liens relativement peu étroits de la cause avec la Suisse est de six semaines. L'exception de péremption est admise, l'action est rejetée.

444. *Illustration 3 (rattachement subsidiaire)*. Mêmes faits que dans l'illustration 2 b, mais les entrepreneurs sont des sociétés établies en Bordurie. Le juge évince la règle syldave (droit choisi par les parties) concernant le délai de péremption; il applique à titre de droit de substitution le droit du Royaume de Bordurie, désigné par le rattachement objectif (art. 117 al. 3 lit. c); ce droit prévoit un délai de 6 mois; l'objection de péremption est rejetée.

445. *Illustration 4 (proximité)*. Mêmes faits que dans l'illustration 2b, mais la maison doit être construite en Bordurie, pays dans lequel le contrat a été négocié et signé et où le paiement doit intervenir. Le juge applique à titre de droit de substitution le droit bordure avec lequel les parties entretiennent des liens qu'il juge plus étroits qu'avec la Suisse.

446. *Illustration 5a) (proximité)*. D. Radük, ressortissant syldave, décède en Syldavie; dans son testament, il déclare s'en remettre à la loi syldave pour le calcul des parts de ses héritiers et précise, par une règle de partage, que son épouse pourra choisir les biens formant sa part. Il laisse Hildegard, sa veuve d'origine allemande et de religion protestante, et deux enfants d'un premier lit, tous deux catholiques. Pour les successions *ab intestat*, le droit syldave prévoit que l'épouse a droit à 1/10^e de la succession; les enfants d'un premier lit héritent cependant du tout si l'épouse n'appartient pas à l'Eglise Royale de Syldavie. Le juge suisse est saisi d'une demande portant sur les biens situés en Suisse dont les autorités syldaves ne s'occupent pas (art. 88 LDIP). Il écarte l'empêchement frappant la veuve, parce qu'il porte atteinte au noyau dur de l'ordre public, pour le reste, constatant que la cause est étroitement liée à la Syldavie, il décide de ne pas substituer la loi du for à la *lex causae* pour le calcul des parts; l'épouse reçoit 1/10^e de la succession en application de la loi syldave.

447. *Illustration 5 b) (proximité)*. Mêmes faits, mais D. Radük meurt en Suisse où est domiciliée l'épouse depuis 10 ans; les enfants sont domiciliés aux Etats-Unis. Après avoir écarté l'empêchement, le juge décide d'appliquer la loi suisse au calcul de la part successorale des héritiers, à titre de substitution de la loi syldave, au vu des liens de la cause avec la Suisse; l'épouse reçoit la moitié de la succession, les enfants l'autre moitié.

448. *Illustration 5 c) (proximité)*. Türgul ressortissant syldave décède en Bordurie le 1^{er} février 1998. Dans son testament, il a soumis sa succession à la loi syldave, institué héritiers Tagal et Bordiouf, ses neveux, de nationalité bordure et domiciliés en Bordurie; enfin, il a légué à Renatta, de nationalité bordure et domiciliée en France, sa collection de parchemins, se trouvant en dépôt chez un antiquaire à Bâle. Le testament précise que des intérêts au taux de 0,5% par jour sont dus si le legs n'est pas délivré dans le mois qui suit son décès. Ayant réclamé en vain son legs auprès des héritiers, Renatta ouvre action en délivrance de legs devant le juge suisse contre les héritiers de Türgul. Le droit international privé bordure (auquel renvoie l'art. 91 al. 1 LDIP) désigne la loi syldave de la nationalité du défunt. Le juge suisse évince la règle syldave sur les intérêts et applique le droit bordure avec lequel les intéressés étaient étroitement liés.

Celui-ci fixe les intérêts à 24% par année, taux que le juge estime encore compatible avec l'ordre public, au vu de la *Binnenbeziehung* peu étroite avec la Suisse.

Chapitre IX: Résumé de la partie générale

449. *Définition (N° 8-15).* La réserve d'ordre public peut se définir comme une clause générale du droit international privé, constituant un correctif exceptionnel qui permet au juge ou à l'autorité d'évincer une loi étrangère applicable en vertu des règles de conflit de lois ou de refuser de donner effet dans le système considéré à une décision étrangère ou à une situation régulièrement créée à l'étranger, parce que cela engendrerait des résultats extrêmement choquants dans l'Etat dans lequel siège le juge ou l'autorité. La réserve d'ordre public constitue le moyen technique permettant de faire intervenir un ensemble de valeurs, soit les principes d'ordre public du for ou de l'Etat de la reconnaissance, dans le mécanisme de la règle de conflit (de lois ou de juridictions).

450. *Historique (N° 16-43).* Les moyens techniques permettant d'assurer la défense des valeurs essentielles d'une société, et leur mise en œuvre face à une situation d'extranéité, sont relatifs, dans le temps et dans l'espace, à l'instar de ces valeurs elles-mêmes. Nous pouvons distinguer quatre courants se fondant sur une conception différente de l'ordre public: le premier fait intervenir l'ordre public au stade de la détermination de la *lex causae*; le deuxième conçoit l'ordre public comme un facteur de rattachement; le troisième considère l'ordre public comme une exception au rattachement. Le quatrième courant est dualiste et distingue d'une part les règles impératives du for, qui s'appliquent quelle que soit la règle de conflit et, d'autre part, la réserve d'ordre public qui évince l'application de règles étrangères désignées par la règle de conflit.

451. *Droit comparé (N° 44-61).* La réserve d'ordre public, à l'instar des valeurs qu'elle tend à défendre, est relative dans l'espace. Tout en faisant un large appel aux apports du droit international privé comparé, la doctrine n'étudie pas partout les mêmes aspects techniques de l'ordre public; il arrive qu'en tenant compte d'objectifs identiques (diminution des situations boiteuses, sécurité juridique, justice matérielle, etc.), les auteurs d'un pays déterminé envisagent sous tel angle une question que les juristes appartenant à un autre système résolvent dans une perspective différente.

452. *Sources de la réserve d'ordre public en droit suisse (N° 62-72).* La réserve d'ordre public des conflits de lois tire sa source de diverses conventions internationales signées par la Suisse, ainsi que de la LDIP qui contient une disposition générale (art. 17 LDIP). Dans le domaine de l'effet indirect, la réserve négative figure dans les conventions unilatérales ou multilatérales sur la reconnaissance et l'exécution des décisions; la LDIP comprend également une

disposition expresse (art. 27 LDIP). En outre, tant la loi que les conventions contiennent quelques dispositions spéciales qui concrétisent des exigences liées à l'ordre public. La réserve d'ordre public est un principe général du droit international privé contenu implicitement dans les conventions, sauf s'il est établi, à la lecture des travaux préparatoires notamment, que les Etats contractants avaient la ferme volonté de limiter, voire de supprimer la possibilité d'invoquer l'ordre public.

453. *Quelques distinctions conceptuelles (N° 73-198). 1° Réserve d'ordre public et clause d'exception (N° 74-84).* La réserve doit être distinguée de la clause d'exception, qui tend à sauvegarder, au stade de la désignation, le principe de proximité et non les valeurs éthiques de la société du for. Ces deux dispositions générales se distinguent par leur fonction, par le stade de leur intervention, par leurs effets et par le type de règles visées. La clause d'exception, encore plus que la réserve, implique un risque important de dérive, en raison du caractère juridiquement indéterminé des concepts auxquels il est fait référence et de l'importante marge d'appréciation laissée à l'interprète.

454. *2° Fraude à la loi et au jugement (N° 85-103).* La prohibition de la fraude à la loi ou au jugement étrangers sanctionne le comportement de parties qui manipulent la règle de conflit du for; ces instruments tendent à protéger la règle de conflit (de lois ou de juridictions) et le principe de proximité. Les différences entre la fraude et la réserve sont nombreuses: fonction, élément protégé, stade d'intervention, élément subjectif et effets. Nous pensons enfin que la théorie française de la fraude à l'effet atténué ne devrait pas être reçue en Suisse.

455. *3° Droit public (N° 104-112).* Une règle étrangère n'est pas contraire à l'ordre public du for du simple fait qu'elle revêt la qualité de règle de droit public; la réserve peut néanmoins intervenir lorsque l'application d'une telle règle conduit à un résultat qui heurte les valeurs essentielles de l'ordre juridique du for. De la même manière, l'on ne saurait refuser de reconnaître un jugement étranger au motif que le juge d'origine a fait application, outre des règles tirées du droit civil, de règles appartenant au droit public du système désigné; la reconnaissance ne sera refusée que si le jugement étranger déploie de façon concrète un résultat contraire aux valeurs fondamentales du for. La réserve d'ordre public constitue le seul rempart contre l'application du droit public, sans qu'il soit nécessaire de faire usage des critères de l'art. 19 LDIP.

456. *4° Ordre public négatif, ordre public positif et lois d'application nécessaire (N° 113-135).* La loi d'application nécessaire est une règle matérielle du for, de nature impérative et assortie d'une règle de conflit unilatérale spéciale, expresse ou implicite, la déclarant applicable dans toute situation

internationale et dérogeant à la règle de conflit générale. Le plus souvent, le contenu de ces règles concrétise, sous la forme de règles de droit, des valeurs essentielles du for. Certaines règles en revanche ne revêtent la qualité de loi d'application nécessaire qu'en raison de la volonté du législateur d'en étendre impérativement le champ d'application dans les situations internationales, sans qu'elles poursuivent un but lié à la défense des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for. En d'autres termes, les lois d'application nécessaire ne relèvent pas toutes de l'ordre public positif. La terminologie d'ordre public positif est ambiguë. Les art. 17 et 18 LDIP constituent deux procédés distincts et complémentaires qui interviennent à des stades différents du raisonnement conflictuel.

457. 5° *Droit impératif* (N° 136-143). Toutes les règles impératives internes ne constituent pas des lois d'application nécessaire; la désignation d'une loi étrangère au moyen d'une règle de conflit bilatérale et abstraite dans une situation internationale suppose l'application de règles étrangères contraires au droit impératif du for. La loi étrangère n'est pas contraire à l'ordre public négatif du for par le simple fait qu'elle ne correspond pas à la règle impérative du droit interne. De même, un jugement étranger ne heurte pas l'ordre public du seul fait que le juge étranger a appliqué une autre règle que celle qui aurait été désignée par la règle de conflit du for si le juge du for avait été saisi, ou que le juge d'origine n'a pas appliqué une règle qui revêt la qualité de loi d'application nécessaire dans l'Etat de la reconnaissance.

458. 6° *Ordre public matériel et formel* (N° 144-173). A côté de l'ordre public matériel qui concerne le contenu de la décision étrangère, il existe un ordre public formel ou procédural (art. 27 al. 2 LDIP) qui s'attache au respect des principes fondamentaux concernant la procédure suivie à l'étranger. Les exigences que le Tribunal fédéral tire de l'art. 4 Cst. féd. (1874) / art. 8 Cst. féd. (1999) ne peuvent être transposées purement et simplement à la reconnaissance sans tenir compte de la dimension internationale de la procédure. L'intervention sur requête de l'ordre public formel consacre l'émergence d'une forme d'autonomie de la volonté qui souligne la spécificité de ce motif de refus. Le législateur n'a pas prévu, comme il l'a fait pour la transcription des actes de l'état civil, de possibilité pour l'autorité de la reconnaissance d'inviter d'office la partie qui semble lésée à déclarer si elle entend se prévaloir d'une violation de l'ordre public formel; l'autorité ne peut retenir d'office ce motif de refus, même si l'intimé fait défaut à l'instance en reconnaissance. La théorie des liens avec le for et celle de l'effet atténué trouvent également application en ce domaine.

459. 7° *Ordre public suisse et ordre public étranger (N° 174-198)*. Il convient d'examiner sous différents angles le rôle joué par l'ordre public étranger. En premier lieu, la conception de l'ordre public des tribunaux des différents Etats étrangers pouvant s'estimer compétents pour trancher le litige peut influencer le choix du for par les parties. En deuxième lieu, les règles d'application nécessaire, en particulier celles relevant de l'ordre public positif étranger, appartiennent à la *lex causae* et doivent être appliquées d'office par le juge suisse, puisqu'elles font partie intégrante, en vertu de l'art. 13 LDIP, du droit étranger désigné par la règle de conflit. Il n'y a pas lieu de juger de l'applicabilité de ces règles au regard des critères de l'art. 19 LDIP, qui ne vise pas cette situation. En troisième lieu, l'ordre public négatif étranger doit être pris en considération par le juge chaque fois qu'il doit appliquer le droit international privé étranger (renvoi), à moins que cet ordre public ne viole lui-même l'ordre public du for. Quant à l'art. 19 LDIP, il se distingue clairement de l'art. 17 LDIP: à l'art. 19 LDIP, l'autorité veille d'emblée à la sauvegarde des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for, au moment où elle décide de prendre ou de ne pas prendre en considération la règle impérative d'un Etat tiers non désignée par la règle de conflit.

460. *Réserve d'ordre public et règle de conflit (N° 199-213)*. Les rapports qu'entretiennent réserve d'ordre public et règle de conflit sont complexes. Le législateur peut tenir compte de l'importance de certaines règles matérielles du for en créant une loi d'application nécessaire, accompagnée d'une règle de conflit unilatérale spéciale, ou en adoptant une règle de conflit unilatérale générale désignant la loi du for ou encore en choisissant des règles de conflit bilatérales permettant de sauvegarder les valeurs essentielles du for en certaines circonstances. Le jeu systématique de la réserve peut inciter le législateur à transformer l'exception en une règle unilatérale prescrivant l'application de certaines dispositions du for en matière internationale ou en une clause spéciale d'ordre public. La réserve d'ordre public ne constitue toutefois pas une catégorie de rattachement indépendante, de second ordre, dans laquelle l'interprète pourrait venir puiser lorsqu'il juge la règle de conflit inadaptée. Enfin, plusieurs méthodes permettraient de se passer de réserve d'ordre public (application systématique de la loi du for, unification du droit matériel, règles internationales matérielles de source nationale, intervention de l'ordre public au stade de la désignation). Le choix d'une pluralité de méthodes comprenant des règles matérielles, des règles de conflit à caractère substantiel, des lois d'application nécessaire conduit à une moindre sollicitation de la réserve d'ordre public. Les préoccupations de droit matériel se manifestent d'une part dans le choix, par le législateur, de la règle de conflit, lorsqu'elle permet d'orienter la cause vers un droit déterminé, d'autre part dans le jeu des art. 17 à 19 LDIP. Le système de conflit de lois du droit positif permet de tenir

suffisamment compte du but social des lois et de l'intérêt des Etats à l'application de leur législation, sans qu'il faille faire de ces notions les principes cardinaux du système des conflits de lois.

461. *Démarche. 1° Appréciation concrète (N° 214-226).* Une loi étrangère ou un jugement étranger ne sont pas en soi contraires à l'ordre public; la réserve doit intervenir en fonction du résultat, apprécié sur la base de l'ensemble des circonstances, que produit l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance du jugement ou de l'acte étranger. La réserve d'ordre public est un moyen exceptionnel, qui doit être apprécié de façon mesurée, en respectant dans toute la mesure du possible les attentes des parties.

462. *2° Transcription des décisions et actes étrangers à l'état civil (N° 227-233).* La transcription des actes de l'état civil (art. 32 LDIP) présente des particularités qui méritent d'être relevées. L'art. 32 al. 3 LDIP exige que les intéressés soient entendus durant la procédure de transcription en Suisse lorsque leurs droits semblent avoir été violés à l'étranger. La renonciation à invoquer, au stade de l'audition par l'autorité de surveillance, une violation de l'ordre public formel déploie un effet réparateur des vices de la procédure qui s'est déroulée à l'étranger.

463. *3° Voies de recours (N° 234-248).* Les voies de recours permettant de contrôler l'application de l'art. 17 LDIP par les tribunaux civils sont en premier lieu celles que les cantons mettent à disposition des parties. Après épuisement des voies de recours cantonales, le recourant pourra se plaindre d'une violation de l'art. 17 LDIP et de la règle de conflit déterminante en déposant un recours en réforme ou un recours en nullité. Le Tribunal fédéral ne revoit l'application de l'art. 27 LDIP que sous l'angle étroit de l'arbitraire, qu'il s'agisse d'une éventuelle violation de l'ordre public formel ou matériel. Lorsque la décision en cause a été rendue en application d'une convention internationale, le recours de droit public de l'art. 84 al. 1 lit. c OJ est ouvert; le Tribunal fédéral statue alors avec un plein pouvoir d'examen. Il est regrettable que l'application uniforme de l'art. 27 LDIP ne soit pas garantie et que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral soit si différent selon que l'autorité de la reconnaissance s'est fondée sur cette disposition ou sur une source internationale.

464. *Interprétation restrictive (N° 249-252).* Le principe de l'appréciation restrictive découle de la définition de la réserve. L'affirmation du principe a des vertus pédagogiques et préventives de tout excès; elle tend à éviter que l'exception se transforme en règle, ce qui pourrait mettre en péril l'équilibre général du système.

465. *Relativité et actualité* (N° 253-269). Les valeurs d'ordre public sont relatives dans le temps et dans l'espace. A l'évolution du contenu de l'ordre public, perceptible dans la jurisprudence de chaque Etat, s'ajoutent des conflits entre les valeurs des différents Etats et systèmes à un moment donné. La réserve d'ordre public s'apprécie au regard des valeurs du for déterminantes au moment du jugement (principe de l'actualité). Lorsque la modification des valeurs du for est en étroite relation avec une révision législative ou un revirement de jurisprudence, l'interprète devrait pouvoir s'inspirer de la réglementation du droit transitoire interne. Il n'y a toutefois pas lieu de l'appliquer directement, puisqu'il ne s'agit pas d'un conflit de règles dans le temps, mais d'un conflit de valeurs.

466. *Risques* (N° 270-278). L'autorité qui fait intervenir la réserve devra toujours préciser dans son jugement en quoi l'ordre public du for est heurté; une vague référence à des principes fondamentaux non énumérés ne suffit pas. Il faut éviter que la réserve constitue une échappatoire confortable permettant d'évincer à bon compte un droit étranger que l'on ne souhaite au fond pas appliquer, par crainte des efforts et du temps consacrés à la recherche de sa teneur ou mû par un réflexe de fermeture à l'étrangeté d'une réglementation simplement différente de celle du for. L'approche de la loi étrangère doit être vivante, concrète, globale, fondée sur les enseignements du droit comparé ainsi que sur la comparaison de l'éventuelle injustice résultant du refus de reconnaissance avec le trouble causé à la société concernée; cette démarche permet d'éviter une dérive opportuniste dans l'usage de la réserve d'ordre public. Les craintes d'une application opportuniste de la réserve par les autorités et les tribunaux suisses ne paraissent pas fondées au vu du nombre de cas d'intervention de la réserve.

467. *Arbitrage. 1° Différents cas d'intervention de l'ordre public en matière d'arbitrage* (N° 279-280). Dans le domaine de l'arbitrage, l'ordre public peut être appelé à intervenir à plusieurs stades distincts. En premier lieu, les arbitres statuant sur la demande qui leur est soumise peuvent être amenés à évincer au nom de l'ordre public le droit désigné par la règle de conflit pertinente. En deuxième lieu, la sentence rendue par un tribunal arbitral dont le siège est en Suisse peut être annulée au nom de l'ordre public par le Tribunal fédéral (art. 191 al. 1 LDIP) ou par le juge cantonal du siège de l'arbitrage (art. 191 al. 2 LDIP), si les parties en sont convenues, ces autorités se prononçant sur un recours au sens de l'art. 190 LDIP. En troisième lieu, l'ordre public peut intervenir au stade de la reconnaissance ou de l'exécution en Suisse d'une sentence arbitrale prononcée à l'étranger (art. 194 LDIP).

468. 2° *Effet direct* (N° 281-286). Lorsque les parties et la cause n'entretiennent aucun lien avec l'Etat du siège du tribunal arbitral, l'application de la théorie des liens avec le for conduit à restreindre l'intervention de la réserve au seul noyau dur de l'ordre public; en effet, dans cette hypothèse, la société du siège des arbitres ne risque guère d'être troublée par l'application d'une règle étrangère heurtant certaines valeurs fondamentales d'essence nationale, dès lors que la sentence n'est pas appelée à déployer d'effets dans cet Etat. En revanche, les valeurs essentielles de l'ordre public étatique constituant son noyau dur sont protégées contre les atteintes les plus graves; or ce noyau coïncide dans une large mesure avec le contenu de l'ordre public transnational proposé par une partie de la doctrine. Notre conception évite un morcellement peu judicieux du concept de l'ordre public et présente, par rapport à la théorie de l'ordre public transnational, l'avantage d'offrir une réponse appropriée de l'ordre public, lorsqu'une cause reliée d'une manière relativement étroite à la Suisse relève de la compétence d'un tribunal arbitral international organisé selon le chapitre 12 LDIP.

469. 3° *Effet indirect* (N° 287-289). Lorsque le juge se prononce sur la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère, il examinera si cette sentence risque de déployer des effets incompatibles avec l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance. En droit international privé suisse, l'art. 194 LDIP universalise la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger. L'art. V ch. 2 lit. b de cette convention permet à l'autorité compétente de refuser la reconnaissance ou l'*exequatur* s'ils sont « *contraires à l'ordre public de ce pays* ». L'autorité de la reconnaissance doit se fonder sur la notion classique d'ordre public du droit international privé en matière de reconnaissance et d'exécution et non sur un ordre public transnational. Plus les liens que le litige soumis à l'arbitrage présente avec la Suisse sont lâches, moins l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance aura vocation à intervenir. Lorsque la cause n'entretient aucun lien avec la Suisse, mis à part la présence de biens sur lesquels l'exécution doit porter, l'intervention de l'ordre public suisse se limitera à la défense du noyau dur de l'ordre juridique helvétique.

470. 4° *Recours en annulation* (art. 190 LDIP) (N° 290-298). La théorie de la *Binnenbeziehung*, qui a pour but de réguler l'intensité de la réaction de l'ordre public en présence de situations reliées de façon plus ou moins étroite au for, apporte également une réponse adaptée à la spécificité de l'arbitrage international au stade du recours. L'autorité de recours tiendra ainsi compte du caractère international de l'arbitrage et de la faible intensité des liens qui unissent la cause à la Suisse, ceux-ci étant par définition plus lâches lorsqu'un arbitrage est mis en place, du fait que le litige n'est pas tranché par un organe

étatique. Comme toute autorité, l'autorité de recours devra dans tous les cas sauvegarder le noyau dur de l'ordre public suisse, soit les valeurs de la société helvétique qui s'imposent de façon absolue, quels que soient les liens que les parties entretiennent avec notre pays. Lorsque la sentence concerne une cause étroitement liée à la Suisse, les principes d'ordre public susceptibles d'intervenir au stade du recours sont plus nombreux que ceux qui interviennent lorsque le siège du tribunal arbitral constitue le seul lien avec la Suisse.

471. *Théorie de l'effet atténué (N° 299-327)*. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public postule que la réserve intervient avec davantage de vigueur dans le domaine de l'application de la loi étrangère que dans celui de la reconnaissance d'une situation acquise à l'étranger. Les fondements de cette théorie, inscrite à l'art. 27 al. 1 LDIP, sont contestés; à nos yeux, il s'agit d'une concrétisation du principe de l'appréciation concrète de l'ordre public et de la théorie des liens avec le for. La théorie de l'effet atténué n'est pertinente que dans la mesure où la présomption de coïncidence spatio-temporelle sur laquelle elle se fonde est concrètement réalisée. Si cette présomption n'est pas réalisée, et que les liens avec le for sont étroits, l'ordre public doit intervenir.

472. *Théorie des liens avec le for (Binnenbeziehung) (N° 328-386)*. 1° *En général*. L'intervention de la réserve d'ordre public est fonction de l'intensité des liens que la cause entretient avec l'Etat dont la réserve d'ordre public a vocation à s'appliquer et de l'importance du principe d'ordre public heurté. Nous pensons qu'il s'agit du principe cardinal d'intervention de la réserve; la partie spéciale de notre travail illustre les bons résultats auxquels conduit l'application de cette méthode. L'ordre public n'a pas à intervenir lorsque le risque d'un trouble à la paix sociale du for n'existe pas. Plus la cause est éloignée du for et moins la réserve interviendra. Plus les principes d'ordre public dont il est question sont importants pour l'ordre juridique du for et moins les liens avec le for devront être étroits pour que la réserve intervienne. Il existe un noyau dur de l'ordre public, un ensemble de principes inaliénables tellement fondamentaux qu'ils sont protégés par la réserve quels que soient les liens de la cause avec le for. La théorie de l'effet atténué n'est qu'une illustration de celle des liens avec le for (*Binnenbeziehung*). Aux facteurs spatiaux et temporels auxquels fait appel l'effet atténué, il faut ajouter un facteur personnel, celui des liens que les parties entretiennent avec l'Etat dont l'ordre public a vocation à entrer en jeu. Le juge appelé à se prononcer sur une intervention éventuelle de l'ordre public devra toujours examiner les liens que la cause entretient avec la société à laquelle sa juridiction s'étend. Que le juge accepte ou rejette la demande de reconnaissance, qu'elle soit formée à titre principal ou préalable, il serait souhaitable qu'il motive sa décision au regard de la *Binnenbeziehung* chaque fois qu'il envisage l'intervention de la réserve.

473. 2° *Ordre public transnational* (N° 335-346). S'il est à nos yeux souhaitable que les valeurs fondamentales s'harmonisent progressivement entre les Etats, nous craignons toutefois qu'il ne s'agisse aujourd'hui encore que d'un idéal sans rapport avec la réalité de la vie internationale. La question de l'existence d'un ordre public de source transnationale est théorique, dès lors que l'on parvient à un résultat équivalent en admettant que la seule saisine d'un juge ou d'une autorité de notre ordre juridique, appelé soit à appliquer un droit étranger soit à reconnaître ou à exécuter un jugement étranger, peut constituer une *Binnenbeziehung* suffisante, lorsque le principe d'ordre public en jeu est l'un des plus fondamentaux de notre ordre juridique. Nous pensons que la théorie des liens avec le for apporte des réponses satisfaisantes sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion d'ordre public transnational dont les fondements théoriques et les contours sont difficilement perceptibles et qui n'a guère d'utilité pratique. L'ordre public doit parfois intervenir lorsque la saisine du juge représente le seul lien avec le for. Le juge n'est pas contraint de recourir à un ordre public bicéphale dont la structure composée compliquerait inutilement le système. L'ordre public que le juge a pour mission de défendre comprend des valeurs communes à toute l'humanité, mais surtout un ensemble de valeurs propres à la société à laquelle il appartient. Les plus importantes d'entre elles, d'essence commune ou d'origine nationale, relèvent du noyau dur de l'ordre public et ne tolèrent aucun tempérament, même lorsque la cause n'est guère intégrée dans l'Etat du for ou de la reconnaissance; d'autres valeurs, de second rang et principalement d'origine nationale, peuvent souffrir une certaine adaptation à la spécificité de l'affaire internationale litigieuse lorsque les liens avec le for sont ténus.

474. 3° *Droits fondamentaux* (N° 347-354). Les droits fondamentaux ne doivent pas être mis en œuvre dans le litige international par le biais de la méthode des lois d'application nécessaire, soit par la création de règles unilatérales et spéciales de conflit fixant le champ d'application dans l'espace des règles constitutionnelles. Nous sommes d'avis que l'application générale de la théorie de la *Binnenbeziehung* permet d'apporter une réponse satisfaisante au problème particulier de la prise en compte des droits fondamentaux dans les relations civiles internationales; elle ménage une porte d'entrée aux droits fondamentaux dans l'affaire internationale en les adaptant à la spécificité de celle-ci, sans intrusion excessive et en protégeant les valeurs essentielles du for. Cette solution présente l'avantage d'une cohérence de méthodes, qu'il s'agisse de l'application de la loi étrangère ou de la reconnaissance de jugements étrangers, que le procédé des lois d'application nécessaire n'offrirait pas, pris au dépourvu dans la seconde hypothèse. Les rares droits fondamentaux consacrés par la Constitution et qui sont pourvus d'un effet horizontal peuvent exception-

nellement constituer des lois d'application nécessaire. La structure des autres droits fondamentaux les rend peu adaptés à une application directe dans une affaire internationale comme dans une affaire interne. Enfin, le recours à la méthode des lois d'application nécessaire risquerait de vider de leur portée les règles de conflit et de dénaturer la *lex causae* dans une mesure excessive, dépassant le strict nécessaire à la sauvegarde des valeurs fondamentales du for ou de l'Etat de la reconnaissance.

475. *Effet de l'intervention de la réserve (N° 387-448).* La loi ne prescrit pas de manière absolue l'application de la *lex fori* en cas d'intervention de la réserve d'ordre public; elle entend laisser au juge une importante marge de manœuvre. Celui-ci devra choisir la solution qui lui paraît la plus adaptée au comblement de la lacune créée par l'intervention de la réserve, en fonction des intérêts en jeu, en particulier des attentes des parties, de l'harmonie interne et internationale de la solution retenue et de la sécurité juridique. Lorsque la réserve évince une norme étrangère, l'application de la loi du for ne s'impose pas dans tous les cas. Il convient d'appliquer toutes les dispositions de la loi étrangère qui peuvent l'être en dépit de l'éviction d'une norme qui se révèle incompatible avec l'ordre public du for. Il est parfois préférable d'adapter la *lex causae* de façon à la rendre compatible avec l'ordre public ou de forger par la voie prétorienne une règle internationale matérielle qui réponde aux exigences du for. Le juge dispose d'un large pouvoir créateur. Il peut appliquer le droit désigné par un rattachement légal subsidiaire, sous réserve de l'intervention de la clause d'exception. A défaut, il peut examiner les liens que la cause entretient avec le for; si ces liens sont étroits, l'application de la loi du for est envisageable; si ces liens sont bien plus lâches, le juge pourra appliquer un droit avec lequel les parties entretiennent des relations plus étroites que celles qui les relient au for. En dernier recours, la loi du for permettra de combler la lacune créée par l'intervention de la réserve.

Partie spéciale: Intervention de la réserve d'ordre public dans quelques chapitres choisis du droit international privé suisse des personnes, de la famille et des successions

Chapitre I: Introduction

476. *But.* Il n'est ni possible ni souhaitable d'exposer, en prétendant être exhaustif, toutes les situations dans lesquelles la réserve d'ordre public est appelée à intervenir en droit international privé. Une telle description serait fastidieuse et provisoire, les valeurs prévalant en Suisse étant appelées à évoluer. Le but que nous nous sommes fixé est plus modeste. Nous souhaitons illustrer, à la lumière de la pratique, les concepts théoriques décrits dans la première partie de ce travail, en traitant de la réaction de la réserve d'ordre public dans quelques chapitres du droit des personnes, de la famille et des successions.

477. *Jurisprudence et doctrine suisses et étrangères.* Pour certains cas classiques d'intervention de la réserve d'ordre public, nous pouvons nous référer à la jurisprudence publiée des tribunaux suisses et aux arrêts et décisions inédits que nous avons pu nous procurer. Nous avons cependant fait un large appel à la jurisprudence d'autres pays; même lorsqu'il n'est pas envisageable de transposer ces décisions en Suisse, leur étude offre une bonne occasion de prendre quelque distance avec les solutions retenues dans notre pays. Nous pensons qu'il est parfois indiqué de s'inspirer de certaines approches retenues à l'étranger, dans des sociétés dont les valeurs sont proches de celles qui prévalent en Suisse. Lorsque les tribunaux n'ont pas apporté de réponse définitive à la question que nous traitons, nous avons exposé la solution qui nous paraissait la meilleure.

478. *Plan.* Nous avons choisi de traiter de quelques sujets du droit des personnes: il s'agit de la jouissance (chapitre II) et de l'exercice des droits civils (chapitre III), du nom et du changement de nom (chapitre IV), ainsi que de l'action en changement de sexe (chapitre V) qui pose d'épineuses questions. En droit de la famille, nous avons étudié la conclusion et la dissolution du mariage (chapitre VI), en consacrant quelques développements au partenariat homosexuel qui n'a que peu été étudié jusqu'ici et à la polygamie, objet d'étude plus classiques pour qui s'intéresse de près à la réserve. Nous avons traité brièvement du divorce, pour nous consacrer plus amplement aux répudiations et aux formes privées de dissolution de l'union (chapitre VII). Le droit de la filiation est très vaste; après avoir brièvement décrit les actions de la filiation (chapitre VIII), nous nous sommes concentré sur l'étude des adoptions

internationales (chapitre IX). Le dernier chapitre est consacré au droit des successions (chapitre X); nous avons en particulier examiné le problème des réserves successorales.

479. *Cas pratiques.* Il nous paraissait important d'inclure quelques cas pratiques, imaginés pour illustrer les incidences concrètes de nos différentes propositions. Pour éviter de transformer ce travail en grimoire soporifique, nous nous sommes limité dans les énoncés de faits et nous avons regroupé les illustrations en fin de chapitre. Le lecteur prendra garde à éviter toute généralisation hâtive, gardant à l'esprit que la réserve est une clause dont l'intervention est largement tributaire de l'examen des circonstances concrètes.

Chapitre II: Jouissance des droits civils et réserve d'ordre public

480. *Droit interne.* En droit interne, l'art. 11 CC, aux termes duquel toute personne jouit des droits civils et dispose d'une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations, exprime le principe fondamental de l'égalité (art. 4 Cst. féd. [1874], art. 8 Cst. féd. [1999]).

481. *Art. 34 LDIP.* L'art. 34 LDIP dispose que la jouissance des droits civils est régie par le droit suisse. Ainsi, l'art. 11 CC sera toujours appliqué par le juge suisse, quels que soient le domicile ou la nationalité des parties. Une règle de conflit unilatérale expresse détermine le champ d'application d'une norme matérielle interne qui acquiert qualité de règle d'application nécessaire¹¹⁴⁵. La Commission d'experts et le Conseil fédéral proposaient d'adopter une règle internationale matérielle semblable à l'art. 11 CC¹¹⁴⁶. Dans son message, le Conseil fédéral affirmait qu'un « *ordre juridique qui ne reconnaîtrait pas la jouissance des droits civils à une personne serait perçu en Suisse comme contraire à l'ordre public. Il faut prévoir cependant que si l'on veut qu'un principe fondamental soit toujours respecté on le mentionne expressément. Il serait malhonnête de rattacher par exemple la jouissance des droits civils au domicile de la personne, mais d'invoquer à chaque fois l'ordre public lorsque le droit du domicile refuserait la jouissance des droits civils à une personne donnée* »¹¹⁴⁷. Le Parlement a choisi la formulation d'une règle de conflit unilatérale dont les effets sont équivalents¹¹⁴⁸. Force est donc de constater que la réserve négative d'ordre public n'est pas appelée à intervenir dans ce domaine, l'ordre public positif jouant son rôle à un stade antérieur. Si la jouissance des droits civils avait été régie par une règle bilatérale de conflit, prenant le domicile ou la nationalité comme critère de rattachement, et que la qualité de loi d'application nécessaire n'avait pas été reconnue à l'art. 11 CC, la réserve aurait pu intervenir, par exemple à l'encontre d'une *lex causae* prévoyant la mort civile ou l'esclavage¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁵ DUTDIT, Commentaire, N° 1 ad art. 34; pour BUCHER, DIP II, N° 162, « *c'est un principe d'ordre public que le Conseil fédéral entendait exprimer directement, sous la forme d'une règle substantielle, identique à celle du Code civil* »; selon JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 1 et 11 ad art. 34, « *dass jede Person rechtsfähig ist, gehört zum schweizerischen Ordre public* »; voir déjà VISCHER/VON PLANTA, p. 50; SCHNITZER, p. 269-270.

¹¹⁴⁶ Art. 32 al. 1 P: « *Toute personne jouit des droits civils* »; art. 32 al. 1 AP.

¹¹⁴⁷ Message, ch. 222; voir également Rapport de la Commission d'experts, p. 268.

¹¹⁴⁸ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 34.

¹¹⁴⁹ Voir les exemples donnés par SCHWANDER, Einführung BT, N° 17. Pour l'Allemagne, voir SONNENBERGER, München. Kommentar, N° 10 ad art. 7 et les auteurs cités. Pour la France, MAYER, N° 517: « *une incapacité générale de jouissance, telle la mort civile (...)* »

482. *Début et fin de la personnalité.* L'une des questions importantes en la matière a trait au début et à la fin de la jouissance des droits civils. Les différents systèmes juridiques se différencient sur ce point. Tel Etat admet que la personnalité commence à la naissance d'un enfant viable (725 al. 2 et 311-4 CCFr., 725 ch. 2 CC belge), tel autre qu'elle débute à la naissance accomplie d'un enfant vivant (art. 31 CC) ou ayant vécu au moins vingt-quatre heures (art. 30 CCEsp.)¹¹⁵⁰. Les règles sur la constatation de la mort ne sont pas identiques dans tous les Etats. L'art. 34 al. 2 LDIP dispose que le commencement et la fin de la personnalité sont régis par « *le droit applicable au rapport juridique qui présuppose la jouissance des droits civils.* » Ainsi, la question de savoir si l'enfant conçu dont la mère est domiciliée en Suisse succède à son père français, décédé alors qu'il était domicilié en France, dépend du droit applicable à la succession. On peut se demander si l'art. 34 al. 2 LDIP désigne dans ce cas le droit matériel français ou le droit désigné par le droit international privé français¹¹⁵¹. Quelle que soit la position que l'on adopte sur ce point, un droit étranger peut être appelé à déterminer le début et la fin de la personnalité. Il est possible que ce droit s'oppose à la reconnaissance de la personnalité du *nasciturus* et lui refuse toute vocation successorale; le juge suisse appliquera cette loi sans que la réserve d'ordre public n'intervienne. A. BUCHER et B. DUTOIT¹¹⁵² relèvent qu'il n'y a pas de contradiction avec le caractère impératif de l'art. 11 CC, dès lors qu'aux termes de l'alinéa second de cette disposition, la jouissance des droits n'est reconnue que dans les limites de la loi, expression réservant aussi le droit étranger rendu applicable par le droit international privé suisse. Nous partageons l'opinion de ces auteurs: l'art. 34 LDIP contient une règle générale déclarant le droit suisse applicable et une exception, rattachant la question particulière du début et de la fin de la personnalité au droit applicable à la question principale. Dans ce dernier cas, le droit suisse n'a pas caractère de loi d'application nécessaire au sens de l'art. 18 LDIP. L'ordre public négatif a toutefois son rôle à jouer. En effet, il n'est pas exclu que l'art. 17 LDIP intervienne pour évincer une règle étrangère, fixant le début ou la fin de la personnalité, dont les effets heurtent l'ordre public

serait radicalement contraire à l'ordre public »; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 392, note 1; N° 489, note 3; N° 634, note 1; CA Paris, 9 janvier 1939, RCDIP 1939, p. 300.

¹¹⁵⁰ Voir les exemples donnés par VISCHER, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 34; DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 34; SCHWANDER, Einführung BT, N° 20.

¹¹⁵¹ Voir les opinions de DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 34; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 34; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 5 ad art. 34 et BUCHER, DIP II, N° 164 ss, p. 77.

¹¹⁵² BUCHER, DIP II, N° 163 et DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 35.

suisse¹¹⁵³. Si l'on peut admettre que la règle déniait la personnalité au *nasciturus* ne devrait pas heurter l'ordre public suisse, la réserve pourrait, par exemple, être amenée à évincer une loi n'attribuant la jouissance des droits civils qu'à l'âge de raison ou la supprimant pour les personnes âgées, frappées *ex lege* de mort civile à un âge déterminé, ou encore régissant la jouissance des droits de façon différente selon l'appartenance ethnique ou religieuse des individus concernés. De telles limites posées à la jouissance des droits seront le plus souvent contraires au noyau dur de l'ordre public, si bien que l'étendue relative des liens avec le for déterminera dans une assez faible mesure l'ampleur de la réaction de la réserve.

¹¹⁵³ BUCHER, DIP II, N° 163; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 1.

Chapitre III: Exercice des droits civils et réserve d'ordre public

483. *Règle de conflit.* Aux termes de l'art. 35 LDIP, l'exercice des droits civils est régi par le droit du domicile. Un changement de domicile n'affecte pas l'exercice des droits civils une fois que celui-ci a été acquis. Une autre loi que celle du for étant désignée chaque fois que le domicile de l'intéressé se situe à l'étranger, nous devons déterminer la place à réserver au jeu éventuel de l'ordre public positif et négatif.

484. *Age.* Les art. 12 ss CC n'ont pas qualité de règles d'application nécessaire. La réserve d'ordre public n'est pas appelée à intervenir à l'encontre d'une loi étrangère fixant la majorité à 20 ou à 21 ans, voire à 24 ou 25 ans. Il nous semble qu'une loi fixant la majorité à l'un de ces âges ne heurte aucune valeur morale essentielle en Suisse¹¹⁵⁴. A l'inverse, la réserve ne devrait pas évincer une loi fixant la majorité à 16 ou 17 ans ou prévoyant l'émancipation sous une forme particulièrement généreuse, par exemple en ne la soumettant pas à l'accord préalable des parents dans certains cas. La récente abrogation de l'émancipation en droit suisse¹¹⁵⁵ n'entraîne pas l'incompatibilité à l'ordre public de cette institution¹¹⁵⁶. Le juge pourrait faire intervenir la réserve, après avoir soigneusement évalué les liens que l'intéressé entretient avec le for, pour écarter une loi prévoyant une majorité beaucoup plus tardive ou très précoce, dont l'application conduit à une situation qui paraît profondément attentatoire à la liberté individuelle d'un adulte ou au besoin de protection d'une jeune personne. Toutefois, le domicile de l'intéressé étant nécessairement situé à l'étranger, faute de quoi la loi suisse s'appliquerait, la *Binnenbeziehung* ne sera en règle générale guère intense.

485. *Capacité de discernement.* Ainsi que l'affirme A. BUCHER¹¹⁵⁷, des conditions moins exigeantes que celles de l'art. 16 CC sur la capacité pourraient poser problème sous l'angle de l'ordre public. Le principe selon lequel seuls les actes juridiques des personnes qui sont capables de saisir la portée de leurs engagements et de se déterminer librement produisent des effets constitue sans doute une valeur d'ordre public. La réserve pourrait faire obstacle à l'application d'une loi prévoyant qu'une personne est valablement engagée sur le plan contractuel alors qu'au sens du droit suisse, elle n'est pas capable de discernement relativement à tel acte. Nous sommes d'avis que la réserve ne devrait

¹¹⁵⁴ En droit allemand, voir SONNENBERGER, München. Komment., N° 26 ad art. 7.

¹¹⁵⁵ Ancien art. 15 CC, abrogé par la LF du 7 octobre 1994 (abaissement de l'âge de la majorité civile et matrimoniale, obligation d'entretien des père et mère), RO 1995, p. 1126.

¹¹⁵⁶ JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 35.

¹¹⁵⁷ BUCHER, DIP II, N° 172.

cependant pas intervenir si les liens avec la Suisse sont relativement lâches, le principe d'ordre public concerné ne relevant pas du noyau dur de l'ordre public suisse. Preuve en soit le fait que le droit suisse connaît également des limites à l'incapacité (cf. p. ex. art. 54 CO, responsabilité des personnes incapables de discernement). En outre, l'art. 36 al. 1 LDIP, qui fixe une limite à l'application du droit du domicile dans l'intérêt de la sécurité des transactions, suppose la prise en compte en Suisse, dans les limites qu'elle indique, de règles sur la capacité (âge, interdiction, discernement) dont le contenu n'équivaut pas au droit suisse. On pourrait certes imaginer que le juge suisse refuse de prendre en considération le droit étranger dans la mesure où celui-ci se contente d'exigences de discernement manifestement insuffisantes, au point qu'il apparaisse contraire à l'ordre public suisse. L'intervention de la réserve devrait toutefois rester tout à fait exceptionnelle, sous peine de vider l'art. 36 al. 1 LDIP de sa substance. Dans les domaines énumérés à l'art. 36 al. 2 LDIP, exclus du champ d'application de la disposition précitée (actes juridiques relevant du droit de la famille, du droit successoral, des droits réels immobiliers), on pourrait soutenir *a contrario* que la réserve interviendra plus facilement à l'encontre d'un droit étranger se contentant d'exigences faibles en matière de discernement.

486. *Interdiction.* La réserve pourrait intervenir, pour autant que les liens avec le for soient suffisamment étroits, à l'encontre de l'incapacité punitive d'exercice des droits civils (mort civile de débiteurs insolvables, d'époux adultères, de membres d'une ethnie, d'une religion, etc.)¹¹⁵⁸. Nous ne traiterons pas de l'interdiction, par la voie de la tutelle, qui n'est pas régie par l'art. 35 LDIP, mais par l'art. 85 LDIP, si ce n'est pour signaler que la réserve d'ordre public peut également intervenir dans ce cadre: elle peut faire obstacle à la reconnaissance de rapports *ex lege* au sens de l'art. 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs¹¹⁵⁹ ainsi que dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères¹¹⁶⁰, en vertu de l'art. 16 de la Convention, qu'il s'agisse de mineurs ou de majeurs, auquel cas cette convention s'applique par analogie (art. 85 al. 2 LDIP). En revanche, la réserve n'interviendra pas dans le domaine de l'effet direct, l'autorité saisie appliquant sa propre loi (art. 2 al. 1 de la Convention).

¹¹⁵⁸ SCHWANDER, Einführung BT, N° 33; MAYER, N° 517. Sur la mort civile, lorsqu'elle met fin à la jouissance des droits civils, cf. *supra*, N° 482.

¹¹⁵⁹ BUCHER, DIP II, N° 861, cite la législation étrangère conférant au titulaire du rapport *ex lege* des pouvoirs manifestement contraires à l'intérêt du mineur.

¹¹⁶⁰ BUCHER, DIP II, N° 864.

487. *Capacités spéciales.* Les remarques que nous avons énoncées précédemment quant à l'intervention de la réserve s'appliquent aux capacités spéciales (94 LDIP pour la capacité de disposer à cause de mort, art. 142 al. 1 LDIP pour la capacité délictuelle, 1086 CO pour la lettre de change et le billet à ordre et 1138 CO pour le chèque, etc.) que nous renonçons à traiter en détail ici¹¹⁶¹.

¹¹⁶¹ Cf. *infra*, N° 549 ss pour la capacité matrimoniale.

Chapitre IV: Nom et réserve d'ordre public

1. En général

488. *Règle de conflit.* Le nom¹¹⁶² d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée (art. 37 al. 1 LDIP). Cette disposition prévoit un renvoi, au sens de l'art. 14 al. 1 LDIP¹¹⁶³. La loi précise qu'une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national (art. 37 al. 2 LDIP, 177d OEC)¹¹⁶⁴. S'agissant du moment déterminant, il faut retenir le domicile de l'intéressé au moment où est survenu l'événement d'état civil ayant un effet sur le nom, par exemple la naissance de l'enfant, un mariage¹¹⁶⁵ ou un changement de sexe¹¹⁶⁶. La Suisse n'a pas signé la Convention de Munich du 5 septembre 1980 (CIEC N° 19) sur la loi applicable aux noms et prénoms, texte qui soumet

¹¹⁶² Cette règle concerne le nom, le prénom et le prénom intermédiaire (*middle name* anglo-saxon), cf. DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 37 et *infra*, N° 508; pour la situation sous l'ancien droit, voir BUCHER, DIP II, N° 206; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 37. Sur la Convention entre la Suisse et l'Empire de Perse [Iran] (RS 0.132.114.362), qui rattache la question du nom au droit national, voir JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 9 ad art. 37.

¹¹⁶³ DUTOIT, Commentaire, N° 7 ad art. 37; BUCHER, DIP II, N° 224 ss; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 21 ad art. 37; SCHWANDER, Einführung BT, N° 52; *contra*: VISCHER, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 37, pour qui seul le renvoi au premier degré est admissible, dès lors qu'il s'agit d'une matière d'état civil, au sens de l'art. 14 al. 2 LDIP. A nos yeux, l'art. 37 LDIP est l'une des rares dispositions de la loi qui prévoit expressément le renvoi au sens de l'art. 14 al. 1 LDIP. Sur la controverse au sujet de la règle de conflit dans les cas où la situation ne présente pas de liens avec la Suisse (principe du « *sac à dos* »), voir les opinions divergentes de BUCHER, DIP II, N° 243 ss, DUTOIT, Commentaire, N° 5 ad art. 37 et Martin JÄGER, La loi sur le DIP. Son influence sur l'état civil suisse dans le domaine de l'inscription du nom, REC 1990, p. 80-86 (83).

¹¹⁶⁴ Seul le droit de la nationalité effective peut être choisi, cf. BUCHER, DIP II, N° 229; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 27 ad art. 37; DUTOIT, Commentaire, N° 11 ad art. 37.

¹¹⁶⁵ ATF 116 II 202 (205), *Koch et Grayo*; circulaire DFJP du 11 octobre 1989, REC 1989, p. 382 ss, ch. 13; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 37; BUCHER, DIP II, N° 219; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 37; SCHWANDER, Einführung BT, N° 53.

¹¹⁶⁶ JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 12 et 18 ad art. 37, le moment déterminant étant celui du dépôt de la requête. En Allemagne, SONNENBERGER, München. Komment., N° 27 ad art. 10.

le nom à la loi nationale de l'intéressé, tout en réservant l'ordre public (art. 4)¹¹⁶⁷.

489. *Caractère exceptionnel de l'intervention de la réserve. Influence de la règle de conflit. Loi du domicile.* Dans le domaine du nom, l'intervention de l'ordre public est tout à fait exceptionnelle¹¹⁶⁸. Le droit suisse s'applique chaque fois qu'un fait d'état civil survient alors que la personne concernée est domiciliée en Suisse; cela réduit d'autant la sphère potentielle d'intervention de la réserve. L'application du droit étranger suppose l'absence de domicile en Suisse, ce qui affaiblit en règle générale l'intensité des liens avec le for et réduit par conséquent la fréquence de l'intervention de la réserve. L'application de la loi du domicile est favorable à l'intégration sociale des intéressés en ce qui regarde leur nom¹¹⁶⁹. Le législateur ne l'impose toutefois pas puisqu'il réserve la faculté pour l'intéressé domicilié en Suisse de faire usage de son droit d'option en faveur de sa loi nationale.

490. *Autonomie de la volonté et stabilité du nom.* La LDIP consacre l'émergence d'une forme d'autonomie de la volonté en matière de nom; comme le relève A. BUCHER¹¹⁷⁰ « du point de vue suisse, l'application de la loi du domicile n'est pas impérative, la personne ayant la liberté de renoncer au concours que ce rattachement est censé offrir au niveau de l'intégration sociale ». Lorsque l'intéressé est un Suisse domicilié à l'étranger et qu'il a soumis son nom à sa loi nationale¹¹⁷¹, en accord avec le droit international privé de l'Etat de son domicile, la réserve d'ordre public suisse n'intervient bien évidemment pas pour évincer la loi suisse. Lorsqu'un étranger domicilié en Suisse désire soumettre son nom à sa loi nationale, la réserve ne doit pas intervenir trop fréquemment, afin de ne pas vider de son contenu la règle de conflit subjective: en effet, le droit d'option aménagé par l'art. 37 al. 2 LDIP est notamment prévu pour ceux qui, bien que domiciliés en Suisse, n'ont pas l'intention de s'y établir de façon définitive, par exemple parce qu'ils souhaitent retourner dans leur Etat national à l'issue d'une période déterminée¹¹⁷², ainsi que pour ceux qui changent fréquemment de domicile. La réserve d'ordre public ne doit pas mettre inutilement en péril la stabilité dans la réglementation du nom

¹¹⁶⁷ La Suisse n'a pas signé non plus la Convention CIEC N° 21 du 8 septembre 1982, relative à la délivrance d'un certificat de diversité du nom de famille.

¹¹⁶⁸ BUCHER, DIP II, N° 256.

¹¹⁶⁹ Cf. BUCHER, DIP II, N° 210.

¹¹⁷⁰ BUCHER, DIP II, N° 211.

¹¹⁷¹ S'il s'agit d'un double national, pour autant que la Suisse soit considérée comme sa nationalité effective (art. 23 al. 2 LDIP; cf., très clair, ATF 116 II 504 [506], *Dame Biner*), en dépit du domicile à l'étranger (p. ex. proche retour en Suisse, cf. BUCHER, DIP II, N° 229).

¹¹⁷² BUCHER, DIP II, N° 211.

que permet de conférer l'art. 37 al. 2 LDIP pour ceux qui sont amenés à changer leur domicile. De façon plus générale, ce texte permet de respecter l'aspiration légitime de ceux qui souhaitent maintenir sur leur nom l'empreinte de l'identité linguistique, religieuse ou culturelle de la société dont ils sont originaires. Les règles internes concernant le nom souffrent de larges dérogations dans les situations internationales, caractéristique qui rend inutilement perturbatrice l'intervention de la réserve¹¹⁷³. La combinaison de la loi du domicile et du droit d'option permet de respecter la volonté des particuliers souhaitant renforcer leur intégration sociale en Suisse ou maintenir le reflet d'une identité culturelle sur leur nom; l'intervention trop facile de la réserve ruinerait cet équilibre précaire au préjudice du second de ces postulats.

491. *Le nom, élément de la personnalité.* Il ne faut pas perdre de vue que le nom constitue un élément important de la personnalité¹¹⁷⁴. Il sert à individualiser une personne, à la désigner comme appartenant à telle famille ou à tel groupe social. Seuls des motifs essentiels et prépondérants pour l'ordre juridique du for devraient justifier une atteinte à l'intégrité d'un nom qui fait partie de l'identité d'un individu. L'ordre social du for n'est que très exceptionnellement troublé par les règles étrangères sur le nom. Or, dans ce domaine, le respect des particularités culturelles manifestées dans les règles de chaque système porte rarement atteinte à des principes fondamentaux du for¹¹⁷⁵. La désignation d'une loi étrangère par le droit international privé suisse ne se limite pas aux droits du monde occidental; qu'elle soit coutumière ou d'origine religieuse, désignée par le rattachement objectif au domicile ou résultant du droit d'option, la *lex causae* étrangère a vocation à s'appliquer.

492. *Cas dans lesquels la réserve n'intervient pas.* 1° *Lex causae simplement différente.* D'emblée, il faut souligner qu'une divergence, même importante, entre les règles sur l'acquisition du nom de la *lex causae* et le droit suisse ne justifie pas en soi l'intervention de la réserve. L'on ne saurait dire que l'ordre public suisse est heurté par les effets que produit une loi prévoyant que le mariage reste sans effet sur le nom des époux, que ceux-ci acquièrent un nouveau nom ou réservant une plus large part d'autonomie aux conjoints que le droit suisse. Nous pensons que le principe de l'unité du nom de la famille ne relève pas de l'ordre public suisse, même s'il constitue un principe de nature

¹¹⁷³ La doctrine allemande souligne qu'il n'y a que peu de place pour l'intervention de l'art. 6 EGBGB en matière de nom (VON BAR, IPR II, N° 90 et SONNENBERGER, München. Kommentar, N° 22 ad art. 10).

¹¹⁷⁴ Voir, parmi d'autres, les réflexions de Grégoire LOISEAU, *Le nom objet d'un contrat*, Bibliothèque de droit privé, t. 274, Paris 1997, p. 27 et 104.

¹¹⁷⁵ Pour BUCHER, DIP II, N° 256, « l'ordre public suisse n'est en effet que très exceptionnellement touché par des noms étrangers ».

impérative dans les situations internes. A nos yeux, la réserve ne devrait pas intervenir à l'encontre d'une loi prévoyant l'acquisition systématique par l'épouse du nom du mari, sans possibilité pour elle de conserver son nom de jeune fille (art. 160 al. 2 CC)¹¹⁷⁶; si le postulat d'égalité constitue assurément un principe fondamental de l'ordre juridique suisse et une valeur d'ordre public, une telle réglementation, encore en vigueur en Suisse voilà un peu plus de dix ans, ne nous paraît pas heurter de façon suffisamment grave le « *sentiment national du droit* » et les fondements de notre société pour que la réserve puisse intervenir, ce d'autant plus qu'en Suisse, le maintien du nom de jeune fille n'est qu'une faculté à laquelle de nombreuses épouses renoncent. Le droit interne suisse ne satisfaisant pas encore pleinement au postulat d'égalité dans le nom de famille, il nous paraît difficile de prétendre que la réaction de l'ordre public doit être très vive. Il devrait en aller de même, à nos yeux, si les règles matérielles du droit suisse étaient modifiées dans le sens d'une solution égalitaire¹¹⁷⁷, faute de trouble réel à l'ordre social du for. Nous sommes également d'avis que l'ordre public suisse n'est pas heurté par les règles disposant que l'enfant acquiert le nom de la mère ou un double nom, voire le nom d'un autre membre de la famille.

493. 2° *Noms à consonance ridicule, odieuse, absurde ou choquante.* Le fait que la consonance d'un patronyme étranger puisse paraître ridicule ou odieuse en Suisse, de par les rapprochements qu'un contexte culturel et linguistique spécifique à notre pays permet d'évoquer, ne nous paraît pas suffisant pour justifier l'intervention de la réserve. Les intéressés domiciliés en Suisse pourront solliciter un changement de nom en application du droit suisse (art. 38

¹¹⁷⁶ En Allemagne, VON BAR, IPR II, N° 90, estime que la réserve n'interviendra pas forcément à l'égard d'un tel système, même si le *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 31 mai 1978, FamRZ 1978, p. 667) a jugé la loi allemande, qui prévoyait autrefois cette solution, contraire à la Loi fondamentale. Pour SONNENBERGER (München. Komment., N° 22 ad art. 10), pareille réglementation peut poser problème au regard de l'ordre public lorsque les liens avec l'Allemagne sont suffisamment étroits. Voir AmtG Essen, 24 septembre 1997, IPRax 1998, p. 213, refusant de faire intervenir l'ordre public à l'encontre du droit religieux musulman (Liban) permettant au père de choisir seul le prénom de l'enfant, alors que la *Binnenbeziehung* était assez étroite.

¹¹⁷⁷ Voir le communiqué de presse du 2 septembre 1998 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, REC 1998, p. 290, au sujet d'un projet issu d'une initiative parlementaire (S. SANDOZ, 94.434), prévoyant que les époux peuvent choisir d'adopter un nom commun (nom de l'épouse ou nom du mari) ou de garder chacun leur nom. Voir également la prise de position du Conseil fédéral du 19 avril 1999, approuvant cette proposition tout en suggérant de ne pas abandonner le système des doubles noms (REC 1999, p. 148), ainsi que le rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques, du 26 avril 1999, maintenant l'abandon du système des doubles noms. Le texte devrait être soumis au Conseil national au mois de septembre 1999.

al. 3 LDIP). Comme nous le verrons¹¹⁷⁸, c'est à eux de décider s'ils préfèrent garder l'empreinte de leur racine culturelle sur leur nom ou s'ils souhaitent solliciter un changement de nom. L'intervention de la réserve dans de tels cas risquerait de créer une forme d'assimilation forcée, peu respectueuse de la liberté personnelle. En droit interne, le changement de nom repose toujours sur une initiative individuelle; en matière internationale, l'intervention de la réserve, retenue d'office, serait le plus souvent inadéquate et disproportionnée, en particulier lorsque le séjour des intéressés en Suisse est passager ou que ceux-ci se satisfont de la consonance de leurs noms et prénoms. Quant à ceux qui ne sont pas domiciliés en Suisse, l'intensité relativement faible des liens qu'ils entretiennent avec notre pays réduit déjà fortement l'importance de la réaction de la réserve.

494. 3° *Prénoms manifestement préjudiciables à l'intérêt de l'enfant*. a) *Règle d'application nécessaire*? La situation se présente de façon quelque peu différente pour les prénoms, dès lors qu'en droit interne, la liberté de choix des parents est restreinte par le jeu de l'art. 69 al. 2^{bis} OEC, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1994. Cette disposition prohibe les prénoms manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant ou de tiers, mais ne contient plus de référence à l'exigence de clarté quant au sexe de l'enfant que posait l'ancienne version de l'art. 69 OEC. Cette révision semble avoir conduit les autorités de l'état civil à une attitude plus large dans l'examen de l'admissibilité du prénom sous l'angle de l'intérêt de l'enfant¹¹⁷⁹. Le Tribunal fédéral a souligné que l'admission dans les registres de l'état civil suisse de noms et prénoms formés en application du droit étranger (art. 37 et 39 LDIP) devait contribuer à une application plus libérale du droit suisse des prénoms¹¹⁸⁰. En d'autres termes, les autorités appliquant l'art. 69 al. 2^{bis} OEC doivent tenir compte du caractère international de l'affaire qui leur est soumise et faire preuve d'une relative souplesse, même lorsque le droit suisse du domicile s'applique. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence considèrent que l'art. 69 OEC constitue une loi d'application nécessaire¹¹⁸¹. Cette opinion ne

¹¹⁷⁸ *Infra*, N° 511.

¹¹⁷⁹ Voir p. ex. la décision *Regierungsrat AG*, 6 juillet 1994, REC 1994, p. 273 (prénoms admis: Osceola Ozzy); à noter que la Circulaire de l'Office fédéral de l'état civil du 25 mai 1994, REC 1994, p. 289 affirme, de façon générale, que la révision «*va dans le sens du libéralisme*».

¹¹⁸⁰ ATF 116 II 504 (509), *Dame Biner*, citant les observations de l'Office fédéral de la justice. En Allemagne, VON BAR, IPR II, N° 90.

¹¹⁸¹ BUCHER, DIP II, N° 214, l'art. 69 al. 2 aOEC est applicable en vertu et dans les limites des art. 17 et 18 LDIP; cet auteur cite à tort selon nous l'ATF 109 II 95, *époux L.*, relevant le caractère impératif de l'art. 69 al. 2 aOEC; cet arrêt n'est pas pertinent puisque le droit suisse s'appliquait. Voir en revanche TF, 1^{er} septembre 1975, REC 1977, p. 125: «*l'articolo 69 OSC è una disposizione di carattere imperativo, applicabile a tutte le iscrizioni in Svizzera*

nous convainc pas. A nos yeux, pour autant que l'on considère qu'un principe d'ordre public est susceptible d'être heurté, ce que nous ne pensons pas¹¹⁸², l'application de la réserve d'ordre public fournirait des solutions qui nous semblent plus nuancées que celles auxquelles conduirait la méthode des lois d'application nécessaire. Pour autant que l'attribution du prénom soit soumise à un droit étranger, la réserve permettrait d'évincer la norme étrangère, lorsque son application conduirait à donner à l'enfant un prénom véritablement contraire à son intérêt et lésant ses droits de la personnalité; l'intervention de la réserve pourrait être nuancée en fonction de l'intensité des liens unissant les intéressés à la Suisse.

495. *b) Notre opinion. Absence de principe d'ordre public.* A nos yeux, aucune valeur d'ordre public, en particulier le principe de l'intérêt de l'enfant, n'est susceptible d'être heurtée dans ce contexte. Il est discutable de vouloir se fonder sur un prétendu intérêt de l'enfant à ne pas porter tel prénom, pourtant choisi par ses parents, parce qu'il paraît choquant aux yeux des habitants d'un Etat dans lequel il n'est pas certain que l'enfant s'établira de manière durable. Même si l'enfant est appelé à vivre de façon permanente en Suisse, il évoluera au sein d'une société dans laquelle coexistent de nombreuses cultures, celles qui sont à l'origine de notre Etat fédéral et celles, parfois fort éloignées, dont proviennent les ressortissants étrangers vivant dans notre pays. Ce qui paraît ridicule ou odieux en Suisse ne l'est pas forcément dans le système d'origine de l'intéressé. L'ordre public suisse peut s'accommoder de tels prénoms. Certes, l'on pourrait songer à prendre en compte la durée du séjour prévisible en Suisse des intéressés et faire intervenir plus facilement la réserve lorsque les intéressés sont appelés à résider durablement en Suisse; notre époque se caractérisant toutefois par une fluidité croissante et difficilement prévisible des déplacements des individus, il est délicat de poser un pronostic précis sur une future domiciliation. En affirmant que la réserve doit intervenir lorsqu'une règle étrangère permet de conférer à un enfant un prénom dont la consonance paraît choquante, selon nos propres critères linguistiques, mais pas dans son Etat d'origine, ne risque-t-on pas de soutenir implicitement que le plein épanouissement de la personnalité d'un enfant étranger passe par un certain effacement de la spécificité culturelle de ses parents? Paradoxalement, cette volonté d'assimilation pure risque de renforcer les phénomènes d'exclusion et de nuire, en définitive, à l'intégration des intéressés. Nous sommes d'avis que ces situations ne révèlent aucun conflit de valeur justifiant l'intervention de la réserve, mais sont la conséquence de différences linguistiques, toujours plus

Indipendentemente dalla nazionalità o del domicilio del figlio ». En Allemagne, SONNENBERGER, München. Komment., N° 23 ad art. 10, estime qu'un principe de contenu équivalent relève de l'ordre public.

¹¹⁸² *Infra*, N° 495.

fréquentes et que l'on devrait apprendre à mieux tolérer dans une société qui s'internationalise chaque jour davantage; il nous semble qu'il ne peut être contraire à l'intérêt de l'enfant de les accepter. Dès lors, indépendamment d'une éventuelle domiciliation future des intéressés dans leur Etat national, nous devrions admettre en droit international privé suisse l'attribution à un enfant d'un prénom qui ne serait pas accepté dans une situation interne soumise au crible de l'art. 69 OEC, même dans sa version plus libérale. Savoir si un prénom est ridicule ou odieux procède d'un jugement éminemment relatif; notre société devrait tolérer la soumission de cette appréciation subjective à un autre contexte culturel, implicitement souhaitée par des parents choisissant le prénom de leur enfant, lorsque son acquisition est soumise à une *lex causae* étrangère.

496. 4° *Prénoms ne permettant pas de distinguer le sexe*. Les prénoms ne faisant pas ressortir clairement le sexe de l'enfant ne sont pas en soi contraires à l'ordre public. En droit interne, depuis le 1^{er} juillet 1994¹¹⁸³, l'art. 69 OEC ne fait plus aucune référence à l'exigence de clarté du prénom quant au sexe de l'enfant; il est admis que, depuis cette date, ce n'est plus un motif de refus de l'inscription du prénom¹¹⁸⁴. Aucun principe d'ordre public n'est dès lors appelé à intervenir. Même avant cette révision, l'intervention de la réserve d'ordre public ne se justifiait pas. Une particularité linguistique ne heurte pas l'ordre social: à mesure que l'une des langues nationales au moins, le français, connaît plusieurs prénoms asexués (Dominique, Camille, Claude, etc.), l'on ne pouvait se référer au sentiment national du droit sur ce point. Lorsque des parents dont la culture d'origine admet de tels prénoms en choisissaient un pour leur enfant, la réserve d'ordre public ne devait pas intervenir, cela indépendamment de la résidence en Suisse de l'enfant. En outre, le caractère masculin ou féminin d'un prénom sexué peut changer selon la région considérée, même au sein de la Suisse. Dans les situations internes, avant la révision de l'OEC, le Tribunal fédéral insistait sur l'endroit où l'intéressé serait connu et où il vivrait¹¹⁸⁵. En matière internationale, on pouvait envisager de se fonder sur les liens éventuels que les intéressés entretenaient avec les différents pays entrant en ligne de compte. Pour des raisons identiques à celles que nous venons d'énoncer pour les prénoms ridicules, nous pensons que l'ordre juridique suisse pouvait s'accommoder, dans une relation internationale, de l'attribution à un enfant d'un prénom réservé en Suisse aux individus de l'autre sexe, même en dehors

¹¹⁸³ RO 1994, p. 1384.

¹¹⁸⁴ Cyril HEGNAUER/Philippe MEIER, *Droit suisse de la filiation*, 4^e éd., Berne 1998, N° 16.16a.

¹¹⁸⁵ ATF 82 I 32, *Scheller*: le prénom Andrea est admissible comme prénom féminin en Suisse alémanique, alors qu'il s'agit d'un prénom masculin tessinois et romanche: « *in einem solchen Falle ist auf den Sprachgebrauch in diesem Landesteil abzustellen* ».

des cas dans lesquels les intéressés entretenaient des liens étroits avec leur Etat national.

497. *Absence de nom de famille.* La réserve d'ordre public pourrait faire obstacle à l'application d'une législation n'attribuant pas de patronyme¹¹⁸⁶. En revanche, le fait que l'usage d'un patronyme soit limité à une seule génération et qu'il ne passe pas aux descendants, comme en Islande¹¹⁸⁷, ne nous paraît pas poser de problème sous l'angle de l'ordre public. Après avoir évincé la norme étrangère, faut-il donner aux intéressés la possibilité d'acquérir un nom de famille par simple déclaration¹¹⁸⁸ à l'officier de l'état civil ou exiger qu'ils procèdent par le biais de l'action en changement de nom ? A. BUCHER préfère la seconde solution, dès lors que le droit suisse ne prévoit pas la compétence de l'officier de l'état civil pour recevoir pareille déclaration¹¹⁸⁹. Nous partageons cet avis, en soulignant que le for de nécessité (art. 3 LDIP) pourrait éventuellement être utilisé pour les intéressés n'ayant pas de domicile en Suisse, mais entretenant avec ce pays des liens suffisamment étroits pour que la réserve intervienne.

498. *Autonomie de la volonté plus large.* L'ordre public suisse ne nous paraît pas heurté par un système consacrant une plus large autonomie de la volonté en matière de nom. On peut songer à un système coutumier, connu de certains pays d'Afrique (au Rwanda notamment), dans lequel les parents choisissent librement pour leur enfant un prénom et un nom ayant une signification particulière, liée à un événement, ou au droit anglais des noms et prénoms qui est très libéral¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁶ En Allemagne, voir en ce sens, SONNENBERGER, München. Komment., N° 22 ad art. 10; voir surtout l'art. 7 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107); sur la question discutée du caractère « *self executing* » du droit au nom, voir p. ex. Ingeborg SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, PJA 1994, p. 817-834 (819).

¹¹⁸⁷ En Islande, le patronyme est formé du prénom du père au génitif suivi de « *son* » pour les fils et de « *dottir* » pour les filles. Ainsi, l'enfant dont le père s'appelle Einar Jónsson et qui porte le prénom de Björn s'appellera Björn Einarsson (cf. BERGMANN/FERID, V° Island, p. 25). En Allemagne, voir KEGEL, § 17 IV, qui mentionne ce type de noms sans faire intervenir l'ordre public.

¹¹⁸⁸ Voir les exemples d'anciennes règles de police du droit français (XIX^e) donnés par LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 1174), p. 31-32, contraignant les étrangers sans patronyme, en particulier ceux qui résidaient dans les territoires annexés par l'Empire, à adopter un nom.

¹¹⁸⁹ BUCHER, L'application, p. 343.

¹¹⁹⁰ Cf. p. ex. Brenda HOGGETT, Parents and Children, 4^e éd., Londres 1993, p. 12-13; P. M. BROMLEY/N. V. LOWE, Bromley's Family Law, 8^e éd., Londres 1992, p. 310-311, 362 et l'étude fouillée de LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 1174), p. 65 ss. Sur les limites de l'autonomie, dans le cadre du divorce, voir Chris BAZELL, Change of name, Fam. Law 1997,

499. *Risque de confusion entre nom et prénom ?* La législation ne permettant pas de distinguer entre le nom de famille et le prénom pourrait-elle se révéler contraire à l'ordre public, comme l'affirme A. BUCHER¹¹⁹¹, citant le cas de la loi conférant à l'épouse le prénom du mari comme patronyme ? A nouveau, il est soutenable d'affirmer que la réserve pourrait intervenir dans ce cas, pour autant que les liens avec la Suisse soient suffisamment étroits. L'on peut toutefois éprouver de sérieux doutes quant à l'existence d'un véritable principe d'ordre public sur ce point. Nous connaissons également en Suisse de nombreux patronymes qui sont semblables à des prénoms (p. ex. Jacques, Michel, Alain, etc.), ce qui engendre parfois une certaine confusion. De surcroît, il n'est pas toujours aisé de distinguer les noms et les prénoms originaires d'une langue et d'une culture qui nous sont inconnues, alors même que le risque de confusion n'existe pas du tout dans le système d'origine. Si ce risque permettait à lui seul de justifier l'intervention de la réserve, cela conduirait pratiquement à n'admettre l'application du droit étranger qu'à des personnes issues du même bassin linguistique que le for, ce qui irait à l'encontre de la volonté du législateur, telle qu'elle s'est manifestée à l'art. 37 LDIP. Si l'on comprend que certaines règles étrangères peuvent surprendre l'opinion publique de notre pays, l'ordre social du for ne nous paraît ni concerné ni menacé. Nous sommes d'avis que la réserve ne doit pas intervenir; les intéressés peuvent agir, s'ils le souhaitent, par la voie du changement de nom.

500. *Discriminations.* Il est possible que la réserve fasse obstacle à l'application d'une législation discriminatoire couvrant d'infamie, par un vocable insultant, tel membre d'une catégorie sociale (groupe ethnique, religieux, linguistique, caste, etc.) ou d'une famille ou signalant simplement son appartenance à telle ou telle catégorie de la population. Encore faut-il que les liens que l'intéressé entretient avec la Suisse soient suffisamment étroits et que cette intervention de la réserve ne se révèle pas préjudiciable aux intéressés, de par la situation boiteuse qui ne manquerait pas d'en résulter. A nouveau, il nous paraît préférable, sauf cas exceptionnels, de laisser les intéressés procéder par le biais d'une demande de changement de nom.

501. *Titres nobiliaires.* Le Tribunal fédéral a refusé que des titres nobiliaires étrangers soient transcrits en Suisse, même s'ils font partie du nom selon le droit étranger; il estimait que leur inscription heurtait le principe de l'égalité

p. 569 et WALL/MAPLE/EVERALL/BIGGS/BOOTH, *Ragden & Jackson's Law and Practice in Divorce and Family Law*, 17^e éd., Londres 1997, ch. 15.26.

¹¹⁹¹ BUCHER, *L'application*, p. 343.

(art. 4 Cst. féd. [1874], art. 8 Cst. féd. [1999]; art. 39 OEC)¹¹⁹²; il semblait donc admettre que la *lex causae* heurtait des dispositions impératives du droit fédéral et non la réserve d'ordre public négative. Certains auteurs estiment que cette jurisprudence pourrait être assouplie¹¹⁹³. Nous pensons que le critère des liens avec la Suisse permettrait d'apporter des solutions: la réserve pourrait à tout le moins intervenir lorsque l'intéressé entretenait des liens étroits avec la Suisse au moment de l'acquisition du titre à l'étranger.

502. *Transcription.* Aux termes de l'art. 40 LDIP, la transcription du nom est faite conformément aux principes suisses sur la tenue de registres. La réserve d'ordre public ne devrait pas intervenir en ce domaine. Si les principes suisses sur la tenue des registres constituent une forme de limite à l'application de la loi étrangère, ils n'appartiennent pas aux principes fondamentaux de l'ordre juridique: il s'agit de règles de pure technique d'enregistrement et non de valeurs éthiques essentielles. Il faut éviter de vider de son contenu la règle de conflit relative au nom par une application trop stricte de l'art. 40 LDIP¹¹⁹⁴. A titre d'illustration, nous nous proposons d'examiner brièvement les problèmes posés par la transcription des noms à flexions selon le sexe, des double noms et des noms intermédiaires. Nous pensons que ces situations, qui sont peut-être

¹¹⁹² ATF 102 Ib 245 (247), *von Andrian-Werburg*; à noter qu'en droit international privé allemand, le titre nobiliaire fait partie du nom; il est protégé comme tel et soumis, selon la doctrine majoritaire, au même rattachement que le nom (SPICKHOFF, p. 156 ss; SONNENBERGER, München. Komment., N° 10 ad art. 10; VON BAR, IPR II, N° 90). La jurisprudence soumet au même rattachement les décisions étrangères sur la suppression des titres de noblesse: OLG Karlsruhe, 11 juin 1956, IPRspr. 1956/57, N° 13a; BVerwG, 13 novembre 1959, NJW 1960, p. 452 et SPICKHOFF, p. 157-8 pour l'intervention éventuelle de l'art. 6 EGBGB en cette matière; voir également les décisions citées par VON BAR, IPR II, p. 57, note 339 et l'opinion critique de KEGEL, IV § 17, p. 443. Sur l'art. 3a NAG (Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen), offrant à certaines conditions la faculté d'obtenir la restitution de titres de noblesse pour les personnes appartenant à une minorité allemande qui en ont été privées par une loi ou une mesure administrative, cf. la décision du *Verwaltungsgerichtshof* Baden-Württemberg, 20 mai 1992, IPRax 1994, p. 136.

¹¹⁹³ BUCHER, L'application, p. 344; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 7 ad art. 37.

¹¹⁹⁴ Voir p. ex. ATF 110 II 324 (326-327), *Margit Széchenyi*: le nom étranger doit être inscrit dans les registres suisses avec les accents qu'il comporte, si ces accents sont également des caractères typographiques des langues officielles suisses (nom hongrois Széchenyi). Voir également l'intéressant arrêt de la CJCE, Aff. 168/91, 30 mars 1993, Recueil 1993 I, p. 1214, *Christos Konstantinidis*: la transcription d'un nom hellénique en lettres latines selon la norme ISO-18 (en l'espèce conduisant à la mention de Hréstos Kónstantinidés), à laquelle renvoie la Convention CIEC N° 14 relative à l'indication des noms et prénoms dans les registres de l'état civil du 13 septembre 1973, peut être incompatible avec l'art. 52 du Traité UE dans la mesure où la transcription porte atteinte en fait au libre exercice du droit d'établissement.

délicates du point de vue de la technique d'enregistrement, ne posent aucun problème sous l'angle de l'ordre public.

503. *Noms à flexion. 1° L'arrêt Temelkova.* L'inscription des noms (notamment slaves) à flexion, différents selon le sexe de l'intéressé¹¹⁹⁵, ne porte en rien atteinte à des valeurs fondamentales de l'ordre juridique. Il nous a néanmoins paru utile de consacrer quelques lignes à cette question afin de le démontrer. Dans son arrêt *Temelkova*¹¹⁹⁶, le Tribunal fédéral avait refusé, alors que le droit suisse s'appliquait, que le nom de jeune fille d'une femme, de nationalité yougoslave, soit inscrit dans les registres suisses dans sa forme féminine (en l'espèce TEMELKOVA au lieu de TEMELKOVSKI), motivant son opinion par des arguments pratiques, en particulier la surcharge des officiers de l'état civil qui découlerait de la transcription des flexions¹¹⁹⁷ (1) et afin notamment d'éviter qu'en cas de divorce, d'éventuels enfants de sexe masculin nés en Suisse de la mère non mariée portent un nom de sexe féminin, ce qui serait contraire au droit du nom en Suisse.

504. *2° La circulaire du DFJP.* Dans sa circulaire du 11 octobre 1989 aux autorités cantonales de surveillance de l'état civil, le Département fédéral de justice et police n'a pas repris cette position à son compte, l'inscription d'un nom à flexion, acquis à l'étranger, n'étant plus jugée contraire aux principes suisses de l'état civil¹¹⁹⁸. Le principe d'interdiction tiré de l'arrêt *Temelkova* est donc dépassé. En revanche, la même circulaire¹¹⁹⁹ déclare qu'un tel nom, adapté au sexe féminin et inscrit dans les registres suisses de l'état civil, doit être transmis tel quel à des enfants de sexe masculin, à moins que le représentant légal n'ait opté pour le droit national. Si l'on suit cette pratique du gel des noms étrangers, préconisée par les autorités de l'état civil, l'enfant de sexe masculin né et domicilié en Suisse, d'une mère Tchèque domiciliée en Suisse, non mariée, portera le même nom que sa mère (p. ex. SIKOROVSKA), quand bien même ce nom ne peut désigner qu'une femme dans le système dont il émane. A. BUCHER critique ce principe et considère que le fait que le nom de l'enfant soit régi par le droit suisse ne signifie pas que celui-ci doive acquérir des éléments d'un nom étranger qui sont par nature intransmissibles à la génération

¹¹⁹⁵ Favorables à une inscription: DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 40; BUCHER, DIP II, N° 263.

¹¹⁹⁶ ATF 106 II 103, *Temelkova*.

¹¹⁹⁷ Arrêt cité, p. 105.

¹¹⁹⁸ Circulaire DFJP précitée (note 1165), p. 387, exemple N° 24; Martin JÄGER, La loi sur le DIP, REC 1990, p. 80-86 (84 ss), invoquant le principe de l'égalité entre hommes et femmes; BUCHER relève (DIP II, N° 263) que les travaux préparatoires se référaient à l'ancienne pratique, voir Message, p. 325; BOCE 1985, p. 142.

¹¹⁹⁹ ATF 106 II 103, *Temelkova*; Circulaire DFJP précitée (note 1165), p. 387, ch. 24.

suivante¹²⁰⁰. La solution de cet auteur inverse à celle préconisée par les autorités de l'état civil, que l'on pourrait fonder sur la théorie de l'adaptation, ne créerait pas des difficultés insurmontables risquant de mettre en péril la saine administration des offices de l'état civil et éviterait à l'enfant de porter un nom qui, s'il retourne dans son pays d'origine et dans les contacts qu'il peut entretenir avec cet Etat, l'individualise comme étant du sexe opposé. L'abandon de la théorie du gel nous paraît toutefois présenter plus d'inconvénients que d'avantages: à moins de décider arbitrairement de ne procéder à cette adaptation qu'à la première génération, la transmission du nom, soumise par hypothèse au droit suisse en raison du domicile des intéressés, continuerait d'obéir, générations après générations, aux règles de flexion du droit étranger, ce qui conduirait toujours plus de descendants, intégrés en Suisse, n'entretenant guère de liens avec l'Etat d'origine de leurs ascendants et ne souhaitant pas conserver un nom à flexion, à solliciter un changement de nom. Nous pensons qu'il est préférable de maintenir la théorie du gel des noms, l'option en faveur du droit national (art. 37 al. 2 LDIP) permettant de résoudre ces cas: le nom sera soumis à la règle de la flexion ou y échappera selon que les intéressés ont choisi ou non de soumettre leur nom à leur droit national. En d'autres termes, il n'est pas judicieux d'affirmer que les désagréments liés à l'inscription de noms à flexion doivent s'effacer devant la prépondérance du respect de l'identité culturelle des parents et de l'enfant, dès lors que rien ne permet d'affirmer que les intéressés, actuels et futurs, souhaitent garder le reflet d'une particularité étrangère sur leur nom. L'option en faveur du droit national permet aux intéressés de prendre librement une décision à ce sujet. Lorsque l'option en faveur de la loi nationale n'est pas ouverte¹²⁰¹, que l'application des règles du droit suisse conduit à attribuer à l'intéressé un nom qui ne correspond pas à son sexe, sous l'angle du droit étranger inapplicable, et que l'individu concerné souhaite éviter cette situation, il pourra solliciter un changement de nom.

505. *Doubles noms. 1° La théorie du « gel des patronymes »*. Un problème semblable se pose pour les doubles noms du droit espagnol et portugais notamment; cette inscription avait été longtemps refusée, en vertu d'un prétendu modèle suisse, au demeurant dépourvu de pertinence puisque les doubles noms ne sont pas inconnus en Suisse, en particulier dans le canton de Neuchâtel¹²⁰².

¹²⁰⁰ BUCHER, DIP II, N° 263; *idem*, L'application, p. 344-345. Voir également VISCHER, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 40.

¹²⁰¹ P. ex.: nom à flexion d'une mère célibataire double nationale, la Suisse étant la nationalité effective.

¹²⁰² Favorables à l'inscription des doubles noms du droit étranger, DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 40; BUCHER, DIP II, N° 265 et REC 1977, p. 337; JÄGER, REC 1990, p. 83-85. A noter que les doubles noms ne sont pas inconnus en Suisse: voir la liste des doubles et triples noms d'origine neuchâteloise in REC 1988, p. 175 ss; voir également ATF 71 I 366.

Ce refus n'est plus d'actualité. Ce qui pose problème actuellement, c'est à nouveau l'application de la théorie du « gel des patronymes »: une fois inscrit, le double nom se transmet tel quel à la génération suivante, si le droit suisse s'applique, parce que l'enfant est né en Suisse¹²⁰³.

506. 2° *Illustration*. Ainsi, l'enfant domicilié en Suisse, né d'un père espagnol (M. GOMEZ SANCHEZ) marié à une Suisseuse (Mme GOMEZ SANCHEZ, née FAVRE), et qui ne peut soumettre son nom à la loi espagnole (puisque'il est double national domicilié en Suisse et que l'art. 37 al. 2 LDIP se réfère à la nationalité effective) portera le double nom de son père (Paco GOMEZ SANCHEZ); alors que, selon le droit espagnol, le second nom est celui de la mère de l'enfant, l'intéressé porte comme second patronyme celui de sa grand-mère paternelle, ce qui n'est conforme ni au système espagnol ni au système suisse !

507. 3° *Critique de A. BUCHER; notre opinion*. En premier lieu, aucune valeur fondamentale relevant de l'ordre public suisse n'est concernée. Selon A. BUCHER¹²⁰⁴, si le droit suisse s'applique à l'acquisition du nom par l'enfant, il ne faut attribuer à l'enfant que la composante du double nom qui est, en vertu du droit étranger, transmissible à la génération suivante (GOMEZ, dans notre exemple); cette solution est préconisée par le *Bundesgerichtshof* allemand¹²⁰⁵. En revanche, si le droit espagnol s'applique, notamment lorsque l'intéressé a fait usage de son droit d'option, l'enfant portera le nom de sa mère comme second nom de famille (GOMEZ FAVRE)¹²⁰⁶. Ce pourra être le cas d'un enfant né en Suisse, ayant la nationalité espagnole, de parents espagnols ayant fait pour lui la déclaration de l'art. 37 al. 2 LDIP (art. 177d al. 4 OEC). Pour notre part, nous pensons, comme pour les noms à flexion, que la théorie du gel est préférable. Ceux qui entretiennent ou souhaitent entretenir ultérieurement des liens particuliers avec leur système d'origine pourront opter pour l'application de leur droit national, si cette faculté leur est ouverte. L'amputation du second nom, lorsque l'option du droit national n'est pas

(368), Zander, 116 II 504 (508), *Dame Biher*, 118 II 243 (246-247), *époux Fry-Schmucki*, citant la coutume du canton des Grisons selon laquelle l'enfant reçoit le nom de sa mère comme deuxième prénom.

¹²⁰³ Voir *Direktion des Innern* ZG, 28 juin 1993, RSDIE 1996, p. 210 et la note critique de BUCHER.

¹²⁰⁴ BUCHER, DIP II, N° 266.

¹²⁰⁵ BGH, 4 octobre 1989, BGHZ 109, p. 1, IPRax 1990, p. 120 (sur cet arrêt, voir la critique de Fritz STURM, *Spanisches Namensrecht vor dem Forum von Art. 220 Abs. 5 S. 3 EGBGB*, IPRax 1990, p. 99 ss), solution préconisée en Suisse par BUCHER, DIP II, N° 266 et RSDIE 1996, p. 213; *contra*: JÄGER, *op. cit.* (note 1198), p. 85, qui réserve la procédure en changement de nom; Fritz STURM, *Le droit international du nom en Suisse*, REC 1990, p. 254 ss, p. 263 et note 36.

¹²⁰⁶ STURM (IPRax 1990, p. 101) relève que le droit matériel espagnol permet (art. 109 CCEsp., cf. BERGMANN/FERID, *V° Spanien*, p. 17) à chacun de demander à sa majorité que l'ordre de ses *apellidos* soit interverti, décidant ainsi du nom qui sera transmis à ses enfants.

ouverte ou n'a pas été effectuée, risquerait de poser problème pour l'individualisation de la personne dans son système d'origine¹²⁰⁷; en outre, comme pour les noms à flexion¹²⁰⁸, à moins de limiter cette adaptation, de façon purement arbitraire, à une seule génération, le système étranger continuerait à régir, générations après générations, des acquisitions de doubles noms que la règle de conflit soumet au droit suisse. Si l'option de l'art. 37 al. 2 LDIP n'est pas ouverte, l'intéressé souhaitant néanmoins porter un nom qui soit conforme à celui du système de son ascendant devra solliciter un changement de nom (art. 38 LDIP) qui devrait être accordé assez largement.

508. *Nom intermédiaire (middle name)*. Quant au *middle name* anglo-saxon (mention du nom d'un ascendant entre le nom et le prénom), il devrait être inscrit à l'état civil suisse lorsque le nom est régi par le droit étranger; l'ordre public suisse ne s'y oppose pas¹²⁰⁹. Du point de vue technique, il sera inscrit comme deuxième prénom. Il faut du reste relever que, dans une affaire dans laquelle le nom était régi par le droit suisse (art. 69 OEC, 301 al. 4 CC), le Tribunal fédéral a estimé qu'un *middle name*, qui était utilisé de façon ancestrale par une famille dont les membres étaient autrefois domiciliés à l'étranger, pouvait être inscrit à l'état civil suisse comme deuxième prénom d'un enfant, dès lors que les parents pouvaient justifier d'une raison sérieuse, objectivement digne d'être prise en considération, en l'espèce d'une tradition familiale; le risque qu'un tiers prenne ce deuxième prénom pour un patronyme ne fut pas jugé suffisant pour faire obstacle au choix des parents; le double nom choisi par les parents comme deuxième prénom de l'enfant (*Van Vleck*) reliait celui-ci « d'une manière tangible à sa famille paternelle, dans le respect d'une tradition ancestrale »¹²¹⁰. Dans un arrêt de 1996, le Tribunal fédéral s'est opposé à une extension de cette jurisprudence; les termes utilisés nous semblent toutefois confirmer l'admissibilité du *middle name* lorsque le nom est soumis à un droit étranger qui le connaît¹²¹¹.

¹²⁰⁷ Fritz STURM, Le droit international du nom en Suisse, REC 1994, p. 254, 257, note que l'annuaire téléphonique de Madrid mentionne plus de 30'000 Fernández et environ 800 Fernández y Fernández.

¹²⁰⁸ *Supra*, N° 503-504.

¹²⁰⁹ JAMETTI GREINER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 40; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 7 ad art. 40; en Allemagne, voir SONNENBERGER, München. Komment., N° 28-29 ad an. 10 et KEGEL, § 17 IV, p. 434-435 et les décisions citées.

¹²¹⁰ ATF 116 II 504, *Dame Biner* (en l'espèce, le *middle name* était le patronyme hollandais d'un ascendant du père de nationalité américaine); la volonté d'instaurer une telle tradition n'est en revanche pas suffisante, ATF 118 II 243, *Epoux Fry-Schmucki*.

¹²¹¹ TF, 14 février 1996, traduction in REC 1997, p. 89 (confirmant la décision de la Direktion des Innern ZH, 8 septembre 1995, REC 1997, p. 87): « Dans chaque cas où l'attribution des prénoms est régie par le droit suisse, elle est soumise aux prescriptions très restrictives

509. *Appréciation de la pratique; nécessité d'une interprétation restrictive de la réserve.* On peut se réjouir de la nette amélioration dans la pratique de l'état civil relative à la transcription des noms étrangers¹²¹². Seul le maintien de cette attitude positive permettra d'éviter de vider de sa substance le droit rendu applicable par l'art. 37 LDIP¹²¹³. Une interprétation extrêmement restrictive de l'ordre public négatif s'impose, de manière à respecter au mieux la diversité culturelle qui s'épanouit dans les noms et les prénoms, dans la mesure où les intéressés désirent soumettre leur nom à leur loi nationale. Il est nécessaire que cet effort d'ouverture et de tolérance accompagne l'accroissement des flux migratoires. De nombreuses possibilités d'adaptation des règles techniques de l'état civil à la spécificité des noms régis par le droit étranger existent et devraient être exploitées dans une très large mesure¹²¹⁴.

510. *Intervention de la réserve au stade de la reconnaissance de noms acquis à l'étranger.* Dans le domaine de l'effet indirect, l'intervention de la réserve devrait rester tout à fait exceptionnelle. Si les intéressés sont des adultes, individualisés sous leurs noms et prénoms depuis des années, un refus de reconnaissance au nom de l'ordre public pourrait gravement léser leur personnalité, puisqu'ils perdraient une composante importante de leur identité dans leurs rapports avec les autorités de l'Etat de la reconnaissance et subiraient les nombreux désagréments qu'entraîne une situation boiteuse. La réserve ne devrait pas davantage intervenir à l'encontre des noms et prénoms acquis par un enfant à l'étranger: l'intérêt de l'enfant n'exige qu'exceptionnellement que soit effacé ce qui paraît choquant en Suisse, mais ne le semble pas à l'étranger. L'intervention de la réserve ne se justifie pas lorsque les intéressés ne résident que temporairement dans l'Etat de la reconnaissance. Or, s'il est facile d'évaluer les liens que les intéressés entretiennent avec l'Etat de la reconnaissance à un moment donné, il est presque impossible de déterminer si ces liens subsisteront à l'avenir. Dès lors, le plus souvent, mieux vaut laisser les intéressés décider où se situe leur intérêt en sollicitant un changement de nom ou en y renonçant, selon qu'ils souhaitent ou non conserver l'empreinte de leur culture sur leur nom.

définies dans l'arrêt précité [ATF 116 II 504], quelle que soit la position du prénom contesté dans la série de prénoms choisie ».

¹²¹² En ce sens, BUCHER, DIP II, N° 261.

¹²¹³ DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 40.

¹²¹⁴ Ainsi, le refus d'inscription dans le registre suisse de liaisons telles que « y » ou « de » entre le nom de l'épouse et celui de son mari nous paraît excessivement sévère, de même que la prohibition des mentions d'ascendance (cf. VISCHER, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 40 et JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 40).

2. Changement de nom

511. *But*: La procédure de changement de nom, largement ouverte aux personnes domiciliées en Suisse et aux ressortissants suisses domiciliés à l'étranger (art. 38 LDIP), offre une solution bienvenue pour tous ceux qui ne tiennent pas à conserver, matérialisée dans leur patronyme et immuable, faute d'événement donnant lieu à une modification de celui-ci, l'empreinte des particularités du système sous l'empire duquel ils ont acquis leur nom. L'art. 38 LDIP vise le changement de nom requis par un intéressé, indépendamment d'une modification du nom entraînée par une modification de statut, visée à l'art. 37 LDIP¹²¹⁵. La Suisse n'a pas signé la Convention d'Istanbul (Convention CIEC N° 4) relative au changement de nom et de prénom du 14 septembre 1958¹²¹⁶. Les Etats parties à ce texte s'engagent à ne pas octroyer de changement de nom et de prénom aux ressortissants d'autres Etats contractants, sauf s'ils sont également leurs ressortissants (art. 2). En contrepartie, les décisions relatives au changement de nom des ressortissants des Etats contractants ou des apatrides et réfugiés domiciliés sur leur territoire sont reconnues de plein droit sur le territoire des autres Etats contractants, sous réserve de l'ordre public (art. 3)¹²¹⁷.

512. *Changement de nom en Suisse*. Un changement de nom prononcé en Suisse par les autorités du domicile (art. 38 al. 1 LDIP) ou par celles du canton d'origine des Suisses domiciliés à l'étranger (art. 38 al. 2 LDIP) interviendra en application du droit suisse (art. 38 al. 3 LDIP). L'application du droit suisse au changement de nom de personnes de nationalité étrangère domiciliées en Suisse peut constituer un facteur appréciable d'intégration. L'art. 30 CC offre notamment une solution appropriée lorsque les noms d'une seule et même famille divergent parce qu'ils ont été déterminés selon des législations différentes, à l'occasion d'un changement de domicile par exemple¹²¹⁸ ou lorsque la prononciation difficile ou la longueur d'un nom d'origine étrangère entraînent de sérieux désagréments pratiques pour la personne concernée¹²¹⁹; il arrive fréquemment que de telles requêtes accompagnent des demandes de naturalisation, la modification du nom étant parfois ressentie par les intéressés

¹²¹⁵ JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 1 ad art. 38; DUTOIT, Commentaire, N° I ad art. 38.

¹²¹⁶ Texte in CIEC, Conventions et recommandations (1956-1987), Strasbourg 1988, p. 49 ss.

¹²¹⁷ Voir, pour un exemple d'intervention de cette réserve, Cass. fr., 14 octobre 1981, JCP 1982 IV, p. 4, RCDIP 1983, p. 703.

¹²¹⁸ BUCHER, DIP II, N° 274. Dans l'ATF 115 II 193 (197-198), *Burghartz Schnyder et Schnyder*, l'unification du nom de famille a été admise comme juste motif d'un changement de nom au sens de l'art. 30 CC.

¹²¹⁹ BUCHER, DIP II, N° 275.

comme un acte symbolique parachevant leur intégration sociale dans l'Etat du for. A mesure que le droit suisse s'applique, la réserve d'ordre public n'interviendra pas. La notion de justes motifs de l'art. 30 CC confère aux autorités suisses un important pouvoir d'appréciation qui devrait leur permettre de rendre une décision qui tienne largement compte de la spécificité des situations internationales¹²²⁰, quand bien même elles appliquent le droit suisse.

513. *Changement de nom intervenu à l'étranger (art. 39 LDIP)*. Les décisions étrangères de changement de nom sont le plus souvent rendues à la requête de personnes qui n'étaient à l'époque pas domiciliées en Suisse, qu'il s'agisse de Suisses ou d'étrangers. De telles décisions peuvent également concerner des ressortissants étrangers domiciliés en Suisse qui souhaitent saisir leurs autorités nationales, par exemple parce qu'ils ne sont domiciliés en Suisse que pour une durée limitée et qu'ils ont de sérieuses raisons de craindre qu'une décision rendue à leur domicile ne serait pas reconnue dans leur Etat national, ou parce que les règles matérielles de leur Etat national sont moins strictes, ne prévoyant pas l'exigence des justes motifs de l'art. 30 CC. La décision étrangère de changement de nom sera reconnue si elle est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant (même si elle n'a pas été prononcée dans ces pays)¹²²¹.

514. *Intervention de la réserve*. Sur le plan technique, le changement de nom pourra être reconnu de façon préalable par toute autorité (art. 29 al. 3 LDIP) ou à titre principal par l'autorité ordinaire de la reconnaissance (art. 29 al. 1 LDIP); la décision étrangère sera transcrite dans les registres suisses aux conditions de l'art. 32 LDIP, sur ordre de l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil. La réserve d'ordre public (art. 27 LDIP) peut intervenir exceptionnellement, l'intensité des liens de la cause avec le for conditionnant l'ampleur de la réaction de l'ordre public. Seule une très grave atteinte aux principes fondamentaux du for pourra justifier pareille intervention. Il convient d'éviter, dans toute la mesure du possible, de créer une situation boiteuse dans laquelle l'intéressé serait nommé de façon différente dans son Etat national et dans l'Etat de son domicile. L'écoulement du temps entre le prononcé de la décision à l'étranger et la décision de reconnaissance en Suisse est de nature à réduire

¹²²⁰ BUCHER, DIP II, N° 272; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 38; Thomas GEISER, Die Namensänderung nach Artikel 30 Absatz 1 ZGB unter dem Einfluss des neuen Eherechts, REC 1989, p. 33-42 (34); Message, ch. 225.3.

¹²²¹ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 2 ad art. 39; DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 39; *contra (contra legem)*: JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 39.

fortement l'intervention de la réserve¹²²²; il convient de respecter les attentes de l'intéressé qui a vécu une longue période en étant individualisé sous un nom déterminé. Comme exemple d'intervention potentielle de la réserve, nous pouvons citer le changement de nom forcé et discriminatoire, soit l'attribution par acte d'autorité d'un nom désignant un individu comme appartenant à une catégorie déterminée de la population (ethnie, religion, caste). A. BUCHER cite le cas du changement de nom d'un enfant requis, de façon contraire à ses intérêts, par un parent non détenteur de l'autorité parentale en Suisse, mais légitimé à le représenter dans un Etat étranger dans lequel ce changement intervient ou celui du changement de nom ou de prénom d'un enfant capable de discernement mais qui n'a cependant pas été entendu sur cette question¹²²³. On peut songer également au changement de nom ou de prénom requis par l'un des détenteurs de l'autorité parentale, alors que l'autre n'a pas été entendu (art. 27 al. 2 lit. b LDIP)¹²²⁴. En revanche, l'ordre public suisse n'a pas à intervenir à l'encontre d'un changement de nom prononcé à d'autres conditions que celles prévues par le droit suisse, lorsque la reconnaissance de la décision ne porte aucune atteinte aux valeurs de l'ordre juridique helvétique¹²²⁵.

515. *Intervention d'une autorité ?* La reconnaissance d'un changement de nom en Suisse suppose-t-elle l'intervention d'une autorité étatique à l'étranger ? Selon le Message, il n'est pas nécessaire que le changement de nom résulte d'une décision judiciaire; il faut en revanche que le changement ait été acquis au moins avec la coopération d'une autorité étatique, le Conseil fédéral prenant l'exemple de la déclaration devant une autorité officielle¹²²⁶. Alors qu'A. BUCHER pose l'exigence d'une procédure administrative ou judiciaire¹²²⁷, d'autres auteurs, auxquels nous nous rallions sans réserve, sont moins

¹²²² Voir, dans le domaine de l'adoption, ATF 120 II 87 (89), *époux X.*, se référant à l'opinion de BUCHER, DIP II, N° 751: « (...) le temps représente "un élément important de l'effet atténué de l'ordre public" (...) ». Voir *supra*, N° 385.

¹²²³ Exemple cité par BUCHER, DIP II, N° 284, DUTOIT (Commentaire, N° 3 ad art. 39) et VISCHER (IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 39).

¹²²⁴ Cf. Cass. fr., 14 octobre 1981, JCP 1982 IV, p. 4, RCDIP 1983, p. 703.

¹²²⁵ En ce sens Office fédéral de la justice, avis non publié du 22 juillet 1996, se prononçant pour la reconnaissance d'une décision du Ministre italien de la grâce et de la justice autorisant un double national suisse et italien, domicilié en Suisse, à adjoindre à son nom de famille actuel le nom de jeune fille de sa mère: « (...) il est certes vrai que selon le CCS et la jurisprudence du Tribunal fédéral un enfant ne peut, par le biais de la procédure en changement de nom, prendre un double nom composé du nom de famille du père suivi de celui de la mère, ou vice versa (ATF 119 II 307) (...). Il est également exact que le principe de l'unité du nom de famille est une norme importante de l'ordre juridique suisse. Toutefois, selon notre opinion, on ne saurait affirmer que la décision italienne permettant à notre compatriote de porter un double patronyme contrevient à notre ordre public (...) ».

¹²²⁶ Message, ch. 225.3.

¹²²⁷ BUCHER, DIP II, N° 282.

stricts: F. VISCHER, suivi de M. JAMETTI GREINER/Th. GEISER, B. DUTOIT et A. DÖRIG, ne font pas dépendre la reconnaissance du changement de nom, valablement entré en force à l'étranger, de la participation d'une autorité à une procédure étatique de changement de nom; ils proposent que l'officier de l'état civil chargé de procéder à la transcription du nom dans les registres suisses exige une preuve de la modification du nom intervenue à l'étranger; selon eux, il faudra que la modification ait au moins été enregistrée et qu'elle apparaisse dans des attestations officielles¹²²⁸. Il est vrai que plusieurs Etats, notamment les pays de *common law*¹²²⁹, connaissent des règles permettant de changer de nom de façon simple et sans participation d'une autorité étatique; exiger une décision formelle reviendrait à priver les parties domiciliées dans des pays ou ressortissantes d'Etats connaissant ce système de la possibilité de faire reconnaître en Suisse un changement de nom valablement intervenu à l'étranger. Tel ne peut être le sens de l'art. 39 LDIP, qui n'exige au demeurant pas expressément une décision, mais simplement un « *changement de nom intervenu à l'étranger* ». La renonciation à l'exigence d'une décision formelle nous paraît évidente, si l'on compare cette situation avec la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la reconnaissance de divorces privés¹²³⁰.

¹²²⁸ VISCHER, IPRG Kommentar, N° 3 ad art. 39; voir également JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 39, DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 39 et DÖRIG, p. 225.

¹²²⁹ Cf. HOGGETT et BROMLEY/LOWE, *op. cit.* (*supra*, note 1190), *loc. cit.* LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 1174) (p. 67) souligne que le régime volontariste de changement de nom « *by use and reputation* », traditionnel en *common law*, coexiste désormais, dans la plupart des Etats le connaissant, avec des règles organisant des procédures formelles de changement de nom, ayant pour but non de restreindre la liberté conférée aux particuliers par la *common law*, mais de faciliter la preuve grâce à l'enregistrement des changements effectués. Pour les Etats-Unis, voir DÖRIG, p. 225-226.

¹²³⁰ Nous verrons (*infra*, N° 792-793) que le Tribunal fédéral a récemment (ATF 122 III 344, *Benjamin T.*) assoupli l'art. 65 LDIP, disposition utilisant le terme de « *décision* », en admettant la reconnaissance de formes privées de dissolution de l'union conjugale, sous réserve de l'art. 27 LDIP.

Chapitre V: Changement de sexe et réserve d'ordre public

1. Introduction

516. *Une réalité.* Le thème du transsexualisme pose avec une évidence particulière le problème général de la classification des critères sociaux et juridiques de la définition du sexe et de l'identité sexuelle. C'est dans ce domaine que l'on constate « *le maximum de tension entre ce que l'on appelle "sex and gender", c'est-à-dire entre le sexe anatomique, morphologique et le sexe psychosocial* » (S. RODOTÀ)¹²³¹. Pour le Dr R. W. REID¹²³², le transsexualisme n'est pas le symptôme d'une culture occidentale décadente, mais une réalité dans des systèmes socioculturels très divers; on retrouve partout des phénomènes de transpositions, interprétés différemment selon le contexte socioculturel et religieux du moment¹²³³. Dans nos sociétés, les techniques de traitements hormonaux et chirurgicaux se sont développées au point de pouvoir opérer de véritables mutations des sexes¹²³⁴. Le sujet est à la mode et les propositions foisonnent, d'aucuns allant jusqu'à proposer une suppression de la mention du sexe à l'état civil¹²³⁵. Certaines organisations internationales se sont également soucies de cette question, sans aboutir à des résultats concrets pour l'instant¹²³⁶.

517. *Limites de notre étude.* Les problèmes que posent les changements de sexe en droit international privé débordent largement du cadre de la réserve de l'ordre public; peu étudiés, ils mériteraient une étude approfondie, sous l'angle

¹²³¹ RODOTÀ, p. 17; sur ce vocabulaire, en particulier le terme d'« *identité de genre* », voir également Elisabeth BADINTER, XY, De l'identité masculine, Paris 1992 (Le Livre de poche), p. 56, note 3: « *Le mot sexe (état de mâle ou de femelle) renvoie au domaine biologique (...). Le genre a des connotations psychologiques ou culturelles. L'identité de genre commence avec la perception que l'on appartient à un sexe et pas à l'autre* ».

¹²³² REID, p. 40.

¹²³³ Voir les remarques de REID, p. 40-41 sur le statut des « *xaniths* » d'Oman, des « *Berdaches* » de la culture des Indiens d'Amérique, des membres de la caste des « *Hijras* » d'Inde, des « *kushras* » pakistanais.

¹²³⁴ Voir, sur la « *redétermination sexuelle chirurgicale génitale et non génitale* », les indications de HAGE, p. 109 ss et BRANLARD, N° 1120 ss.

¹²³⁵ En ce sens, F. A. van der REIJT, in Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg 1995, p. 10-11.

¹²³⁶ Cf. la Résolution du Parlement européen (12 septembre 1989; doc. A 3-16/89, J. O. 9.10.1989, N° C 256/33-35, p. 34) sur les discriminations à l'encontre des transsexuels, appelant le Conseil de l'Europe à adopter une convention pour la protection des transsexuels et la Recommandation N° 1117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989 « *relative à la condition des transsexuels* », invitant les Etats à « *légiférer en la matière* ».

des problèmes généraux du droit international privé. Pour notre part, nous n'examinerons la question que dans l'étroite perspective de la réaction de la réserve d'ordre public.

2. Changement de sexe en Suisse: bref rappel du droit positif

518. *La réglementation.* Les opérations et traitements destinés à faire changer de sexe un individu qui éprouve le sentiment profond d'appartenir au sexe opposé¹²³⁷ sont effectuées en Suisse depuis un demi-siècle au moins¹²³⁸. Ce phénomène est largement pris en compte par le droit suisse, même s'il ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale. La Suisse, et en particulier le canton de Neuchâtel, peuvent à juste titre se prévaloir d'un statut de pionniers en ce domaine, si tant est qu'il faille en tirer quelque fierté; le 2 juillet 1945, le Tribunal cantonal neuchâtelois ordonnait la rectification des actes de l'état civil d'Arnold-Léon X. « en ce sens qu'il sera désormais inscrit comme étant du sexe féminin et portera les prénoms d'Arlette-Irène »¹²³⁹. Le Tribunal relevait que « ce n'est pas seulement le corps qui détermine le sexe d'un individu, c'est aussi son âme (...). En lui reconnaissant l'état civil d'une femme, on satisfait les désirs les plus profonds de son être tout en consolidant son équilibre psychique et moral; on facilite en même temps son adaptation à la vie sociale en lui permettant de mener un genre de vie plus normal qu'auparavant. L'intérêt personnel qui l'incite à demander son changement d'état civil n'est donc pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, bien au contraire »¹²⁴⁰. Depuis lors, « les juridictions inférieures traitent sans grand tapage les affaires

¹²³⁷ Il n'est pas question de discuter ici des fondements psychologiques, génétiques ou culturels de ce phénomène; pour un point de vue interdisciplinaire, voir les contributions in Transsexualisme, médecine et droit, Actes du XXIII^e colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam, 14-16 avril 1993, Strasbourg 1995. Voir également la remarquable étude de Jean-Paul BRANLARD, p. 405-624. Pour une tentative de définition, voir ATF 114 V 153, *SUPRA* Caisse-maladie et accidents: « le sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé, avec désir intense et obsédant de changer d'état, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même »; BRANLARD, N° 1173-1174; selon le système de classification psychiatrique *Diagnostic and Statistic Manual III-Revised* (DSM III-R, 1987, cité par REID, p. 25), est un transsexuel un individu postpubertaire souffrant d'une insatisfaction profonde et persistante en raison de son sexe anatomique et souhaitant depuis plus de deux ans subir un changement de sexe. Sur la situation en droit comparé, BRANLARD, N° 1258 ss et WILL, p. 87 ss.

¹²³⁸ BRANLARD, N° 1216, signale que les premières opérations remontent au premier quart de ce siècle.

¹²³⁹ TC NE, 2 juillet 1945, RJTC VIII, p. 536 ss.

¹²⁴⁰ Arrêt cité, p. 545; l'arrêt mentionne (p. 541-542) que le premier cas de changement de sexe connu en Suisse remonte au 19 octobre 1931 (décision du Conseil d'Etat du canton de Nidwald).

relativement nombreuses dont elles sont saisies » ainsi qu'a pu l'écrire un auteur étranger¹²⁴¹. Les arrêts publiés sont relativement nombreux¹²⁴². Le droit suisse ne contient pas de disposition expresse régissant la manière de transcrire un changement de sexe qui s'est effectivement produit. La modification de la mention du sexe dans les registres de l'état civil ne peut intervenir qu'à l'issue d'une action judiciaire¹²⁴³ intentée au for du domicile¹²⁴⁴. La jurisprudence a défini la nature et les conditions de cette action *sui generis*: l'action en changement de sexe est une action d'état, dès lors qu'elle tend à modifier l'état d'une personne et non à corriger une inscription qui était inexacte à l'origine¹²⁴⁵. Les opérations permettant de changer de sexe et qui sont propres à améliorer notablement l'état de santé psychique de l'assuré sont à la charge des caisses-maladie, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances¹²⁴⁶.

519. *Mariage et transsexualisme*. La question de savoir si l'action en changement de sexe d'un requérant marié doit être admise fait l'objet de discussions et de jurisprudence contradictoire¹²⁴⁷; en l'admettant, des couples

¹²⁴¹ WILL, p. 98.

¹²⁴² Voir p. ex.: TC NE, 2 juillet 1945, RJTC VIII, p. 536; *Obergericht* ZH, 15 octobre 1956, ZR 1965, N° 60; Chambre des recours VD, 16 avril 1958, JT 1960 III 28; *Zivilgericht* BS, 27 juin 1961, Zbl 1961, p. 418; ATF 92 II 128, X.; Président du Tribunal Laupen/BE, 17 février 1971, REC 1971, p. 129; *Bezirksgericht* ZH, REC 1975, p. 3; Président du Tribunal de Vevey, 9 mai 1974, REC 1974, p. 307; *Zivilgericht* BS, 8 mai 1979, REC 1979, p. 281; TC NE, 15 décembre 1980, RJN 1980-1981, p. 38; *Zivilgericht* BS, 17 juillet 1981, REC 1985, p. 374; ATF 119 II 264 (269-271), X. (*obiter dictum*). Dans la doctrine, voir Pierre AUBERT/Hélène REICH, L'inscription du changement de sexe dans les registres de l'état civil, REC 1986, p. 369 ss; Willi HEUSSLER, Changement de sexe dans le registre des familles, REC 1991, p. 284 ss; Henri-Robert SCHÜPBACH, Saisie de l'état civil des personnes physiques, TDPS II/2, Fribourg/Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, p. 111-112; Thomas GEISER, Aspects, *passim*.

¹²⁴³ ATF 119 II 264 (270), X.

¹²⁴⁴ Henri DESCHENAUX/Paul-Henri STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 3^e éd., Berne 1995, N° 821a; GEISER, Aspects, p. 35.

¹²⁴⁵ Cf. ATF 119 II 264 (270), X.; TC NE, 15 décembre 1980, RJN 1980-81, p. 38: « Le changement de sexe peut ainsi donner lieu à une action *sui generis*, admise par la jurisprudence fédérale »; SCHÜPBACH, *op. cit.* (note 1242), p. 111 *in fine*, note que l'action en rectification découlant d'un enregistrement inexact à la naissance du sexe de l'enfant relève également de la juridiction gracieuse; voir également GEISER, Aspects, p. 35.

¹²⁴⁶ ATF 114 V 153, SUPRA Caisse-maladie et accidents: dans un premier temps, le TF estimait que ni les actes de chirurgie reconstructive tendant à pourvoir l'assuré d'organes génitaux, ni l'épilation électrique définitive n'étaient à charge de la caisse-maladie, mais bien l'ablation indispensable d'organes; il est revenu sur cette jurisprudence dans l'ATF 120 V 463, Caisse-maladie Helvetia, admettant la prise en charge des actes de chirurgie reconstructive tendant à pourvoir l'assuré d'organes génitaux du sexe opposé.

¹²⁴⁷ *Bezirksgericht* SG, 26 novembre 1996, RSJ 1997, p. 442, AJP 1997, p. 340, REC 1997, p. 161: exigence de la dissolution préalable de l'union conjugale du requérant niée (décision

mariés d'individus du même sexe feraient leur apparition en Suisse¹²⁴⁸. Le problème du mariage du transsexuel au bénéfice d'une décision de changement de sexe est différent. Le droit suisse ne prévoit pas d'empêchement particulier en cas de changement de sexe. Dès que le changement de sexe d'une personne est valablement inscrit à l'état civil, celle-ci devrait pouvoir se marier avec une personne du sexe opposé à son nouvel état civil¹²⁴⁹.

3. Réserve d'ordre public: effet direct

A. Aperçu de droit international privé comparé

520. *Allemagne*. 1° *La loi de 1980 (droit interne)*. En 1978, le *Bundesgerichtshof* allemand a jugé que l'inscription du sexe d'une personne dans le registre des naissances devait pouvoir être modifiée, en vertu de la Loi fondamentale, lorsqu'il s'agit d'un cas irréversible de transsexualisme et qu'une opération a été effectuée (art. 2 I et 1 I *Grundgesetz*)¹²⁵⁰. La loi allemande du

approuvée par GEISER, *Aspects*, p. 42 et SCHWANDER, *AJP* 1997, p. 340). Voir, en réaction, la circulaire de l'Office fédéral de l'état civil, REC 1997, p. 241, critiquant cette décision et donnant pour instruction de n'inscrire un changement de sexe d'individus qui ont été mariés que sur présentation d'un jugement de divorce ou d'annulation ou encore d'un certificat de décès du conjoint. Voir également, refusant d'inscrire un changement de prénom d'un requérant marié ayant changé de sexe, Direction de la police et des affaires militaires BE, décision non publiée du 15 janvier 1998. A noter qu'en droit comparé, les solutions divergent: voir p. ex. VON BAR, *IPR* II, § 1, N° 13 pour l'Allemagne (irrecevabilité de la requête pendant le mariage) et l'Autriche (le jugement met fin au mariage, liquidé selon les règles du divorce); voir également, pour les pays de common law, Debbie S.L. ONG, *The test of sex for marriage in Singapore*, *IJLPP* 1998, p. 161-179.

¹²⁴⁸ Voir *infra*, N° 733.

¹²⁴⁹ Cf. ATF 119 II 264, X. (implicite); *Zivilgericht* BS, 27 juin 1961, Zbl 1961, p. 418, réservant l'action en nullité du fiancé qui ignore le changement de sexe opéré par son conjoint; Office fédéral de la justice, avis du 10 février 1997 cité *infra*, N° 544; Office fédéral de l'état civil, avis du 24 février 1997 cité *infra*, N° 544. SCHWANDER, *PJA* 1993, p. 1265, BUCHER, *RSDIE* 1994, p. 279, SIEHR, *IPR Kommentar* SPR, Vorbem. zu Art. 43-65, N° 17 et GEISER, *Aspects*, p. 43, admettent, implicitement pour les deux premiers, expressément pour les deux derniers, la validité d'une union entre le transsexuel dont la nouvelle identité a été constatée et un partenaire du sexe opposé à son nouvel état. A noter que la Cour Eur. D. H., dans ses arrêts REES (*infra*, N° 532) et COSSEY (cf. *infra*, N° 712 et note 1674) a estimé que l'art. 12 CEDH ne protégeait que le mariage entre personnes de sexe biologique différent. Pour un aperçu de droit comparé sur le mariage subséquent, voir VAN ITERSSEN, p. 195-196 avec des renseignements sur la Hollande, l'Autriche (cf. Oskar EDELBACHER, *Die Transsexualität im Zivil- und Personenstandsrecht*, *ÖJZ* 1981, p. 173-181), l'Italie (voir Corte Cost. 24 mai 1985, *Foro It.* 1985 I 2162). L'Espagne et le Luxembourg ne semblent pas admettre ce type de mariage. Pour la situation en Angleterre, NORRIE, p. 767 ss; pour la France, voir Jean HAUSER, *RTDC* 1997, p. 905-906; pour l'Allemagne, COESTER, *München. Kommentar*, N° 38 ad art. 13 et note 172.

¹²⁵⁰ BVerfG, 11 octobre 1978, *FamRZ* 1979, p. 25.

10 septembre 1980¹²⁵¹ prévoit une alternative pour le transsexuel: la « *grande solution* » permet à celui qui s'est soumis au préalable à une opération chirurgicale de changer officiellement de sexe et de prénom alors que la « *petite solution* » se limite au changement de prénom. Le *Bundesverfassungsgericht* a jugé inconstitutionnelle la limite d'âge minimale de 25 ans fixée dans la loi¹²⁵².

521. 2° *Rattachement*. Il est admis que le droit national du requérant s'applique à l'action en changement de sexe, par une bilatéralisation de la règle de conflit unilatérale de la loi de 1980 sur les transsexuels¹²⁵³. Cependant, les tribunaux allemands ne sont pas compétents¹²⁵⁴ pour modifier l'état civil des personnes qui ne sont pas visées par la loi du 10 septembre 1980 (§ 1 N° 1 et § 8 N° 1); seuls les ressortissants allemands au sens de la *Grundgesetz*, les apatrides ayant leur résidence habituelle en Allemagne et les réfugiés ayant leur domicile en Allemagne peuvent obtenir une constatation de leur changement de sexe; lorsqu'une procédure est nécessaire en vertu de la loi nationale de l'intéressé étranger domicilié en Allemagne, celui-ci est renvoyé à agir devant ses autorités nationales.

522. 3° *Ordre public*. Un arrêt rendu en rapport avec le phénomène du transsexualisme mérite d'être signalé: la réserve d'ordre public a fait obstacle à l'application de la loi malaysienne, qui prohibait le mariage d'un transsexuel avec une personne de son sexe originaire. L'*Amtsgericht* de Hambourg a estimé que l'empêchement du droit malaysien était contraire à la Loi fondamentale et que l'ordre public devait l'évincer¹²⁵⁵. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 13 al. 2 EGBGB, la question ne se pose plus en ces termes: cette clause d'ordre public spéciale permettrait de célébrer un tel mariage en application du droit allemand, en dépit de l'empêchement prévu par le droit national du fiancé

¹²⁵¹ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit (*Transsexuellengesetz*), du 10 septembre 1980, BGBl 1980 I, p. 1654.

¹²⁵² BVerfG 16 mars 1982, BVerfGE 60, p. 123 pour la grande solution et BVerfG, 26 janvier 1993, BVerfGE 88, p. 87, NJW 1993, p. 1517 (contravention à l'art. 3 § 1 de la Loi fondamentale, égalité de traitement).

¹²⁵³ KEGEL, p. 407; VON BAR, IPR II, § 1, N° 10.

¹²⁵⁴ Voir cependant AmtG Sarrebruck, 14 décembre 1982, arrêt non publié, cité par WILL, p. 82, note 4: changement de sexe accordé à un Brésilien domicilié en Allemagne.

¹²⁵⁵ AmtG Hamburg, 17 mars 1983, IPRspr. 1983, N° 1 et StAZ 1984, p. 42, décision approuvée par VON BAR, IPR II, § 1 N° 12; voir en sens contraire: Präsident OLG Hamm, 3 décembre 1973, IPRspr. 1973, N° 39 et StAZ 1974, p. 69: Pakistanais né en Inde, de sexe masculin, ayant subi une opération de changement de sexe en Belgique, au bénéfice de documents de voyage délivrés par l'Ambassade pakistanaise à Bonn mentionnant son nouveau prénom; le juge refusa de le dispenser de la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale (§ 10 II Ehegesetz) au motif que le mariage avec un ressortissant allemand heurterait l'ordre public.

transsexuel, dès lors que l'un des fiancés a sa résidence en Allemagne ou la nationalité allemande¹²⁵⁶.

523. *France*. En France, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ouvert aux transsexuels la voie de l'action en changement d'état en 1992¹²⁵⁷; depuis lors, la question du transsexualisme se pose également sur le terrain des conflits de lois, s'agissant d'étrangers domiciliés en France. La Cour d'appel de Paris¹²⁵⁸ s'est penchée sur ce problème: alors que le Tribunal de grande instance de Bobigny avait rejeté une demande de changement d'état d'un transsexuel de nationalité argentine au motif que la loi argentine applicable semblait ignorer le changement de sexe, la Cour d'appel a cassé cette décision en considérant que les droits de l'homme relevaient de l'ordre public et que leur protection devait être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des Etats non parties à la Convention européenne des droits de l'homme; pour la Cour, l'action de ce transsexuel résidant régulièrement en France devait être déclarée recevable sans considération de statut personnel dès lors qu'elle avait pour objet de mettre fin, par une nouvelle désignation de son sexe dans les documents officiels, à une discrimination sociale subie en France; la Cour ajoutait à titre subsidiaire que l'application de la loi nationale de l'intéressé, qui paraissait ignorer le syndrome de transsexualisme, conduirait à une décision constituant en elle-même la violation d'un droit de l'homme protégé tant par la CEDH que par le droit positif dans son état le plus récent.

524. *Pays-Bas*. Aux Pays-Bas, le changement de sexe est réservé aux Hollandais, résidant ou non en Hollande, et aux étrangers domiciliés en

¹²⁵⁶ Dans ce sens SPICKHOFF, p. 231.

¹²⁵⁷ La jurisprudence française a évolué, sous l'influence de l'arrêt de la Cour Eur. D. H. dans l'affaire *Lyne B.* (*infra*, N° 533): après avoir estimé que le principe de l'indisponibilité de l'état s'opposait à un changement de sexe (Cass. fr., 16 décembre 1975, D. 1976, Jurisp., p. 397), elle avait considéré que la rectification de la mention du sexe n'était possible qu'à la condition que le changement de sexe résulte d'une cause étrangère à la volonté de l'intéressé (Cass. fr., 3 mars 1987, Gaz. Pal. 1987, Panorama, p. 114); enfin, à la suite de l'arrêt précité de la Cour Eur. D. H. (mais en allant plus loin que les exigences de la Cour de Strasbourg), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a cassé des arrêts déboutant des transsexuels de leur demande de rectification d'acte de naissance, en précisant que la personne qui ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique et un comportement social la rapprochant du sexe qu'elle revendique doit avoir un état civil correspondant à son sexe apparent (Cass. fr. [Ass. plén.], 11 déc. 1992, Gaz. Pal 1993 I 180, JCP 1993 II 21991, François TERRÉ/Yves LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^e éd., Paris 1994, N° 23, p. 108 ss, très critiques; voir également, sur l'évolution de la jurisprudence, BRANLARD, p. 464 ss; GOBERT, Le transsexualisme, fin ou commencement ? JCP 1989 I 3361; Gilles GOUBEAUX, Les personnes, in *Traité de droit civil*, Paris 1989, N° 262 ss).

¹²⁵⁸ CA Paris, 14 juin 1994, RCDIP 1995, p. 308, note LEQUETTE.

Hollande depuis un an et possédant un permis de séjour valable¹²⁵⁹. Par cette règle spécifique, le législateur néerlandais voulait ouvrir l'action en changement de sexe aux étrangers tout en évitant un appel trop lourd aux tribunaux hollandais; il semble en effet qu'elle n'ait pas conduit à une grande affluence de requérants¹²⁶⁰. Dès que les tribunaux néerlandais sont compétents, la loi hollandaise s'applique en tant que loi du domicile ou du for¹²⁶¹; la réserve n'intervient donc pas. Sur le plan administratif, le tribunal ordonne, même pour des étrangers nés à l'étranger, la transcription de l'acte de naissance étranger et l'apposition, en marge, du changement de sexe, et cela indépendamment de la reconnaissance à l'étranger de ce changement d'état. L'intéressé étranger né à l'étranger dispose alors de papiers officiels concordant avec l'acte de naissance déposé aux Pays-Bas.¹²⁶²

B. Droit international privé suisse

525. *Introduction.* La loi de 1987 ne règle pas expressément cette question, de sorte qu'il convient en premier lieu de déterminer les règles de conflit de lois et de juridictions applicables lorsqu'un individu désirant changer officiellement de sexe saisit une autorité suisse, alors que l'affaire présente un élément d'internationalité (nationalité étrangère ou domicile à l'étranger de l'intéressé).

526. *Compétence.* Dès lors que l'action en changement de sexe n'est pas mentionnée comme chef de compétence spécial du chapitre 2 de la loi, qui concerne les personnes physiques, les autorités du domicile en Suisse sont compétentes en vertu de l'art. 33 al. 1 LDIP. En effet, le sexe d'une personne est un élément de sa personnalité, de sorte que cette règle générale visant le droit des personnes trouve application en ce domaine. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé cette qualification, en affirmant que l'art. 33 al. 1 LDIP s'appliquait à une action en constatation de changement de sexe¹²⁶³.

¹²⁵⁹ BRANLARD, N° 1262 et Hans Ulrich JESSURUN D'OLIVEIRA, *Transsexualität im internationalen Personenrecht*, IPRax 1987, p. 189 ss. Voir p. ex. *Arrondissementsrechtsbank*, 9 avril 1986, IPRax 1987, p. 186. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, est d'avis que le droit étranger ne prévoyant pas l'action en changement de sexe doit être écarté au nom de l'ordre public hollandais.

¹²⁶⁰ VAN ITERSSEN, p. 191, donne des éléments statistiques: sur les 681 personnes traitées jusqu'en avril 1992, 95 étaient des étrangers venus s'installer en Hollande.

¹²⁶¹ VAN ITERSSEN, p. 192.

¹²⁶² VAN ITERSSEN, p. 194.

¹²⁶³ ATF 119 II 264 (270), X.; voir déjà, avant l'entrée en vigueur de la LDIP, *Zivilgericht BS*, 17 juillet 1981, REC 1986, p. 83, estimant que, s'agissant de l'action en changement de sexe d'une Française domiciliée en Suisse depuis sa naissance, les autorités suisses de son domicile étaient compétentes et devaient appliquer le droit suisse, indépendamment du fait de savoir si

527. *Loi applicable.* La deuxième phrase de l'art. 33 al. 1 LDIP précise que les autorités suisses appliquent le droit du domicile. Dès lors, dans la très grande majorité des cas, qu'il s'agisse de ressortissants suisses, d'étrangers, d'apatrides ou de réfugiés domiciliés en Suisse, le droit suisse s'applique, si bien que la réserve d'ordre public n'a pas vocation à intervenir. Par conséquent, un ressortissant étranger domicilié en Suisse peut obtenir une décision suisse constatant un changement de sexe, alors même qu'il ne parviendrait pas à en obtenir la reconnaissance dans son Etat national, par exemple parce que celui-ci exige que les jugements d'état civil émanent des tribunaux nationaux du requérant ou que son ordre public fait obstacle à la reconnaissance d'un acte étranger rendu à des conditions moins sévères que celles de son droit interne. Pour les ressortissants étrangers, le droit international privé suisse est encore plus libéral que la loi hollandaise, puisqu'il ne soumet en aucune manière la saisine des tribunaux suisses à l'existence d'un domicile d'une durée déterminée en Suisse.

528. *Réserve d'ordre public. Effet direct.* Dans l'hypothèse d'une action en changement de sexe introduite en Suisse, pour autant que les conditions d'un for de nécessité soient réunies, par un intéressé, suisse ou étranger¹²⁶⁴, domicilié à l'étranger, l'autorité pourrait être amenée à appliquer le droit du domicile à l'étranger; une loi autre que la *lex fori* étant désignée, la réserve aurait vocation à intervenir. La réserve ne fera pas obstacle à l'application d'une loi étrangère soumettant le changement de sexe à des conditions équivalentes à celles du droit suisse. Nous pensons que la réserve pourrait en revanche intervenir à l'encontre d'une loi qui permettrait la constatation d'un changement de sexe d'une personne qui présenterait encore les attributs de son sexe originaire et qui serait encore apte à procréer. Tolérer un changement de sexe dans une telle situation nous paraît porter une grave atteinte aux droits de la personnalité et à la dignité de la personne du requérant, qui pourrait se reproduire avec un individu appartenant au même sexe d'un point de vue de l'état civil. En matière d'ordre public prohibitif toujours, le juge pourrait être amené, en fonction des circonstances, à évincer un droit qui permettrait de constater un changement de sexe sans aucune vérification de sa réalité, par exemple sur simple déclaration d'un intéressé qui présenterait encore toutes les caractéristiques de son sexe initial¹²⁶⁵; la réserve pourrait également faire obstacle à l'application d'un droit

la décision serait reconnue en France; GEISER, Aspects, p. 36; JAMETTI GREINER/GEISER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 33 et 18 ad art. 37.

¹²⁶⁴ Le for de nécessité pouvant lui être ouvert, cf. BUCHER, DIP II, N° 159.

¹²⁶⁵ Cf. *Zivilgericht* BS, 17 juillet 1981, REC 1986, p. 83 (85): « Selon la pratique, un changement de sexe peut être autorisé si les attributs corporels du sexe original ont disparu au point que le requérant ne puisse plus devenir père d'un enfant ou que la requérante ne

qui permettrait à un jeune mineur de changer de sexe, à un âge où l'identité de genre n'est pas toujours établie de manière définitive. Les exigences de l'ordre public suisse en ce domaine sont sans doute relativement sévères; les règles du droit suisse ne nous semblent toutefois pas constituer des lois d'application nécessaire, le principe fondamental de la dignité de la personne humaine étant suffisamment protégé par la réserve.

529. *Ordre public permissif.* Il convient de se demander si la réserve d'ordre public, dans sa fonction permissive cette fois, doit évincer un droit ne permettant pas d'introduire une action en constatation de changement de sexe. En d'autres termes, l'impossibilité pour un transsexuel de faire enregistrer officiellement sa nouvelle identité de genre est-elle incompatible avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique ?

530. *Prémisse: le standard des droits de l'homme.* Avant de définir le contenu de l'ordre public permissif, il nous semble utile de nous pencher sur le standard des droits de l'homme, dès lors que ceux-ci rayonnent sur l'affaire internationale par le truchement de la réserve d'ordre public¹²⁶⁶. L'individu dont le sexe apparent ne correspond pas à celui qui est inscrit officiellement est exposé à d'innombrables difficultés dans sa vie de tous les jours, chaque fois qu'il aura à justifier de son identité, sans pouvoir se présenter sous un prénom modifié par ses soins. Les organes de Strasbourg se sont penchés à quelques reprises sur des affaires mettant aux prises un transsexuel avec les autorités de son pays en rapport avec la reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle.

531. *Affaire Van Oosterwijck.* Dans l'affaire *Van Oosterwijck contre Belgique*¹²⁶⁷, la Cour a estimé qu'elle n'avait pas à connaître du fond de l'affaire, faute d'épuisement des voies de recours internes, alors que, pour la Commission, le défaut de l'Etat belge d'envisager des mesures permettant de tenir compte dans l'état civil du requérant des modifications de son apparence constituait une véritable méconnaissance du respect dû à la vie privée du requérant, au sens de l'art. 8 § 1 CEDH¹²⁶⁸.

puisse plus devenir mère »; cf. AUBERT/REICH, *op. cit.* (*supra*, note 1242), REC 1986, p. 370. En droit comparé, WILL, p. 94, cite un arrêt allemand ayant jugé suffisante la ligature des trompes de Fallope (irréversible chez une patiente sur cinq), estimant peu probable qu'une transsexuelle veuille se soumettre ultérieurement à une opération microchirurgicale pour retrouver sa fécondité (OLG Hamm, 15 février 1983, OLGZ 1983, p. 153, StAZ 1983, p. 167, MedR 1984, p. 146-7).

¹²⁶⁶ *Supra*, N° 353.

¹²⁶⁷ Cour Eur. D. H., 6 novembre 1980, série A, N° 40; voir BRANLARD N° 1680 ss; Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4^e éd., Paris 1994, p. 293-295.

¹²⁶⁸ Rapport de la Commission du 1^{er} mars 1979.

532. *Affaire Rees*. Dans l'affaire *Rees contre Royaume-Uni*¹²⁶⁹, le requérant invoquait les art. 3, 8 et 12 CEDH et se plaignait du fait que le droit anglais ne lui permettait pas d'obtenir une modification du registre des naissances. En effet, si les opérations de changement de sexe n'exigent aucune formalité juridique en Angleterre, il n'existe pas de système d'état civil intégré, mais seulement des registres distincts pour les mariages, les naissances, les décès et les adoptions. Les changements d'état ne sont pas inscrits; les extraits de l'état civil et les pièces d'identité ne sont ni exigés ni en usage et les transsexuels peuvent obtenir des documents portant les prénoms qu'ils ont choisis sur la base de leur véritable identité de genre. Le requérant, né d'apparence féminine, s'était muté en homme et était désigné par un prénom masculin figurant sur tous ses papiers officiels. Son acte de naissance n'avait toutefois pas pu être adapté en dépit du souhait du requérant. La Cour a estimé qu'il n'y avait pas de violation de l'art. 8 CEDH, dès lors qu'accéder à la requête de l'intéressé aurait contraint la Grande-Bretagne à introduire un nouveau type de documents attestant de l'état civil à un moment donné, ce qui aurait eu d'importantes conséquences administratives et aurait causé des désagréments pour l'ensemble de la population; pour la Cour, les obligations découlant de l'art. 8 CEDH ne vont pas jusqu'à obliger un Etat à modifier sa législation dans le sens voulu par le requérant¹²⁷⁰. Quant à l'art. 12 CEDH, il ne vise que le mariage entre personnes de sexe biologique différent.

533. *Affaire Lyne B.* Plus spectaculaire, l'affaire *Lyne B.* concerne la France¹²⁷¹. *Lyne B.*, transsexuel devenu femme à la suite d'une opération pratiquée en 1972 au Maroc, avait vu son action en déclaration de son sexe féminin rejetée par les tribunaux français. Elle invoquait les art. 3, 8 et 12 CEDH et se plaignait du fait que ses papiers officiels mentionnaient le prénom masculin qu'elle portait depuis sa naissance. Sans remettre en cause les arrêts précédents, la Cour a estimé qu'il y avait bel et bien eu violation de l'art. 8 CEDH, du fait que la requérante n'avait pas pu obtenir un nouveau prénom correspondant à son apparence, que ses papiers d'identité mentionnaient le sexe et que les registres des naissances pouvaient être actualisés sans difficulté¹²⁷². La requérante se trouvait quotidiennement placée dans une situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée. La Cour a cependant tenu à souligner que toute incertitude n'avait pas disparu en matière de transsexualisme et qu'il n'existait pas encore entre les Etats membres du Conseil de l'Europe un consensus suffisamment large pour l'amener à des conclusions opposées à celles des arrêts précédents.

¹²⁶⁹ Cour Eur. D. H., 17 octobre 1986, série A, N° 106; la Commission avait également conclu à une violation de l'art. 8 CEDH; BERGER, *op. cit.* (*supra*, note 1267), p. 295-297.

¹²⁷⁰ WILL, p. 84 qualifie de « remarquable mise en garde » l'affirmation de la Cour, selon laquelle elle n'en « a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers [les transsexuels], comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles (...). Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société ».

¹²⁷¹ Cour Eur. D. H., *Affaire B. c./ France*, du 25 mars 1992, série A, N° 232-C; voir BERGER, *op. cit.* (*supra*, note 1267), p. 298-300.

¹²⁷² Sur l'évolution de la jurisprudence française à la suite de cet arrêt, voir *supra*, N° 523 et note 1257.

534. *Affaire X., Y. et Z. Arrêt Sheffield et Horsham*. La Cour a rendu un arrêt intéressant le 22 avril 1997¹²⁷³ en l'affaire *X., Y. et Z. contre Royaume-Uni*. Après avoir subi un traitement hormonal et des opérations chirurgicales qui tendaient à le convertir du sexe féminin au sexe masculin, X. s'était mis en ménage stable avec une jeune femme. Le couple avait obtenu d'un comité d'éthique l'autorisation de recourir à une insémination artificielle de la jeune femme avec donneur anonyme. Cette autorisation était conditionnée à l'engagement de X. de reconnaître l'enfant à naître. A la naissance de l'enfant, X. avait souhaité être enregistré à l'état civil comme le père de l'enfant, ce qui fut refusé. L'enfant fut néanmoins inscrit sous le patronyme de X. La Cour a considéré que l'art. 8 CEDH s'appliquait aux relations qu'entretenaient X., Y. et Z., après avoir rappelé que le concept de vie familiale visé par l'art. 8 CEDH ne se limitait pas aux seules familles fondées sur le mariage mais pouvait englober d'autres relations de facto. La Cour soulignait que l'espèce se distinguait des affaires dont elle avait eu précédemment à connaître, puisque le requérant ne se plaignait pas du fait que le droit anglais ne permettait pas de reconnaître sa nouvelle identité, mais de ne pouvoir se faire enregistrer en qualité de père de l'enfant. La Cour a souligné qu'il n'existait pas de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels; les questions soulevées en l'espèce touchant à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, le droit paraissant traverser une phase de transition, il y a lieu d'accorder aux Etats une large marge d'appréciation. La Cour relevait qu'il est dans l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant. Le transsexualisme soulevant des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale et ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants, la Cour a estimé que l'art. 8 CEDH n'obligeait pas les Etats à reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est le père biologique. Dans l'arrêt *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni*¹²⁷⁴, deux transsexuels se plaignaient également de ne pouvoir obtenir une modification de leurs actes de naissance. La Cour a confirmé sa jurisprudence, déclarant, à 9 voix contre 11, n'être « pas convaincue de la nécessité de s'écarter de ses arrêts *Rees* et *Cossey* et de conclure, sur la base uniquement de l'évolution scientifique et juridique, que l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation pour défendre son refus persistant de reconnaître juridiquement le nouveau sexe des transsexuels opérés ». Elle a estimé que le Royaume-Uni n'avait aucune obligation positive de modifier l'état civil des transsexuels. La Cour a en outre confirmé, par 18 voix contre deux, qu'en garantissant le droit de se marier, l'art. 12 CEDH visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent¹²⁷⁵.

¹²⁷³ Cour Eur. D. H., 22 avril 1997, *Affaire X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, Recueil CEDH 1997 II, p. 619.

¹²⁷⁴ Cour Eur. D. H., 30 juillet 1998, *Affaire Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, Recueil CEDH 1998 IV, p. 2011.

¹²⁷⁵ A noter que la CJCE (CJCE, 30 avril 1996, Aff. C-13/94, *P. contre S. et Cornwall County Council*, Rec. 1996 I, p. 2143) a considéré qu'une discrimination fondée sur le changement de sexe équivalait à une discrimination fondée sur le sexe et que, par conséquent, l'art. 5 § 1 de la directive 76/207/CEE s'opposait au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle. Pour la Cour, tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître le respect de la dignité et de la liberté qu'elle doit protéger.

535. *Influence de cette jurisprudence sur l'intervention de la réserve ?* Cette jurisprudence pose davantage de questions qu'elle n'en résout. Il y aurait violation de la Convention lorsque le transsexuel ne peut obtenir un nouveau prénom et sa reconnaissance, notamment dans ses papiers d'identité et autres documents d'identification, mais il n'y aurait pas d'obligation pour les Etats membres de modifier leur système de l'état civil de manière à permettre l'inscription du nouveau sexe dans le registre des naissances. Doit-on en conclure que chacun jouit d'un droit à vivre sa véritable identité de genre¹²⁷⁶ et, si celle-ci ne coïncide pas avec son sexe apparent, d'un droit à suivre un traitement permettant d'en changer ? J. CARBONNIER¹²⁷⁷ craint que ces arrêts ne contribuent à légitimer le postulat philosophique discutable que toute pulsion intensément ressentie a vocation à devenir un droit subjectif. Devons-nous craindre que l'apparente volonté des individus ne recouvre en réalité que celle d'un corps médical à l'affût de nouvelles avancées technologiques ? On peut s'interroger sur la nécessité de consacrer un véritable droit de l'homme en présence de traitements qui restent contestés et qui conduisent trop souvent à des échecs douloureux pour les opérés¹²⁷⁸. Si l'on peut éprouver des doutes quant au bien-fondé de la jurisprudence *Lyne B.*, en particulier en raison de l'absence de convergence des droits positifs sur ce point, il est possible que ces décisions exercent une influence importante sur le contenu de l'ordre public suisse en ce domaine.

536. *Cas dans lesquels la réserve pourrait déployer un effet permissif.* Si la pratique en vient à considérer que la possibilité d'obtenir une décision d'état dans certaines circonstances relève d'un principe fondamental de l'ordre juridique¹²⁷⁹, l'on pourrait imaginer que la réserve intervienne pour ouvrir un droit

¹²⁷⁶ Luzius WILDHABER, *in* Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/Berlin, etc. 1992, N° 223 ad art. 8, est d'avis que les Etats ont une obligation positive, découlant de l'art. 8 CEDH, de modifier le registre des naissances ou au moins de délivrer des documents ne mentionnant que la nouvelle identité.

¹²⁷⁷ Jean CARBONNIER, *Les personnes*, 19^e éd., N° 97; voir, au N° 78, le parallèle frappant qu'il tire avec la date de naissance: il est des personnes âgées qui se sentent jeunes et qui, au prix d'opérations parfois douloureuses, se font rajeunir; la distorsion entre leur âge psychologique et leur âge d'état civil les font parfois souffrir cruellement; faut-il pour autant procéder à une rectification de leur inscription au registre des naissances ?

¹²⁷⁸ Voir BRANLARD, N° 1231, pour un exemple de « transformation à mi-chemin »; cf. également N° 1297 sur le taux de suicide chez les transsexuels, N° 1294 ss sur l'opportunité d'une opération et N° 1313 sur le consentement éclairé du patient. Pour des arrêts condamnant des médecins pour avoir opéré des transsexuels, voir WILL, p. 92-93, citant notamment CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, Gaz. Pal. 1990 II, p. 575: changement de sexe effectué par un médecin deux mois après qu'il a examiné son patient.

¹²⁷⁹ Voir p. ex. en droit interne, *Bezirksgericht SG*, 26 novembre 1996, RSJ 1997, p. 442, AJP 1997, p. 340 (note SCHWANDER), REC 1997, p. 161: « *In der Tat muss hier zugunsten der auf dem Spiele stehenden individuellen Interessen die fundamentale Bedeutung des Rechts auf*

d'action qui ne serait pas offert par la *lex causae*. Pour la Suisse, nous avons observé que l'application d'une loi étrangère à une action en changement de sexe supposait que le requérant ait son domicile à l'étranger et qu'il ait saisi la juridiction suisse en se fondant sur le for de nécessité (art. 3 LDIP); encore faut-il, pour que la question de l'intervention de l'ordre public permissif se pose, que la loi du domicile du requérant prohibe totalement l'action d'état ou la refuse en l'espèce. Lorsque les liens que le ressortissant étranger ou suisse entretient avec la Suisse sont relativement étroits en dépit de la présence d'un domicile à l'étranger¹²⁸⁰, la réserve pourrait intervenir pour permettre l'ouverture de la procédure en changement de sexe ou pour écarter une condition de la loi étrangère jugée excessivement sévère. Indépendamment du point de savoir si une éventuelle modification de la désignation du sexe sera reconnue dans l'Etat de la résidence actuelle du requérant, le tribunal pourrait juger qu'au vu des liens que le requérant entretient avec la Suisse, le changement de sexe doit pouvoir être inscrit officiellement dans les registres suisses (Illustration 1). Quant aux ressortissants étrangers non domiciliés en Suisse et n'entretenant aucun lien avec la Suisse, ils ne peuvent invoquer l'art. 3 LDIP puisque ce texte exige que la cause présente un lien suffisant avec la Suisse. Il est toutefois envisageable, en présence de certains liens avec la Suisse, qu'un for de nécessité soit donné, mais que l'ordre public suisse n'intervienne pas à l'encontre d'une législation prohibitive, compte tenu de la faible intensité de ces liens, à moins que la pratique n'en vienne à considérer que le principe heurté relève du noyau dur de l'ordre public.

537. *Problèmes de reconnaissance, le « sexe boiteux »*. Dans ces différents cas, de réelles difficultés découleront d'un refus éventuel de reconnaissance de la décision suisse de changement de sexe dans d'autres pays, en particulier dans l'Etat national ou du domicile à l'étranger. Critiquant la solution retenue par la Cour de Paris dans l'arrêt cité précédemment, Y. LEQUETTE¹²⁸¹ stigmatisait l'émergence d'une « *figure juridique inédite, que même les auteurs à l'imagination la plus débridée n'avaient osé imaginer, "le sexe boiteux"* ». Les tribunaux suisses sont compétents (art. 33 LDIP) pour prononcer le changement de sexe d'un ressortissant étranger domicilié en Suisse en application du droit

geschlechtliche Identität betont werden»; voir également ATF 119 II 264 (268), X.: « *Das Recht auf geschlechtliche Identität (Transsexualismus) fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper, in der Tat in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK* ».

¹²⁸⁰ On pourrait songer au ressortissant étranger né en Suisse, au bénéfice d'un permis d'établissement et ayant vécu pendant des années en Suisse avant de s'établir provisoirement à l'étranger, tout en ayant l'intention de revenir dans un proche avenir en Suisse, où sont domiciliés son conjoint et ses enfants, qu'il rencontre régulièrement.

¹²⁸¹ LEQUETTE, note sous CA Paris, 14 juin 1994, RCDIP 1995, p. 318.

suisse; si l'Etat d'origine de l'intéressé, dont l'action a été admise en Suisse, ou des Etats tiers refusent de reconnaître la nouvelle identité du transsexuel, par exemple parce qu'ils la jugent contraire à l'ordre public, qu'ils ne reconnaissent les jugements d'état que s'ils émanent des autorités nationales de l'intéressé, celui-ci changera de sexe officiel lors de chaque passage à la frontière! Le « *sexe boiteux* » constitue une réalité paradoxale et regrettable, malheureusement inévitable vu la disparité des droits matériels en ce domaine.

538. *Mariage de transsexuels en Suisse*. La solution libérale du droit interne¹²⁸², ne prévoyant pas d'empêchement particulier lié au changement de sexe, s'applique à tout mariage célébré en Suisse, en vertu de l'art. 44 al. 1 LDIP. Le mariage d'un transsexuel avec une personne dont le « *sexe officiel* » n'est pas identique sera possible, que la décision de changement de sexe ait été prononcée en Suisse en faveur d'un ressortissant suisse ou étranger ou qu'elle émane d'une autorité étrangère, son bénéficiaire en ayant obtenu la transcription (art. 32 LDIP) ou la reconnaissance en Suisse, à titre principal ou à titre préalable à la célébration du mariage. En revanche, le transsexuel dont l'état civil n'a pas encore été officiellement modifié ne pourra se marier qu'avec une personne de sexe biologique différent. Le droit suisse s'opposerait en d'autres termes à la célébration en Suisse d'un mariage entre deux personnes de sexe biologique identique, l'une d'elles étant un transsexuel qui n'est pas au bénéfice d'une décision (suisse ou reconnue en Suisse) de changement de sexe.

4. Réserve d'ordre public: effet indirect

A. Aperçu de droit international privé comparé

539. *Divergences*. En droit international privé comparé, les solutions divergent d'un Etat à l'autre. Certains Etats reconnaissent les décisions prononcées à l'étranger¹²⁸³. D'autres refusent de reconnaître les décisions concernant leurs nationaux¹²⁸⁴. L'harmonisation du droit du changement de sexe est souhaitable. La solution réside sans doute dans l'adoption d'une Convention internationale;

¹²⁸² *Supra*, N° 519.

¹²⁸³ C'est notamment le cas de la Turquie (VAN ITERSSEN, p. 193) et du Luxembourg (*idem*, p. 193; JESSURUN d'OLIVEIRA, *op. cit.* [note 1259], p. 189-191). Une évolution serait perceptible en Belgique, où un jugement hollandais de 1990 a été reconnu (cf. VAN ITERSSEN, p. 194). Aux Pays-Bas (VAN ITERSSEN, p. 198), la décision sera reconnue si la loi appliquée est la loi nationale de l'intéressé ou s'il s'agit de la loi du domicile, à condition que la décision soit reconnue dans l'Etat national de l'intéressé.

¹²⁸⁴ C'est le cas de l'Allemagne (VAN ITERSSEN, p. 193), qui refuse de reconnaître une décision concernant une personne visée par la loi allemande sur les transsexuels. VAN ITERSSEN (p. 194) signale qu'au Portugal, l'ordre public serait très certainement opposé à la décision, l'action en changement de sexe n'y étant pas admise.

la Commission internationale de l'état civil (CIEC) a effectué quelques pas en cette direction¹²⁸⁵.

B. Droit international privé suisse

540. *Reconnaissance. Conditions générales.* La décision étrangère sera reconnue en Suisse si les conditions des art. 25-27 LDIP sont remplies; elle sera transcrite dans les registres suisses de l'état civil moyennant décision de l'autorité cantonale de surveillance (art. 32 LDIP). S'agissant de la compétence indirecte (art. 25 lit. a LDIP), la loi présente une lacune qu'il est nécessaire de combler. Nous ne pensons pas qu'il convienne de « *bilatéraliser* » la règle de compétence directe de l'art. 33 al. 1 LDIP. Nous nous rallierons à A. BUCHER¹²⁸⁶ qui propose de s'inspirer de la solution retenue aux art. 39 et 42 LDIP; sera donc reconnue la décision de constatation de changement de sexe émanant de l'autorité du domicile ou de l'Etat national du requérant. En cas de pluralité de nationalités, la prise en considération de l'une des nationalités suffira (art. 23 al. 3 LDIP).

541. *Reconnaissance de principe.* La question de la reconnaissance en Suisse d'une décision de changement de sexe se posera à titre principal ou à titre préalable (art. 29 al. 3 LDIP), par exemple lors de la célébration d'un mariage en Suisse ou à l'occasion de la délivrance d'un document administratif faisant mention du sexe de l'intéressé. Dès lors que le droit suisse connaît l'action en changement de sexe, l'ordre public ne s'oppose pas en soi à la reconnaissance de telles décisions. En sa qualité d'élément essentiel de la personnalité individuelle, l'identité de genre ne devrait en principe pas souffrir de discontinuité au passage des frontières. La reconnaissance d'une décision est la règle dont il ne faut s'écarter que de façon exceptionnelle, en ce domaine peut-être plus qu'en d'autres en raison de l'incidence d'un refus. Les décisions

¹²⁸⁵ La délégation néerlandaise à la CIEC s'est engagée à préparer un projet de convention relative à la reconnaissance internationale des décisions rendues en matière de changement de sexe (cf. Etienne ROBERT-GRANDPIERRE, Rapport sur l'activité de la CIEC au cours de l'année 1994/1995, REC 1995, p. 373-376 [375]); l'avant-projet est en voie d'élaboration, cf. Giorgio A. BERNASCONI, Rapport sur l'activité de la CIEC au cours des années 1996/97 et 1997/98, REC 1998, p. 364-371 (367). WILL, p. 81 suggère que le Conseil de l'Europe élabore des lignes directrices pour une législation harmonisée (voir ses propositions p. 99-102). A noter que la Convention CIEC N° 9 relative aux décisions de rectification de l'état civil du 10 septembre 1964 (RS 0.211.112.14) ne régit pas de telles décisions dès lors qu'elle s'applique aux décisions qui, sans statuer sur une question relative à l'état des personnes ou sur le droit à une qualification nobiliaire ou honorifique, réparent une erreur dans un acte de l'état civil (cf. VAN ITERSOM, p. 190; en ce sens également, avis non publié de l'Office fédéral de la justice, 10 février 1997, cité *infra*, N° 544).

¹²⁸⁶ BUCHER, DIP II, N° 159.

étrangères de changement de sexe devraient être largement reconnues en Suisse, ne serait-ce qu'aux fins d'éviter des situations boiteuses: l'équilibre identitaire, parfois précaire, du transsexuel pourrait être fortement mis à mal en cas de refus de reconnaître en Suisse une décision entrée en force dans l'Etat de sa nationalité ou de son domicile et avoir d'irréversibles conséquences matérielles et psychologiques sur l'intéressé et ses proches, notamment lorsque le transsexuel s'est marié valablement à l'étranger ou a adopté des enfants après l'entrée en force de la décision. Lors de l'examen du motif de refus de l'art. 27 al. 1 LDIP, il y a lieu de prendre en considération les attentes légitimes de l'intéressé et les difficultés pratiques qu'il pourrait rencontrer si sa nouvelle identité de genre n'était pas reconnue. L'autorité de la reconnaissance s'abstiendra d'examiner les motifs de la décision qui lui est soumise, comme si elle devait elle-même statuer au fond (art. 27 al. 3 LDIP). Ainsi, elle n'ordonnera pas de nouvelles expertises médicales.

542. *Intervention de la réserve.* L'autorité de la reconnaissance ne devrait faire intervenir qu'exceptionnellement la réserve d'ordre public, lorsque la reconnaissance causerait un grave trouble à l'ordre social, compte tenu de l'intensité des liens que l'intéressé entretient avec l'Etat de la reconnaissance et de l'écoulement relatif du temps depuis le prononcé. La question de l'intervention de la réserve d'ordre public ne se pose pas lorsque le changement de sexe a été décidé dans des conditions qui auraient également permis de la prononcer selon le droit suisse. On pourrait certes imaginer que l'autorité refuse, au nom de l'ordre public, de reconnaître un changement de sexe qui ne correspond manifestement pas à la réalité, qui a été prononcé alors que le requérant présente encore plusieurs attributs corporels de son sexe biologique, ou alors que le transsexuel était encore trop jeune. Un refus de reconnaissance d'un changement de sexe valablement effectué à l'étranger risque de heurter sinon les valeurs essentielles, du moins l'opinion publique chaque fois qu'en raison des opérations subies par le transsexuel, de son habillement, de sa coiffure, son apparence extérieure présente toutes les caractéristiques du sexe opposé à son sexe biologique. De surcroît, l'autorité tiendra compte des effets que la décision a déjà pu déployer à l'étranger et de l'incidence d'un refus de reconnaissance; lorsque l'intéressé a vécu plusieurs années dans des Etats dotant de pleine efficacité sa nouvelle identité, l'étendue des liens avec la Suisse au moment de la demande de reconnaissance ne justifie guère l'intervention de la réserve. Plus le changement de sexe sera ancien et reconnu de longue date dans l'Etat d'origine ou des précédents domiciles, moins la réserve aura vocation à intervenir¹²⁸⁷ (Illustration 2).

¹²⁸⁷ L'écoulement du temps représente un facteur important de la théorie de l'effet atténué: ATF 120 II 87 (89), *Epoux X*.

543. *Mariage à l'étranger.* Dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral s'est prononcé contre la transcription dans les registres suisses de l'état civil d'un mariage célébré au Danemark entre un transsexuel brésilien, opéré à Londres, et un Suisse; lors de la célébration du mariage, le transsexuel, dont le changement de sexe n'avait pas été constaté officiellement, s'était fait passer pour une personne de sexe féminin, en présentant des papiers falsifiés. Dès lors qu'aucune constatation de changement de sexe n'était intervenue avant la célébration du mariage, le Tribunal fédéral a estimé qu'il s'agissait d'une union entre deux hommes et a fait intervenir la réserve de l'art. 27 al. 1 LDIP pour s'opposer à sa reconnaissance en Suisse, tout en précisant que l'intéressé pouvait faire constater la modification de son identité sexuelle par le tribunal suisse de son domicile¹²⁸⁸. Le mariage d'un transsexuel sera donc reconnu en Suisse lorsque son conjoint appartient au sexe opposé à son sexe officiel: en d'autres termes, le mariage entre deux personnes dont le sexe biologique est identique ne sera reconnu que si l'un des conjoints est au bénéfice d'une décision de changement de sexe¹²⁸⁹.

544. *Reconnaissance de changement de sexe valable à l'étranger indépendamment d'une procédure.* Dans un avis rendu en 1997¹²⁹⁰, l'Office fédéral de la justice devait se prononcer sur la reconnaissance d'un changement de sexe effectué valablement à l'étranger, avec effet d'état civil, en l'absence de toute procédure. L'intéressée, de sexe biologique masculin, était née aux Philippines en 1962 et avait subi des opérations à Londres en 1992. Les registres de l'état civil philippin avaient été modifiés pour indiquer sa nouvelle identité, sans procédure de rectification judiciaire ou administrative. Se fondant sur la reconnaissance par les Philippines de son statut de femme, l'intéressée, domiciliée en Australie, souhaitait se marier en Suisse avec un citoyen suisse. En premier lieu, l'office a considéré que la compétence internationale des autorités philippines pour la rectification des registres était donnée, l'intéressée étant née aux Philippines, pays dont elle était ressortissante. En second lieu, l'office a estimé, s'agissant d'un changement de sexe qui a été constaté officiellement, mais sans procédure, qu'il convenait de distinguer selon que la personne intéressée est née ou non en Suisse: dans le premier cas, l'identité de

¹²⁸⁸ ATF 119 II 264, X., RÈC 1994, p. 120. SCHWANDER (PJA 1993, p. 1265) et BUCHER (RSDIE 1994, p. 279) admettent tous deux que le mariage pourrait être reconnu en Suisse dès que le requérant débouté aura obtenu la constatation officielle de son changement de sexe par les autorités de son domicile, à moins que le droit danois ne frappe de nullité absolue l'union célébrée entre des fiancés annonçant une fausse identité.

¹²⁸⁹ S'agissant de la reconnaissance des effets des unions homosexuelles, valablement contractées à l'étranger, cf. *infra*, N° 714 ss.

¹²⁹⁰ Office fédéral de la justice, avis non publié du 10 février 1997.

genre qu'elle possède à la naissance figure dans les registres de l'état civil suisse, de sorte qu'il serait nécessaire que le changement de sexe résulte d'une procédure menée devant une autorité administrative ou judiciaire¹²⁹¹. En revanche, si l'intéressé est né à l'étranger, qu'il soit Suisse ou étranger, il serait possible de reconnaître l'acte de changement de sexe en dépit de l'absence de décision¹²⁹². A nos yeux, comme pour le mariage ou le divorce¹²⁹³, un acte effectué sans procédure à l'étranger n'est pas en soi exclu du système de la reconnaissance des art. 25 ss LDIP. Le fait que l'individu concerné figure au registre suisse des naissances n'empêche pas de reconnaître l'acte étranger et de le faire transcrire (art. 32 LDIP), pour autant qu'il soit doté d'efficacité à l'étranger et suffisamment prouvé, par exemple par la présentation d'un acte de l'état civil étranger. La réserve d'ordre public pourrait intervenir dans les mêmes circonstances que pour une décision de changement de sexe, par exemple lorsque la modification ne correspond pas à la réalité ou que l'intéressé est manifestement trop jeune. La réaction de la réserve serait plus incisive lorsque l'intéressé entretient des liens étroits avec la Suisse, qu'il figure ou non au registre des naissances.

5. Illustrations

545. *Illustration 1 a)* Claude-Alphonsine B. est une citoyenne suisse née à Farvagny-le-Grand/FR en 1970. En 1994, Claude-Alphonsine subit à l'étranger plusieurs opérations chirurgicales destinées à lui donner l'apparence du sexe masculin. Depuis lors, elle se fait appeler Claude-Alphonse par son entourage. Employée de la maison Beautiffe SA à Lausanne, elle est envoyée en Syldavie en 1996 pour y lancer une chaîne de salons de coiffure. Son séjour en Syldavie est limité à 5 ans, et il est prévu qu'à son issue, elle travaillera à la direction générale de Beautiffe, à Lausanne. Claude-Alphonsine veut profiter de son séjour à l'étranger pour faire modifier son état civil; elle apprend à sa grande déception que la loi syldave prohibe le changement de sexe. Claude, qui ne souhaite pas attendre des années pour

¹²⁹¹ « Sollte dies nicht zutreffen, d.h. wenn die Eintragung in die ausländischen Zivilstandsregister ohne ein solches vorgängiges Verfahren erfolgt sein sollte, so wäre nach unserem Dafürhalten die Geschlechtsumwandlung erst nach Erwirkung eines Statusurteils vor der zuständigen ausländischen Behörde oder, gegebenenfalls, nach Anhebung einer solchen in der Schweiz, falls die Zuständigkeit hierzu gegeben wäre (Art. 33 IPRG), in die schweizerischen Zivilstandsregister einzutragen ».

¹²⁹² « Es sei in diesem Sinne auch wieder darauf aufmerksam zu machen, dass nicht nur Entscheidungen, sondern auch Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgrund des IPRG in der Schweiz anzuerkennen sind (...). Schliesslich sei noch bemerkt, dass der schweizerische Ordre public bei der Anerkennung der vorliegenden Geschlechtsumwandlung unseres Erachtens unseren Ordre public (sic) nicht tangieren würde, und zwar auch nicht in abgeschwächter Form ». Dans le même sens, au sujet de la même affaire, Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 24 février 1997.

¹²⁹³ Cf. *infra*, N° 591, 792-793, 804 ss pour la reconnaissance en Suisse de mariages consensuels et de divorces privés.

officialiser son changement de sexe, mandate un avocat pour saisir les tribunaux vaudois de son dernier domicile en Suisse (art. 3 LDIP). Le juge s'estime compétent, évince la loi syldave au nom de l'ordre public; il est d'avis que les liens étroits que la requérante entretient avec la Suisse (nationalité, domicile jusqu'à son départ, parents, amis, biens en Suisse, esprit de retour caractérisé, propriété d'un immeuble, etc.) justifient que la réserve d'ordre public intervienne à l'encontre de la loi de son nouveau domicile qui ne prévoit pas l'action en changement de sexe. Il applique la loi suisse à titre de droit de substitution, dont la vocation à s'appliquer est renforcée par l'étroitesse des liens de la cause avec la Suisse. Il ordonne la mise en œuvre d'une expertise médico-psychologique.

546. *Illustration 1 b).* Josiane Y. est une citoyenne suisse, originaire des Bayards/NE, vivant en Syldavie depuis sa naissance; ses grands-parents, producteurs d'absinthe ont quitté définitivement le Val-de-Travers et la Suisse en 1908¹²⁹⁴, afin de pouvoir continuer leur production artisanale en des terres plus accueillantes. Josiane Y. est mariée à un citoyen italien et a des enfants domiciliés en Syldavie. En 1996, Josiane-Y. se rend au Guatemala, où elle subit plusieurs interventions chirurgicales destinées à lui donner l'apparence du sexe masculin. Josiane, qui se fait dorénavant appeler John, se sépare de son mari tout en conservant la garde de ses enfants. En 1997, elle charge un avocat d'intenter une procédure en changement de sexe devant les tribunaux neuchâtelois. Le juge estime que les conditions du *for de nécessité* ne sont pas réunies, le lien avec la Suisse ne lui paraissant pas suffisant; à titre subsidiaire, il relève qu'en tout état de cause, il n'aurait pas évincé la loi du domicile de la requérante (art. 33 LDIP), dès lors qu'elle ne déploie pas d'effets contraires à l'ordre public dans le cas d'espèce, compte tenu de la faible intensité des liens que la requérante entretient avec la Suisse.

547. *Illustration 2 a).* Balthasar-Hannibal R., double national suisse et bordure, est né en 1980 à Lausanne, où il vit. Fermeement convaincu depuis son enfance d'être en réalité une fille, il souhaite changer officiellement de sexe après avoir subi des opérations chirurgicales qui lui donneraient l'apparence du sexe féminin. Les médecins qu'il a consultés en Suisse en 1993 l'ont dissuadé d'entreprendre des démarches avant d'avoir atteint l'âge adulte. Balthasar-Hannibal se rend en Bordurie, en compagnie de ses parents, dans la clinique privée du Dr. S., qui se refuse rarement à effectuer, moyennant gros paiement, des interventions sur des patients même très jeunes. Ce médecin refuse également d'effectuer les opérations, n'étant pas convaincu de la stabilité de l'identité de genre de Balthasar-Hannibal. Balthasar-Hannibal apprend que la loi bordure permet aux transsexuels même non opérés, d'obtenir la

¹²⁹⁴ Rappelons que l'initiative populaire sur l'interdiction de l'absinthe (art. 32^{ter} Cst. féd. (1874), Message du 9 décembre 1907, FF 1907 VI 1162) fut approuvée par 241 078 oui contre 138 669 non et par tous les cantons à l'exception de ceux de Genève et de Neuchâtel (Arrêté fédéral du 7 octobre 1908, RO 24, p. 898). La nouvelle Cst. féd. (1999) n'a pas repris la prohibition (voir Message, FF 1997 I 1 ss [319]). Voir la LF sur l'interdiction de l'absinthe, RO 26, p. 751 et RS 4, p. 687, aujourd'hui abrogée et remplacée par les art. 2 al. 4 et 11 de la LF sur les denrées alimentaires (RS 817.0) et par l'art. 433 de l'Ordonnance sur les denrées alimentaires (RS 817.02). Sur l'histoire (et l'actualité !) de l'absinthe dans le canton de Neuchâtel, voir Georges DROZ, *Feu...l'absinthe*, Editions de la Prévôté, Montier 1973; Pierre-André DELACHAUX, *L'Absinthe arôme d'apocalypse*, Collection « Beautés du patrimoine neuchâtelois », Ed. Gilles Attinger, Hauterive 1991; Pierre-André DELACHAUX, *Les années vertes ou la fée au fond du verre*, Nouvelle revue neuchâteloise, N° 54, Neuchâtel 1997.

modification de leur état à l'issue d'une procédure rapide et sommaire, mais relativement chère. Balthasar-Hannibal obtient, juste avant de revenir en Suisse, un jugement d'état constatant sa nouvelle identité. De retour en Suisse, Vanessa (c'est le prénom que Balthasar-Hannibal s'est choisi) demande la reconnaissance de ce jugement et l'inscription de sa nouvelle identité dans les registres de l'état civil de son domicile. L'autorité de surveillance refuse d'ordonner la transcription, invoquant l'ordre public compte tenu du fait que le sexe apparent du requérant (qui n'a pas été opéré) ne coïncide pas avec le sexe figurant dans la décision bordure, de l'âge du requérant, des liens étroits qu'il entretient avec la Suisse et de la proximité dans le temps de la nouvelle décision, sur laquelle il ne peut avoir fondé d'attente légitimes.

548. Illustration 2 b). En 1970, alors qu'il n'avait que 12 ans, Anton X., Syldave domicilié en Bordurie, s'est fait opérer dans la clinique du Dr V. La même année, il a obtenu des tribunaux bordures un jugement d'état précisant qu'il s'appelle dorénavant Ana. L'année suivante, Ana s'est mariée en Syldavie avec le Dr V. En 1986, les époux s'installent en Autriche; leur mariage est reconnu. En 1987, le Dr V. vend sa clinique et les époux s'installent en Suisse, où ils vivent durant 10 ans. Leurs permis de séjour ont été établis sur la base de leurs passeports syldave et bordure. En 1998, le Dr V. décède. Par testament olographe, le Dr V. a attribué la totalité de ses biens à l'association des Amis de Bordurie, association ayant son siège en Suisse et a soumis sa succession à la loi bordure. L'association obtient la délivrance des biens du *de cuius* sur la base d'un certificat d'héritier qu'elle a fait établir. Ana agit en pétition d'hérédité, réclamant le montant de sa réserve en application de la loi bordure; selon l'association, le changement de sexe et le mariage intervenus sont contraires à l'ordre public, de sorte qu'Ana n'a pas qualité d'héritière. Le juge statue sur cette question préalable; il estime que, compte tenu de l'absence de liens avec la Suisse au moment du changement de sexe et du mariage, de la longue reconnaissance dont l'union et le changement de sexe ont fait l'objet à l'étranger (Bordurie, Syldavie, Autriche) et en Suisse (par les autorités administratives), la réserve d'ordre public ne doit pas intervenir. Ana a droit à 1/10^e de la succession, soit la réserve que lui attribue la loi bordure.

Chapitre VI: Conclusion du mariage et réserve d'ordre public¹²⁹⁵

1. Les règles de conflit

549. *Art. 43 et 44 al. 1 LDIP.* Un mariage peut être célébré en Suisse si l'un des conjoints est de nationalité suisse ou est domicilié en Suisse (art. 43 al. 1 LDIP). Les fiancés étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à se marier en Suisse par l'autorité compétente, à condition que leur mariage soit reconnu par l'Etat de leur domicile ou leur Etat national (art. 43 al. 2 LDIP). Aux termes de l'art. 44 al. 1 LDIP, les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse. Le rattachement à la loi nationale de chacun des fiancés, prévu à l'art. 7c al. 1 LRDC, a été remplacé par le recours à la loi suisse du lieu de célébration du mariage. La nouvelle règle consacre la tendance croissante à l'application de la *lex fori* (*Gleichlauf von jus und forum*) en droit international privé de la famille¹²⁹⁶. Il s'agit typiquement d'une règle de conflit unilatérale. La question de la conformité à l'ordre public des conditions de fond du mariage ne se posera pas lorsque le droit suisse s'applique en vertu de cette règle de conflit.

550. *Art. 44 al. 2 LDIP.* Si les conditions du droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés (art. 44 al. 2 LDIP). Ce système réalise le principe du *favor matrimonii*¹²⁹⁷; en principe le mariage sera célébré selon la loi suisse (*lex loci celebrationis*); si celle-ci ne permet pas la conclusion du mariage (p. ex. parce que les conditions d'âge et de degré de consanguinité sont plus sévères en droit suisse) et que les deux fiancés sont étrangers¹²⁹⁸, le mariage pourra néanmoins être célébré selon la loi

¹²⁹⁵ La LF du 26 juin 1998 (RO 1999, p. 1118), révisant profondément le droit de la conclusion du mariage et du divorce, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Dans le présent chapitre, l'abréviation « CC » signifie qu'il s'agit d'une référence à la teneur du Code civil modifiée par la LF du 26 juin 1998; l'abréviation « aCC » correspond à la version antérieure. Afin d'éviter une obsolescence prématurée de notre texte, nous avons pris le parti d'anticiper l'entrée en vigueur de cette révision de quelques mois.

¹²⁹⁶ Cf. VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 5 ad art. 44, qui estime que cette règle tend à faciliter l'accès à la justice et l'application du droit; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 1 ad art. 44.

¹²⁹⁷ Voir VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 44 LDIP; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 44; sur ce concept et son importance dans la LDIP, voir KNOEPFLER/SCHWEIZER, Règles de conflit, p. 93 ss, (106-108).

¹²⁹⁸ Pour une analyse et une critique de cette limitation aux seuls fiancés étrangers, domiciliés ou non en Suisse, cf. BUCHER, DIP II, N° 340 et Andreas NABHOLZ, Le mariage des

nationale de l'un des fiancés. En revanche, le droit étranger n'intervient pas si les conditions qu'il met à la conclusion du mariage sont plus sévères que celles du droit suisse¹²⁹⁹. La forme du mariage célébré en Suisse est régie par le droit suisse (art. 44 al. 3 LDIP; art. 97-103 CC).

551. *Exigence d'une déclaration de reconnaissance? Etablissement et application du droit étranger.* Selon l'ordonnance sur l'état civil, lorsque le mariage est célébré en application du droit étranger (art. 44 al. 2 LDIP), les fiancés doivent produire une déclaration de l'Etat d'origine de l'un des fiancés attestant qu'il reconnaîtra le mariage ainsi qu'une autorisation de l'autorité cantonale de surveillance (art. 150 al. 1 ch. 4 OEC). Nous nous rallions aux auteurs¹³⁰⁰ qui estiment que l'art. 44 al. 2 LDIP ne permet pas de faire de la déclaration de reconnaissance du mariage par l'Etat d'origine de l'un des fiancés une condition cumulative à la célébration du mariage, comme le suggère la teneur de l'art. 150 al. 1 ch. 4 OEC. Cette disposition de l'ordonnance est en contradiction avec la loi, parce qu'elle pose des conditions plus strictes que celle-ci à la célébration du mariage: en effet, l'art. 44 al. 2 LDIP ne pose aucune exigence quant à la reconnaissance du mariage par l'Etat national de l'un des fiancés. L'autorisation de l'autorité de surveillance (art. 168b OEC) est nécessaire et suffisante. Le droit national étranger est établi et appliqué d'office, la collaboration des parties pouvant être requise (art. 16 al. 1 LDIP)¹³⁰¹. Si les

étrangers selon les dispositions de la future loi fédérale sur le droit international privé, REC 1987, p. 226-230 (229).

¹²⁹⁹ *Direktion des Innern ZG*, 23 juin 1989, GVP-ZG 1989/90, p. 202: «*milderes Helmatrecht*». Sur le problème du renvoi, voir VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 14 ad art. 44 LDIP (pour); BUCHER, DIP II, N° 342 (contre); DUTOIT, FJS N° 942, p. 9 (contre) et Commentaire, N° 7 et 8 ad art. 44; SCHWANDER, Einführung BT, N° 115 (pas de renvoi-retour; renvoi à un droit tiers s'il permet la célébration).

¹³⁰⁰ BUCHER, DIP II, N° 357; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 21 et 22 ad art. 44 LDIP; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 44.

¹³⁰¹ BUCHER, DIP, II N° 357 et 358 qui estime au demeurant que l'autorité cantonale de surveillance ne peut pas non plus faire dépendre son autorisation de la production d'un certificat de capacité matrimoniale, contrairement à ce qu'affirme l'Office fédéral de l'état civil dans sa circulaire du 21 mai 1990, REC 1990, p. 224, ch. 112; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 21 et 22 ad art. 44 LDIP. Voir cependant ATF 113 II 1, *K. et M.*, prononcé en application de la LRDC: le demandeur, requérant d'asile zäïrois, ne pouvait produire de certificat de célibat de son pays d'origine et n'était pas en mesure de prouver par d'autres moyens qu'il était célibataire; il n'a pas été autorisé à se marier en Suisse; sur ces certificats, voir p. ex. Martin JÄGER, Prüfung der Ehefähigkeit von Ausländern, REC 1992, p. 43 ss. Sur le certificat de publication de mariage italien, voir BUCHER, DIP II, N° 360 et RSDIE 1998, p. 252-254.

conditions du droit étranger sont réunies, le mariage doit être célébré, l'autorité ne pouvant refuser l'autorisation de façon discrétionnaire¹³⁰².

552. *Droit conventionnel*. La Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage, qui était entrée en vigueur pour la Suisse le 15 septembre 1905¹³⁰³ a été dénoncée avec effet au 1^{er} juin 1974¹³⁰⁴. Elle ne lie aujourd'hui plus que l'Allemagne, l'Italie et la Roumanie. La Suisse n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, qui était destinée à remplacer la Convention de 1902¹³⁰⁵. Une convention bilatérale régit le droit applicable à la célébration du mariage; il s'agit de la Convention d'établissement du 25 avril 1934 entre la Confédération suisse et l'Empire de Perse¹³⁰⁶ qui soumet le mariage d'Iraniens en Suisse à leur loi nationale¹³⁰⁷.

2. Intervention de l'ordre public: effet direct

A. Remarques générales

553. *Source de la réserve. Droit conventionnel*. Pour la Suisse, l'intervention de l'ordre public en ce domaine ne se fonde plus que rarement sur une convention. La Convention de La Haye de 1902, aujourd'hui abrogée, mentionnait les cas dans lesquels l'ordre public pouvait justifier une exception au rattachement au droit national. Ainsi, l'Etat du lieu de célébration pouvait interdire le mariage d'étrangers qui était contraire à ses dispositions en matière de degré de parenté et d'alliance, d'interdiction de remariage pour cause d'adultère ou d'attentat à la vie d'un conjoint (art. 2). La technique utilisée s'apparentait à la méthode énumérative chère à BUSTAMANTE¹³⁰⁸. Cette conception figée de l'ordre public était peu adaptée à l'évolution des mœurs et des conceptions essentielles des Etats contractants. La Convention de 1978, non signée par la Suisse, contient à l'art. 11, outre les réserves générales d'ordre public en matière d'effet

¹³⁰² BUCHER, DIP II, N° 361; DUTOIT, FJS N° 942, p. 8 et Commentaire, N° 6 ad art. 44; SCHWANDER, Familienrecht, p. 662; Martin JÄGER, Quelques problèmes pratiques dans le traitement des cas internationaux d'état civil, REC 1991, p. 196.

¹³⁰³ RS 1848-1947, t. 11, p. 743.

¹³⁰⁴ RD 1972, p. 1681; cf. sur les motifs de la dénonciation: Division de la justice, 10 mars 1972, JAAC 1973, N° 35 et ATF 97 I 389 (411), *Dal Bosco et Walther*.

¹³⁰⁵ Texte reproduit in ASDI 1978, p. 456; voir la contribution de Pierre LALIVE, ASDI 1978, p. 31 ss. Au 1^{er} mars 1999, la Convention de 1978 avait été signée par six Etats et ratifiée par trois (cf. RCDIP 1999, p. 182).

¹³⁰⁶ RS 0.142.114.362.

¹³⁰⁷ Encore faut-il qu'ils soient tous deux exclusivement de nationalité iranienne, voir DUTOIT, Commentaire, N° 16 ad art. 44; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, t. III, p. 169; SIEHR, IPR Kommentar, N° 3 ad art. 44.

¹³⁰⁸ *Supra*, N° 30 et note 102.

direct et indirect (art. 5 et 14), de formulation classique, une liste des cas dans lesquels les Etats contractants peuvent refuser de reconnaître un mariage célébré à l'étranger (bigamie, degré de parenté prohibé, âge, capacité mentale, libre consentement)¹³⁰⁹. Il est admis que la Convention avec l'Iran réserve implicitement l'ordre public¹³¹⁰.

554. *Intervention de la réserve (art. 17 LDIP) dans le cadre de l'art. 44 al. 2 LDIP. 1° Généralités.* En l'absence de texte conventionnel, l'ordre public interviendra toujours sur la base de la LDIP. L'application du droit national de l'un des fiancés est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP)¹³¹¹. L'autorité cantonale de surveillance de l'état civil, appelée à donner une autorisation, examinera si le résultat concret auquel conduirait l'application du droit étranger heurte l'ordre public suisse. Les décisions rendues sous l'empire de l'art. 7c LRDC fournissent quelques indications sur la pratique suisse en la matière¹³¹², si l'on prend garde de tenir compte de l'évolution des valeurs fondamentales pertinentes depuis leur prononcé. L'autorité doit concrétiser la réserve à la lumière de la liberté du mariage, garantie par les art. 54 Cst. féd. (1874), 14 Cst. féd. (1999) et 12 CEDH (qui ne constituent pas des règles d'application nécessaire¹³¹³) et dont découle le principe du *favor matrimonii*¹³¹⁴.

¹³⁰⁹ Sur les rapports entre les art. 11 et 14, voir LALIVE, *op. cit.* (note 1305), p. 45: « en dehors des cas énumérés par l'art. 11, un Etat contractant reste libre d'estimer que la reconnaissance sollicitée est manifestement incompatible avec son ordre public ».

¹³¹⁰ Art. 8 al. 3, 2^e phrase: « Il ne pourra être dérogé à l'application de ces lois (...) qu'à titre exceptionnel et pour autant qu'une telle dérogation est généralement pratiquée à l'égard de tout autre Etat étranger »; cf. ATF 85 II 153 (168), B. et SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 5 ad art. 44, pour qui ce texte englobe les réserves générales des art. 17 à 19 LDIP ainsi que les réserves spéciales des art. 44 al. 3 et 59 LDIP.

¹³¹¹ Ce que rappelle l'art. 168b OEC, cf. BUCHER, DIP II, N° 346-350; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 15 ad art. 44; SCHNYDER, p. 52; DUTOIT, Commentaire, N° 9 ad art. 44.

¹³¹² VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 15 ad art. 44 LDIP, dans la mesure où les dispositions relatives à la conclusion du mariage n'ont pas encore été modifiées.

¹³¹³ Voir, sur les rapports qu'entretiennent droits fondamentaux et ordre public, *supra*, N° 347 ss et N° 353-354 sur l'inadaptation de la méthode des lois d'application nécessaire dans ce contexte.

¹³¹⁴ Voir, en matière de reconnaissance, l'intéressant arrêt du BVerfG, 20 novembre 1982, BVerfGE 62, p. 323, IPRax 1984, p. 88: mariage célébré, en la forme religieuse, par un prêtre britannique en Allemagne en 1947 entre une Allemande et un citoyen britannique, union reconnue en Angleterre, Etat dans lequel les époux s'établissent dans un premier temps et dont l'épouse acquiert la nationalité; au décès de l'époux, les autorités allemandes refusent d'octroyer à l'épouse la pension qu'elle réclame, au motif que l'union n'a pas été célébrée devant les autorités de l'état civil. La Cour a considéré qu'il serait contraire à la protection du mariage découlant de la Loi fondamentale (§ 6 al. 1 GG) de refuser l'octroi d'une pension pour le seul motif que le mariage ne serait reconnu qu'à l'étranger; voir, pour une affaire semblable, OLG Köln, 10 mai 1993, IPRax 1994, p. 371.

555. 2° « *Ordre public permissif* » et « *ordre public prohibitif* ». Selon certains auteurs¹³¹⁵, l'ordre public qui intervenait sous l'empire de l'ancienne législation tantôt pour évincer un empêchement inadmissible et permettre la conclusion du mariage alors que le droit national des fiancés l'interdirait (« *ordre public permissif* »), tantôt pour faire obstacle à des dispositions d'un droit étranger trop libéral (« *ordre public prohibitif* »), n'interviendrait plus que dans sa seconde fonction en matière d'effet direct, puisque la règle de conflit suppose que le droit étranger ne s'applique pas s'il est plus strict que le droit suisse. Nous ne partageons pas l'opinion de ces auteurs: à notre avis, l'ordre public peut intervenir à l'encontre d'un empêchement prévu par le droit national de l'un des fiancés, pour autant que les autres conditions du mariage soient plus libérales selon la *lex causae*. L'ordre public devrait évincer les empêchements du droit étranger qui heurtent de façon évidente l'ordre public suisse (empêchement fondé sur une différence de religion, de nationalité, d'appartenance ethnique, sur une spécificité physique, etc.), si les conditions résiduelles du droit étranger sont plus libérales que le droit suisse¹³¹⁶. Ainsi, lorsque le droit national de l'un des fiancés étrangers permet à des jeunes gens de 16 ans de se marier mais prohibe toute union entre personnes réputées appartenir à des ethnies différentes, l'ordre public suisse pourrait faire obstacle à l'empêchement ethnique, lorsque les liens avec la Suisse revêtent une certaine intensité; le mariage pourrait alors être célébré entre les deux jeunes fiancés par application résiduelle du droit étranger. L'on pourrait certes objecter à cette solution que l'impossibilité pour les fiancés de se marier en vertu de l'empêchement discriminatoire n'est pas choquant au point que l'ordre public serait heurté dès lors que le droit suisse ne permettrait pas non plus, pour d'autres raisons, la célébration du mariage (à défaut, le droit étranger ne s'appliquerait pas !). Nous pensons toutefois que l'inégalité de traitement que subiraient les intéressés par rapport à des fiancés qui ne tomberaient pas sous le coup de l'empêchement de la *lex causae* et qui pourraient dès lors se marier en Suisse justifie l'intervention de la réserve. En revanche, lorsque la réserve n'intervient pas, il n'est pas possible de panacher les dispositions les plus favorables du droit étranger et du droit suisse de façon à permettre la célébration du mariage¹³¹⁷. Enfin, il est incontesté que l'ordre public prohibitif peut faire barrage à l'application d'un

¹³¹⁵ VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 15 ad art. 44 LDIP; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 20 ad art. 44.

¹³¹⁶ Cf. SCHWANDER, Familienrecht, t. II, p. 663 et Einführung BT, N° 117.

¹³¹⁷ DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 44.

droit étranger qui heurte les valeurs du for parce qu'il est excessivement libéral¹³¹⁸.

B. Cas d'intervention de la réserve

556. *Empêchements fondés sur la parenté et l'alliance.* Selon la doctrine majoritaire¹³¹⁹, les empêchements entre parents (naturels ou adoptifs) en ligne directe et entre frères et sœurs (art. 100 al. 1 ch. 1 aCC/95 al. 1 ch. 1 CC) sont des lois d'application nécessaire (art. 18 LDIP) ou « *d'ordre public (positif)* » pour reprendre une ancienne terminologie. L'on pourrait également raisonner par le biais de la réserve de l'art. 17 LDIP, étant entendu qu'il s'agirait alors de protéger le noyau dur des valeurs de l'ordre juridique suisse, la célébration d'un mariage dans notre pays constituant en tous les cas une *Binnenbeziehung* suffisante. En ce qui concerne les autres empêchements, l'évolution des conceptions est manifeste. La loi du 26 juin 1998¹³²⁰ sur la révision du droit de la conclusion du mariage a abrogé l'empêchement à mariage entre oncle et nièce, tante et neveu (art. 100 al. 1 ch. 1 aCC), tout en maintenant l'empêchement entre alliés dans le seul cas où l'alliance unit une personne et l'enfant de son conjoint (art. 95 al. 1 ch. 2 CC). Le Conseil fédéral relevait que les liens existant entre oncle et nièce, tante et neveu ne sont plus aussi étroits qu'autrefois; le risque d'une atteinte à la paix familiale ne serait plus assez important pour justifier le maintien de l'empêchement¹³²¹. En ce qui concerne l'alliance, le Conseil fédéral affirmait qu'en dehors de l'empêchement subsistant entre une personne et l'enfant de son conjoint, les motifs fondant autrefois la prohibition ne justifieraient plus un empêchement général¹³²². Nous pensons que l'empêchement fondé sur l'alliance ne s'impose pas avec autant de vigueur que celui fondé sur la parenté. Une partie de la doctrine avait d'ailleurs admis, bien avant l'adoption de la révision législative de 1998, que les motifs d'empêchement différents de celui fondé sur la parenté en ligne directe et entre

¹³¹⁸ A noter qu'en Allemagne, la clause spéciale d'ordre public (art. 13 al. 2 EGBGB) ne fait pas obstacle à l'intervention de l'art. 6 EGBGB lorsque le droit étranger, libéral, heurte l'ordre public; cf. COESTER, München. Kommentar, N° 24 ad art. 13.

¹³¹⁹ BUCHER, DIP II, N° 347; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 44; DUTOIT, Le nouveau droit international privé suisse de la famille, in CEDIDAC N° 9, Lausanne 1988, p. 31; *idem*, Commentaire, N° 9 ad art. 44; SCHWANDER, Familienrecht, p. 661; BECK, Berner Kommentar, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 47 ad art. 7c LRDC.

¹³²⁰ LF du 26 juin 1998, FF 1998 III 3077; Message FF 1996 I 1 ss, art. 95.

¹³²¹ Message précité, ch. 222.31, FF 1996 I 66; le Conseil fédéral relève en outre que les motifs d'eugénisme « *n'ont plus beaucoup de signification dans ce rapport de parenté* »; le Conseil fédéral note enfin que l'empêchement entre oncle/tante et nièce/neveu a été abandonné en Allemagne (§ 4 al. 1 EheG), en Autriche (§ 6 EheG), et qu'il fait l'objet de possibilités de dispense en France (art. 163 et 164 CCFr.) et en Italie (art. 87 CCIt.).

¹³²² Message précité, ch. 222.31.

frères et sœurs n'étaient pas « *d'ordre public* » en droit international privé¹³²³. Nous pensons que, sous l'empire de l'ancien droit déjà, la prohibition du mariage entre oncle et nièce, tante et neveu ne constituait pas une loi d'application nécessaire; la question ne se pose plus depuis la récente abrogation de cette disposition. En revanche, le jeu de la réserve d'ordre public suffira à apporter une réponse satisfaisante pour l'empêchement fondé sur l'alliance: la réserve pourrait intervenir lorsque les intéressés entretiennent des liens étroits avec la Suisse, en particulier si leur futur domicile conjugal doit y être situé. Lorsque ces liens sont moins étroits - la compétence de l'officier de l'état civil étant fondée sur l'art. 43 al. 2 LDIP - il n'est pas certain qu'il faille juger contraire à l'ordre public une législation ne connaissant pas l'empêchement fondé sur l'alliance en ligne directe.

557. *Empêchement fondé sur la parenté adoptive.* Quant à l'empêchement fondé sur la parenté adoptive en ligne non directe, son caractère de loi d'application nécessaire devait être nié sous l'ancien droit, ne serait-ce qu'en raison de la faculté de dispense ouverte par l'art. 100 al. 2 aCC¹³²⁴. La loi du 26 juin 1998 a supprimé cette dernière disposition; au vu de l'abrogation de l'empêchement entre parents en ligne collatérale au troisième degré, elle n'aurait plus eu de sens que pour autoriser la célébration d'un mariage entre frère et sœur adoptifs; le Conseil fédéral n'a pas jugé bon de maintenir la possibilité d'une dispense « *de peur que la transparence et la sécurité du droit n'en souffre* »¹³²⁵. Nous pensons que le motif invoqué ne participe pas de l'essence de l'ordre public, qui ne s'est pas renforcé sur ce point. Le fait qu'une seule dispense ait été accordée

¹³²³ En 1933 déjà, MURET, p. 78-79 et 117, estimait que les empêchements entre oncle et nièce, tante et neveu et alliés en ligne directe n'étaient pas d'ordre public (cf. é.g. citation de ROGUIN, p. 34), tout en relevant les fortes divergences dans la pratique cantonale; BUCHER, DIP II, N° 347 (implicite); SCHNITZER, p. 341; *contra*: GÖTZ, Berner Kommentar, N° 14 ad art. 100; BECK, Berner Kommentar, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 47 et 49 ad art. 7c LRDC, marquant clairement la distinction entre les effets directs et indirects: cet auteur s'oppose à la célébration en Suisse d'un mariage entre des parents de ce degré, mais pas à sa reconnaissance en Suisse; voir également DFJP, FF 1911 I 504, N° 17: « (...) la parenté entre oncle et nièce constitue une prohibition absolue de se marier (...). Un oncle et une nièce ne peuvent, en conséquence, se faire marier en Suisse, alors même que le mariage serait autorisé par leur loi nationale ».

¹³²⁴ SCHWANDER, Familienrecht, p. 661 et Einführung BT, N° 114; cf. déjà MURET, p. 79 et BECK, Berner Kommentar, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 49 ad art. 7c LRDC; en droit français, MAYER (N° 551) estime que « *chaque fois que la loi française prévoit une possibilité de dispense, la prohibition n'a pas un caractère aussi impérieux; il est donc possible dans ce cas de valider le mariage de deux étrangers, même sans dispense si leur loi nationale n'en exige pas* ». En Allemagne, voir COESTER, München. Komment., N° 41 ad art. 13.

¹³²⁵ FF 1996 I 67.

en Suisse¹³²⁶ signifie sans doute que l'institution n'était guère utile, mais non qu'elle heurte nos conceptions fondamentales. Des fiancés étrangers devraient pouvoir invoquer un droit étranger plus libéral (art. 44 al. 2 LDIP), connaissant une disposition semblable à l'art. 100 al. 2 aCC, sans se voir opposer l'ordre public suisse¹³²⁷.

558. *Délai de viduité*. Nous pensons que le délai de viduité prévu par l'ancien droit (art. 103 aCC) ne constituait pas une loi d'application nécessaire¹³²⁸. En droit interne, le juge avait la possibilité d'abréger ce délai (art. 103 al. 3 CC); en outre, la doctrine mettait sérieusement en doute la constitutionnalité de cette règle dont l'utilité était fort discutable¹³²⁹. Enfin, le délai de 300 jours correspondait au délai de la présomption de paternité de l'art. 256a al. 2 CC, disposition qui n'avait pas qualité de règle d'application nécessaire¹³³⁰. Ces différents éléments ne plaident guère pour l'impérativité internationale de cette disposition. Un contrôle du droit étranger au regard de l'art. 17 LDIP restait toutefois possible: aussi n'était-il pas exclu que soit jugée contraire à l'ordre public l'application de dispositions étrangères qui impliquait, concrètement, une confusion de parts en raison des unions successives des intéressés. L'évolution des valeurs s'est reflétée sur le contenu de la loi, le législateur ayant suivi la proposition du Conseil fédéral d'abroger purement et simplement l'empêchement fondé sur le délai de viduité¹³³¹. Cela ne nous paraît toutefois pas signifier que la réserve devrait évincer une disposition équivalente lorsque les fiancés se prévalent d'un droit étranger par ailleurs plus libéral. Tout au plus

¹³²⁶ Cf. FF 1996 I 67.

¹³²⁷ La dispense pourrait être accordée par l'autorité cantonale de surveillance ou par l'autorité compétente selon la loi nationale invoquée, cf., par analogie, SCHWANDER, Einführung BT, N° 119, au sujet de l'émancipation.

¹³²⁸ BUCHER, DIP II, N° 347; *contra*: STAUFFER, N° 5 ad art. 7c LRDC; SCHWANDER, Familienrecht, p. 661; MURET, p. 80-81; GÖTZ, Beroer Kommentar, N° 17 ad art. 103; BECK, Berner Kommentar, N° 53 ad art. 7c, pour qui cette disposition est d'ordre public, se référant à l'ATF 4, 548 (549), *Frau Graf* (affaire interne).

¹³²⁹ Cyril HEGNAUER, Plädoyer für die Abschaffung der Frauenwartefrist gemäss Art. 103 ZGB, REC 1983, p. 65 ss; Beatrice WEBER-DÜRLER, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, RDS 1985 I, p. 10; Cyril HEGNAUER/Peter BREIT-SCHMID, Grundriss des Eherechts, 3^e éd., Berne 1993, N° 4.34, inutile d'une part en raison de l'art. 257 al. 1 CC qui donne la priorité à la présomption de paternité du second mari, ce que reconnaît le Conseil fédéral dans son message (FF 1996 I 68), d'autre part en raison des progrès de la médecine, la présentation à l'officier de l'état civil d'un certificat médical attestant de l'absence de grossesse devrait suffire, la procédure judiciaire de l'art. 103 al. 3 CC se révélant disproportionnée.

¹³³⁰ Cf. BUCHER, DIP II, N° 649 et SIEHR, IPRG Kommentar, N° 6 ad art. 68 LDIP, ce délai étant régi par la loi désignée par l'art. 68 LDIP et non pas forcément par la loi suisse.

¹³³¹ FF 1996 I 1 ss (68), citant les auteurs précités et se référant à l'inutilité de ce texte au vu de l'art. 257 CC.

pourrait-elle faire obstacle à l'application d'une règle étrangère instaurant une interdiction de remariage de longue durée, qui ne serait pas motivée par le risque de confusion de parts.

559. *Libre consentement.* Le mariage doit reposer sur le libre consentement des fiancés (cf. art. 90 al. 3 et 102 al. 2 CC); ce principe relève du noyau dur de l'ordre public. La réserve nous paraît faire obstacle à l'application d'un droit étranger qui se contenterait d'exigences moins strictes en matière de consentement, qui ouvrirait aux fiancés une action en exécution d'une promesse de mariage, qui prévoirait des peines conventionnelles¹³³² ou qui reconnaîtrait aux parents d'un fiancé le droit de désigner le conjoint de leur enfant¹³³³. On parvient à un résultat identique en conférant la qualité de règles d'application nécessaire (art. 18 LDIP) aux exigences du droit suisse en matière de libre consentement¹³³⁴.

560. *Empêchement fondé sur l'incapacité de discernement (art. 94 CC).* Sous l'ancien droit matrimonial, une partie de la doctrine était d'avis que l'art. 97 aCC constituait une règle d'application nécessaire: pour ces auteurs, l'incapacité de discernement ou la présence d'une maladie mentale chez l'un des conjoints empêchait la célébration du mariage, même si le droit national des fiancés n'y faisait pas obstacle¹³³⁵. S'agissant de l'exigence de la capacité de discernement, figurant aujourd'hui à l'art. 94 al. 1 CC, peu importe que l'on raisonne par le biais de l'art. 17 ou de l'art. 18 LDIP, le résultat étant identique: l'officier de l'état civil suisse refusera de célébrer un mariage entre des fiancés dont l'un est incapable de discernement au moment des promesses ou de la célébration, quels que soient les liens que les intéressés entretiennent avec la Suisse, parce que la

¹³³² SCHWANDER, Einführung BT, N° 86, en rapport avec la rupture des fiançailles; pour cet auteur, ne heurtent l'ordre public suisse ni la loi qui fait de la rupture un délit civil (droit français) ni celle qui exclut la réparation du dommage immatériel (droit autrichien).

¹³³³ En ce sens COESTER, München. Komment., N° 30 ad art. 13.

¹³³⁴ Voir en ce sens, qualifiant l'art. 117 aCC (art. 102 CC) de loi d'application nécessaire (art. 18 LDIP), dans le cadre d'une action en constatation de l'inexistence d'un mariage célébré en Yougoslavie, soumise à la loi yougoslave du lieu de célébration, *Kantonsgesicht SG*, décision non publiée, 2 juillet 1997: «Nimmt ein Ehegatte an der Eheschliessungszereemonie nicht teil und erklärt er somit auch nicht seinen Eheschliessungswillen, so sind aber nicht bloss Ordnungsvorschriften verletzt, sondern es fehlen nach schweizerischer Rechtsauffassung für eine Ehe begriffsnotwendige, fundamentale Elemente, ohne die eine Eheschliessung schlicht undenkbar ist (...). Die Formvorschrift von Art. 117 ZGB beansprucht daher zwingende Geltung, gestützt auf Art. 18 IPRG auch gegenüber dem an sich anwendbaren ausländischen Recht ».

¹³³⁵ Cf. déjà MURET, p. 77; BECK, Berner Kommentar, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 44 et 45 ad art. 7c LRDC; STAUFFER, Praxis, p. 12; *Appellationsgericht BS*, 8 février 1935, SJZ 1935/36, p. 9, N°1.

célébration serait contraire au noyau dur des valeurs essentielles de l'ordre juridique suisse. Il était en revanche plus délicat de qualifier l'empêchement fondé sur la maladie mentale de l'un des fiancés, lorsqu'il était encore en vigueur. A nouveau, l'évolution des mœurs et des convictions s'est reflétée sur le droit interne. La liberté du mariage pose des exigences plus grandes qu'autrefois¹³³⁶. Le Parlement s'est rallié au Conseil fédéral qui avait proposé d'abroger l'empêchement découlant de la maladie mentale, parce qu'il se fonderait sur « *des motifs eugéniques qui datent du début du siècle et ne sont plus défendables à l'heure actuelle, notamment au regard du droit fondamental au mariage* »¹³³⁷. La profonde évolution des conceptions sociales et l'importance accrue de la liberté de se marier devaient conduire, sous l'ancien droit déjà, à nier à cet empêchement la qualité de règle d'application nécessaire. Quant à la réserve d'ordre public, nous pensons qu'elle ne devait pas intervenir. Aujourd'hui, l'on pourrait en revanche songer à faire intervenir la réserve à l'encontre d'une prohibition du mariage des malades mentaux (capables de discernement par rapport au mariage souhaité) prévue par une loi étrangère, par ailleurs plus libérale pour les fiancés (art. 44 al. 2 LDIP). Il faudrait tenir compte de l'intensité des liens rattachant les intéressés à la Suisse et de l'opportunité pour le malade de pouvoir contracter mariage, afin de déterminer l'impact concret de la prohibition étrangère sur l'ordre public suisse.

561. *Majorité matrimoniale.* L'application de dispositions de droit étranger autorisant le mariage entre des époux n'ayant pas atteint la capacité matrimoniale de l'art. 94 al. 1 CC ne heurte pas nécessairement l'ordre public suisse. Sous l'empire de la LRDC déjà, la doctrine majoritaire¹³³⁸ estimait que l'ordre public ne devait pas forcément intervenir à l'encontre d'une disposition du droit étranger prévoyant une majorité matrimoniale inférieure au seuil du droit suisse. En 1933, A. MURET¹³³⁹ considérait qu'il n'y avait « *aucune raison pour empêcher au nom de l'o.p. [ordre public] le mariage d'étrangers que leur développement (tout différent de celui qu'un ressortissant suisse peut avoir à leur âge) rend entièrement aptes au mariage, d'après le point de vue de leur droit national* ». Tout en jugeant inadmissible le mariage entre enfants, il lui

¹³³⁶ Cette évolution s'est au demeurant manifestée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, admettant largement la capacité de discernement en matière de mariage, cf. p. ex. ATF 109 II 273, JT 1985 I 290 (295), F. S. : « *Lorsque le mariage projeté est manifestement dans l'intérêt du futur conjoint et concourt à son bien-être, on peut se contenter de poser des exigences minimales quant à la capacité de discernement au sens de l'art. 97 al. 1 CC* ».

¹³³⁷ FF 1996 I 1 ss (65).

¹³³⁸ Cf. les auteurs cités par MURET, p. 75 et 76; STAUFFER, Praxis, p. 11; voir également: Circulaire du DFJP, 15 avril 1926, FF 1926 I 638, ch. 27; *contra*: BECK, Berner Kommentar, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 41 ad art. 7c LRDC qui souhaite que les règles du Code civil suisse soient toujours appliquées.

¹³³⁹ MURET, p. 75.

paraissait impossible de fixer une limite d'âge définitive et absolue, qui pourrait se révéler trop élevée ou trop basse; cet auteur se prononçait pour une décision au cas par cas, en fonction des circonstances d'ordre matériel. La doctrine n'est pas unanime¹³⁴⁰; A. BUCHER¹³⁴¹ est d'avis que l'on ne pourrait guère tolérer, sous réserve de l'examen des circonstances particulières du cas, la célébration d'un mariage entre des fiancés dont l'un est encore protégé par le droit pénal des infractions contre les mœurs¹³⁴².

562. *Notre opinion.* 1° *Influence de la révision du Code pénal (« majorité sexuelle ») ?* Depuis l'entrée en vigueur de la loi révisant le droit pénal des infractions contre l'intégrité sexuelle¹³⁴³, il est plus difficile de prendre ces textes comme point de référence et de fixer l'âge limite à 16 ans, dès lors que les amours juvéniles ne sont plus réprimées par le code à condition que la différence d'âge entre participants ne dépasse pas trois ans (art. 187 ch. 2 CP). Faut-il refuser le mariage de fiancés étrangers de 14 et de 18 ans (différence d'âge de 4 ans, punissabilité en vertu de l'art. 187 ch. 1 CP) alors qu'il faudrait célébrer celui de fiancés de 12 et 13 ans, leurs relations n'étant pas punissables (art. 187 ch. 2 CP) ? Le critère de la protection du droit pénal des mœurs est désormais difficilement praticable: il ne nous paraît pas judicieux de se fonder sur un critère abstrait, applicable en toute circonstance, adapté au droit pénal mais peu compatible avec le principe de l'appréciation concrète de la réserve. Il

¹³⁴⁰ Voir p. ex. Willi HEUSSLER, Mariages présentant un élément international après l'entrée en vigueur de la loi sur le DIP, REC 1989, p. 82-87 (85) qui refuse la célébration si les conjoints ont moins de 16 ans; pour SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 19 ad art. 44, la limite doit être fixée à 15 ans; en matière d'effet indirect, voir les avis non publiés des Offices fédéraux de la justice et de l'état civil cités *infra*, N° 582 fixant un seuil à 15 ans. Pour une limite à 16 ans, SCHWANDER, Einführung BT, N° 117. En droit français, MAYER (N° 551) pense que le minimum pourrait être plus élevé que l'âge de la puberté et se situer pour les deux sexes à 15 ans, correspondant à l'âge minimum pour les femmes en droit interne français; pour l'Allemagne, voir COESTER, München. Komment., N° 27 ad art. 13 et les références en notes 126-127. Voir également la Recommandation de la CIEC relative au droit du mariage, 8 septembre 1976 (CIEC, Conventions et Recommandations, Strasbourg 1988, p. 334), ch. II.5: « Ne doivent être admises à contracter mariage que les personnes dont l'âge fait présumer qu'elles ont atteint un stade suffisant de maturité physique et intellectuelle; cet âge ne peut être inférieur à 15 ans ».

¹³⁴¹ BUCHER, DIP II, N° 349.

¹³⁴² BUCHER cite les ATF 86 IV 212, X. et 98 IV 199, *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, dans lesquels la Cour de cassation pénale a estimé que l'art. 191 CP réprimait également l'attentat à la pudeur d'une Italienne capable de contracter le mariage selon sa loi nationale, mais âgée de moins de 16 ans. A noter que l'art. 191 aCP se référait expressément à l'âge de 16 ans et ne renvoyait pas à l'âge de la majorité matrimoniale de la loi nationale de la victime; voir également, se référant à cet auteur, un avis, non publié, de l'Office fédéral de la justice du 26 novembre 1997, cité *infra* N° 582.

¹³⁴³ LF du 21 juin 1991, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1992.

est possible que la célébration d'un mariage entre de très jeunes gens heurte l'ordre public suisse, quand bien même les relations sexuelles qu'ils pourraient entretenir ne seraient pas incriminées, en raison de leur faible différence d'âge. Le législateur n'a pas prévu, ce qui aurait été envisageable, de clause spéciale d'ordre public contenant une limite d'âge stricte.

563. 2° *Influence de la révision du Code civil (majorité civile)* ? L'influence sur l'ordre public de la révision du Code civil du 7 octobre 1994¹³⁴⁴ abaissant à 18 ans l'âge de la majorité civile et matrimoniale est également difficile à apprécier. Il faut relever que cette loi a supprimé l'émancipation matrimoniale des jeunes filles de 17 ans (art. 96 al. 2 aCC); à l'appui de cette abrogation, le Message se réfère à l'inquiétant rapport existant entre l'âge des fiancés au moment du mariage et le nombre de divorces. La loi du 26 juin 1998 a repris cette réglementation (art. 94 CC). A première vue, on pourrait être tenté de conclure de ce léger durcissement des conditions du mariage pour les jeunes filles que la règle du droit interne sur la majorité matrimoniale doit être dorénavant qualifiée de loi d'application nécessaire au sens de l'art. 18 LDIP. Cette conclusion est contredite par la lecture de l'art. 45a LDIP, disposition introduite par la loi du 7 octobre 1994, aux termes de laquelle les mineurs domiciliés en Suisse accèdent à la majorité par la célébration d'un mariage en Suisse ou par la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger; cette règle matérielle implique l'admission des mariages célébrés en Suisse en application de l'art. 44 al. 2 LDIP entre des personnes de moins de 18 ans¹³⁴⁵.

564. 3° *Appréciation concrète et Binnenbeziehung*. En premier lieu, nous sommes d'avis que l'art. 94 al. 1 CC n'est pas une loi d'application nécessaire¹³⁴⁶; c'est la réserve de l'art. 17 LDIP qui permet d'évincer une règle étrangère sur la majorité matrimoniale lorsque son application concrète heurte les valeurs fondamentales du for. En second lieu, il nous semble peu judicieux de vouloir fixer une limite d'âge stricte qui serait toujours applicable dans les rapports civils internationaux, par exemple sous la forme d'une règle internationale matérielle ou d'une clause spéciale d'ordre public. En deçà de la majorité matrimoniale du droit interne suisse - 18 ans pour les deux sexes - il faut examiner sur la base des circonstances concrètes du cas, si la législation étrangère plus libérale que la loi suisse garantit la libre formation du

¹³⁴⁴ Message du 17 février 1993, FF 1993 I 1093; RO 1995, p. 1126.

¹³⁴⁵ Cf. Message, p. 1104-1105: à défaut de cette disposition, les jeunes époux seraient mineurs en raison de l'art. 35 LDIP et de l'abrogation de l'art. 14 al. 2 CC. Sur cette révision, cf. Willi HEUSSLER, *Die Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters rückt näher*, REC 1993, p. 148 ss.

¹³⁴⁶ Voir pour l'Italie, BONOMI, *Le norme imperative*, p. 205 et les décisions citées en note 186 et 187.

consentement des époux. Le mariage des enfants reste prohibé, mais pas forcément celui de très jeunes gens, à condition qu'ils soient pubères et matures. La volonté commune des futurs époux de s'installer en Suisse ou de s'établir à l'étranger peut également influencer le jeu de l'ordre public, tout comme l'ensemble des autres liens (résidence des parents, enfants, lieu de travail ou d'apprentissage, démarche en vue de naturalisation, etc.) que les fiancés entretiennent avec la Suisse (*Binnenbeziehung*). On admettra plus facilement le mariage si les jeunes conjoints sont étroitement liés (domicile actuel ou futur) à un Etat au sein duquel de telles unions précoces sont courantes¹³⁴⁷. En effet, les fiancés peuvent être issus d'un pays dont la tradition culturelle les prépare à se marier jeunes, quitte à être entourés, pendant une période transitoire, par des membres de la famille et des proches, leur prodiguant conseils et assistance. Lorsque les jeunes fiancés n'entretiennent pas de liens avec la Suisse, qu'ils sont venus s'y marier sans y prendre domicile (cf. art. 43 al. 2 LDIP) et qu'ils souhaitent établir leur futur domicile conjugal dans leur Etat national qui reconnaîtra cette union et dans lequel leur vie conjugale sera localisée de façon prépondérante, l'autorité suisse pourrait renoncer à faire intervenir la réserve, alors qu'elle évincerait la *lex causae* si les fiancés désiraient s'établir dans l'Etat de la célébration. Le trouble à l'ordre social de l'Etat de la célébration n'est pas identique dans les deux cas. Dans ces limites, le mariage de jeunes de 16 ans, voire exceptionnellement de fiancés un peu plus jeunes encore, devrait être possible en Suisse.

565. *Mariage par procuration*. S'agissant du mariage par procuration, contracté en Suisse, faut-il le considérer dans tous les cas comme contraire à l'ordre public suisse, à l'instar d'A. BUCHER¹³⁴⁸ ? On pourrait être tenté d'affirmer que de telles unions sont compatibles avec l'ordre public dans la mesure où le droit étranger permet à l'officier de l'état civil de s'assurer de la réalité du consentement et de la capacité de discernement des fiancés au moment où ils confèrent procuration à un tiers; en outre, il faudrait que les fiancés aient la possibilité de révoquer la procuration jusqu'à la célébration. Toutefois, le mariage par procuration ne paraît guère compatible avec l'art. 44 al. 3 LDIP, aux termes duquel la forme du mariage est dans tous les cas régie par le droit suisse. Le droit suisse exigeant la présence des fiancés (cf. art. 102 CC), un officier de l'état civil suisse ne pourrait enregistrer un échange de procurations entre mandataires¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ Voir déjà MURET, p. 76, donnant l'exemple (schématique) d'une Grecque de 12 ans se mariant en Suisse: atteinte à l'ordre public si elle continue son école obligatoire en Suisse, mais non si elle s'en va.

¹³⁴⁸ BUCHER, DIP II, N° 348.

¹³⁴⁹ ALDEEB ABU-SAHLEH, Le droit international privé, p. 70.

566. *Causes absolues d'annulation de l'art. 105 CC.* Selon A. BUCHER, les causes de nullité absolue de l'art. 120 aCC doivent nécessairement faire partie de l'ordre public, « car on ne voit pas l'officier de l'état civil célébrer un mariage dont la nullité devra ensuite être poursuivie d'office »¹³⁵⁰. Les causes absolues d'annulation figurent aujourd'hui à l'art. 105 CC. Nous avons déjà traité de l'incapacité de discernement (art. 105 ch. 2 CC). En ce qui concerne le degré de parenté et d'alliance, nous avons indiqué que seul l'empêchement fondé sur l'art. 95 ch. 1 CC relevait de l'ordre public positif¹³⁵¹.

567. *Consentement du représentant légal.* L'exigence du consentement du représentant légal de l'interdit (art. 95 al. 2 CC) ne constitue pas une loi d'application nécessaire¹³⁵². Preuve en soit le fait qu'il ne s'agit plus d'une cause d'annulation en droit interne¹³⁵³. Le consentement des parents n'est plus requis sous l'empire du nouveau droit, ce qui est logique puisque le mariage de mineurs n'est plus possible. Sous l'ancien droit, l'intervention de la réserve d'ordre public à l'encontre d'un droit étranger plus libéral que la loi suisse, car ne réservant pas le consentement des parents pour le mariage d'un fiancé mineur, ne paraissait guère envisageable, au vu de l'évolution des valeurs de l'ordre juridique suisse.

568. *Interdictions de mariage.* L'art. 43 al. 3 LDIP précise que l'autorisation de se marier en Suisse ne peut être refusée à des fiancés étrangers non domiciliés en Suisse pour le seul motif qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'est pas reconnu à l'étranger¹³⁵⁴. Comme le relève S. ALDEEB ABU-SAHLIEH¹³⁵⁵,

¹³⁵⁰ BUCHER, DIP II, N° 347.

¹³⁵¹ Au sujet de l'ancien art. 120 ch. 4 aCC (mariage de nationalité), abrogé par le ch. II de la LF du 23 mars 1990 modifiant la loi sur la nationalité (RO 1991, p. 1034, 1041), voir TF, arrêt non publié du 10 janvier 1996 (5C.184/1995/bnm), concernant une action en nullité d'un mariage célébré en Serbie: le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 120 ch. 4 aCC était une règle d'application nécessaire (art. 18 LDIP): « Art. 120 Ziff. 4 aZGB beansprucht demnach gestützt auf Art. 18 IPRG Vorrang gegenüber dem allenfalls anwendbaren ausländischen Recht (...) ». Nous partageons l'avis de BUCHER (DIP II, N° 347) en précisant que la question se posait, avant l'abrogation de ce texte, lorsque l'un des conjoints avait la double nationalité suisse et étrangère et que sa nationalité étrangère était la nationalité effective (art. 23 al. 2 LDIP). Dans ce cas, l'an. 44 al. 2 LDIP permettait de conclure le mariage en application du droit étranger (DUTOIT, FJS N° 942, p. 8; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 12 ad art. 44), de sorte que la question de l'application de l'art. 120 ch. 4 aCC en qualité de loi d'application nécessaire pouvait être envisagée; si la nationalité suisse était effective, l'art. 120 ch. 4 aCC s'appliquait déjà en vertu de la règle de conflit.

¹³⁵² Très clairs, SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 44 et BECK, Berner Kommentar, N° 46 ad art. 7c LRDC.

¹³⁵³ Voir l'ancien art. 128 aCC.

¹³⁵⁴ L'art. 43 al. 3 LDIP découle du revirement jurisprudentiel opéré dans les ATF 97 I 389, *Dal Bosco et Walther*, et 102 Ib 1, *dame P.*; VOLKEN relevait (IPRG Kommentar, N° 28 ad

cette règle expresse ne signifie toutefois pas qu'*a contrario* la réserve d'ordre public ne pourra pas écarter d'autres empêchements inacceptables lorsque les liens que les intéressés entretiennent avec la Suisse sont suffisamment étroits. L'ordre public pourrait ainsi s'opposer à des dispositions du droit étranger interdisant le mariage pour des motifs liés à la race¹³⁵⁶, à la religion (cf. art. 54 al. 2 Cst. féd. [1874])¹³⁵⁷, à la nationalité, à la présence chez l'un des fiancés d'une maladie contagieuse, à l'exercice d'une profession (exigence d'une autorisation administrative pour un fonctionnaire ou un militaire) ou à la situation sociale des fiancés (personne à charge de l'assistance publique), etc. Il est soutenable d'affirmer que l'ordre public pourrait faire obstacle à des interdictions de remariage visant durablement les époux divorcés¹³⁵⁸ ou, même

art. 43 LDIP) que ce texte serait mieux situé à l'art. 44 LDIP, comme réserve spéciale contre l'*impedimentum ligaminis*. BUCHER (DIP II, N° 325) estime que ce texte contient « *en partie du moins une précision quant à la portée de l'ordre public* ». Pour DUTOIT (FJS N° 942, p. 2 et Commentaire, N° 12-14 ad art. 43), l'art. 43 al. 3 LDIP contient une règle implicite sur le droit applicable. Cf. également l'arrêt du BVerfG du 4 mai 1971 « *Spanierfall* » (BVerfGE 31, p. 58 et *RabelsZ* 1972, p. 145 ss; *supra*, N° 349) admettant un recours contre un jugement de l'OLG de Hamm qui avait dénié à une citoyenne allemande divorcée le droit de se marier avec un ressortissant espagnol, au motif que le droit espagnol ne reconnaît pas son divorce, ce qui constituait une violation du § 6 al. 1 de la *Grundgesetz* (liberté du mariage).

¹³⁵⁵ ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 39.

¹³⁵⁶ SCHNITZER, p. 341 et BECK, *Berner Kommentar*, Schlusstitel, II. Abschnitt, N° 59 ad art. 7c LRDC.

¹³⁵⁷ ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 38-39 et *La Suisse*, p. 16-17 qui signale l'interdiction totale de mariage des apostats en droit musulman égyptien et qui examine l'intéressante question qui se pose lorsque les conjoints de nationalité étrangère et domiciliés à l'étranger désirant se marier risquent de lourdes peines parce qu'ils vont à l'encontre d'un interdit religieux; l'autorité de surveillance appelée à autoriser le mariage en vertu de l'art. 43 al. 2 LDIP peut-elle le refuser, de peur que les conjoints ne soient amenés à demander l'asile en Suisse en invoquant la peine qu'ils risquent de se voir infliger dans leur pays d'origine ? A son avis, et nous le rejoignons, il n'y a pas de base légale pour un tel refus; nous ajouterons que ce serait confondre la réserve d'ordre public, qui doit ici évincer l'empêchement religieux, et des considérations de police des étrangers. Les autorités de l'état civil ne sont pas des agents de la police des étrangers (cf. Martin JÄGER, *Die Prüfung der Ehefähigkeit von Ausländern*, REC 1992, p. 43 ss, p. 45), même s'il est vrai que des unions de fonctions sont parfois inévitables dans les petits cantons.

¹³⁵⁸ BUCHER, DIP II, N° 348; MURET, p. 80; Département fédéral de justice, 30 juin 1928, SJZ 1928/29, p. 183, N° 121: interdiction de remariage prononcée par un tribunal religieux de Belgrade, déclarée inopposable, car contraire à la « *schweizerische Rechtsauffassung* »; *Regierungsrat* ZH, 16 octobre 1952, SJZ 1952, p. 376: célébration d'un mariage entre une Suissesse et un citoyen du Liechtenstein, malgré le refus des autorités de la Principauté de délivrer une déclaration attestant de la reconnaissance du mariage en application de l'art. 7c LRDC, parce que le fiancé a divorcé en Suisse de sa première épouse catholique; le gouvernement cantonal est d'avis que le § 111 BGB du Liechtenstein prohibant les divorces entre catholiques et couples mixtes est contraire à l'ordre public suisse, en raison de la

passagèrement, un fiancé ayant commis adultère lors d'un précédent mariage¹³⁵⁹. Avant l'abrogation formelle des art. 150 et 104 aCC, la réserve aurait ainsi pu évincer une norme étrangère correspondant à une règle du for qui était certes encore formellement en vigueur en Suisse mais qui n'était plus applicable, sa teneur heurtant les valeurs essentielles de notre ordre juridique¹³⁶⁰.

C. Conséquences de l'intervention de la réserve

569. *Ordre public permissif et prohibitif.* Lorsque la réserve écarte un empêchement inacceptable, prévu par le droit national de l'un des fiancés (ordre public permissif), l'intervention de l'ordre public suisse permettra la célébration du mariage en application d'un droit étranger dont les conditions sont par ailleurs, une fois l'empêchement évincé, plus libérales que le droit suisse, sans être incompatibles avec l'ordre public. L'autorité remplace la norme prohibitive de la *lex causae* par la règle permissive du for¹³⁶¹, parfois implicite, et applique le droit étranger de façon résiduelle. Lorsqu'en revanche la réserve intervient à l'encontre d'une disposition trop large du droit étranger (autorisant p. ex. le mariage d'enfants), la norme étrangère évincée devra être remplacée en faisant usage de l'une des méthodes proposées dans la partie générale¹³⁶². Il serait théoriquement envisageable de combler la lacune en appliquant le droit d'un pays avec lequel les parties sont plus étroitement liées qu'avec la Suisse

discrimination qu'il opère entre les citoyens de confessions différentes; voir également le cas rapporté in REC 1959, p. 290 et (*obiter dictum*) ATF 76 IV 109 (116-117), *Angel*.

¹³⁵⁹ BUCHER, DIP II, N° 348 i. f.; SCHWANDER, Einführung BT, N° 117; dans l'affaire rapportée *supra*, note 1358, le gouvernement zurichois (SJZ 1952, p. 378) avait également tenu l'empêchement durable au mariage des époux adultères, prévu par le droit du Liechtenstein, pour contraire à l'ordre public, sur la base de l'expertise de FRITZSCHE, publiée in SJZ 1952, p. 379 ss. En Allemagne, voir COESTER, München. Komment., N° 57 ad art. 13.

¹³⁶⁰ Cf., jugeant ces dispositions incompatibles avec la CEDH, car touchant à la substance même du droit au mariage et non proportionnées au but poursuivi: Commission européenne des droits de l'homme, 14 juillet 1986, Affaire *F. c./Suisse* (req. N° 11329/85), publiée in JAAC 1986, N° 114, p. 603 et EuGRZ 1986, p. 687 ss et Cour Eur. D. H., 18 décembre 1987 (Série A, N° 128), JAAC 1987, N° 86, p. 498, EuGRZ 1993, p. 130, SJZ 1988, p. 268; avant leur abrogation, Hans HINDERLING/Daniel STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zurich 1995, p. 194-195, tenaient ces textes pour obsolètes, en raison de cette jurisprudence; cf. ég. K. Eckhart HEINZ, Inhalt und Tragweite des Art. 12 EMRK am Beispiel der Rechtssache "F. contre Suisse", SJZ 1991, p. 201. Pour DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N° 653-654, l'art. 150 CC était en fait, sinon en droit, devenu lettre morte. En Allemagne, la doctrine juge l'empêchement tiré de l'art. 150 aCC contraire à l'ordre public allemand, voir COESTER, München. Komment., N° 58 ad art. 13; en France, voir dans le même sens LAGARDE, Répertoire, 2^e éd., ch. 55 et l'arrêt cité.

¹³⁶¹ Cf. *supra*, N° 390.

¹³⁶² *Supra*, N° 427-434.

(Illustration 1). Tel pourrait être le cas lorsque la compétence de l'officier de l'état civil se fonde sur l'art. 43 al. 2 LDIP, que les parties sont domiciliées dans un pays qui n'est pas leur Etat national, et que la loi de cet Etat contienne une règle prohibitive dont les effets sont contraires à l'ordre public suisse; à défaut, l'autorité de surveillance de l'état civil pourrait forger une règle matérielle autonome ou, ce qui sera le plus fréquent dans la pratique, appliquer le droit suisse en tant que *lex fori*. Si aucun de ces droits ne permet la célébration en l'espèce, le mariage ne pourra pas être célébré en Suisse. En revanche, l'ordre public (art. 27 LDIP) ne s'opposera pas forcément à la reconnaissance d'un mariage célébré entre les mêmes conjoints à l'étranger, que l'on justifie cette affirmation par le fait que les liens de la cause avec la Suisse sont plus lâches ou que l'effet atténué intervient¹³⁶³.

D. Mariages diplomatiques et consulaires; cérémonie religieuse

570. *Forme de la célébration. Interdiction de la célébration d'unions diplomatiques et consulaires en Suisse.* Les autorités diplomatiques ou consulaires étrangères ne peuvent célébrer de mariage en Suisse, l'exercice des fonctions de l'état civil étant considéré comme un acte officiel qui relève de la souveraineté territoriale¹³⁶⁴, alors que certaines ambassades suisses à l'étranger peuvent le faire¹³⁶⁵. En France, il a toujours été admis que les Français pouvaient se marier à l'étranger devant les agents diplomatiques et les consuls; P. MAYER souligne qu'« en donnant à ses consuls à l'étranger le pouvoir de marier deux Français, la France reconnaît une règle de droit international public selon laquelle un consul peut marier ses ressortissants »¹³⁶⁶. Notre pays confère à ses agents des tâches qu'elle refuse de reconnaître à d'autres Etats au

¹³⁶³ L'art. 45 al. 2 LDIP (*infra*, N° 576) pourrait entrer en ligne de compte, si les conjoints se sont rendus à l'étranger pour y faire consacrer leur union, dans le seul but d'échapper à l'impossibilité de contracter mariage en Suisse.

¹³⁶⁴ Voir la lettre du DFAE aux Représentations diplomatiques et consulaires en Suisse, reproduite in REC 1995, p. 128; cf. également Département politique, 17 avril 1962, JAAC 1962/1963, N° 42, p. 86; BUCHER, DIP II, N° 352; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 43; Drag. KETCHKITCH, Les mariages diplomatiques ou consulaires et leurs effets internationaux, Paris 1931, p. 177-179.

¹³⁶⁵ Cf. art. 41 al. 2 CC, 26 OEC, 23 du Règlement du Service diplomatique et consulaire suisse du 24 novembre 1967 (RS 191.1); pour la liste des représentations suisses autorisées à exercer ces fonctions, voir les différents textes publiés au RS 211.112.20-218 et Angelo CASTELLI, Die Arbeit der schweizerischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland im Bereich des Zivilstandswesen, REC 1990, p. 359-364; le mariage célébré par ces autorités est considéré comme étant célébré en Suisse (SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 45), de sorte que l'art. 32 LDIP ne s'applique pas (cf. OTHENIN-GIRARD, Transcription, p. 164).

¹³⁶⁶ MAYER, N° 560.

nom de sa souveraineté territoriale. Cette conception dénote, nous semble-t-il, d'une forme désuète d'ethnocentrisme¹³⁶⁷.

571. *Sort des unions célébrées sur le sol helvétique au mépris de cette interdiction.* Il arrive parfois que des représentations étrangères en Suisse célèbrent des mariages entre leurs ressortissants, en se fondant sur les attributions que leur confère la loi de l'Etat d'envoi et au mépris de la prohibition de l'Etat d'accueil. Une partie de la doctrine est d'avis qu'un mariage célébré en Suisse par une représentation étrangère malgré l'interdiction posée par la Suisse est réputé célébré à l'étranger, de sorte que sa validité doit être examinée au regard de l'art. 45 LDIP¹³⁶⁸. D'autres auteurs¹³⁶⁹ se demandent s'il ne convient pas d'appliquer par analogie la solution de l'art. 97 al. 3 CC (118 aCC) et n'admettent ces mariages que dans la mesure où ils suivent la cérémonie civile qui serait seule valable d'un point de vue suisse. Dans la pratique, il est loin d'être certain que la reconnaissance de tels mariages est acquise, si l'on se réfère à plusieurs avis, certes relativement anciens, des autorités fédérales¹³⁷⁰. Il faut cependant relever que le Conseil fédéral, dans son message à l'appui du projet de LDIP, envisageant l'hypothèse d'un mariage valablement célébré en Suisse devant un consul et reconnu dans l'Etat de domicile ou national des époux, estimait qu'une décision devait être prise de cas en cas pour éviter des solutions boiteuses¹³⁷¹.

572. *Notre opinion.* Le représentant diplomatique ou consulaire étranger célébrant une union en Suisse viole ses obligations¹³⁷². A. BUCHER¹³⁷³ souligne

¹³⁶⁷ Cf. déjà la critique de ROGGIN, § 41 et de LEHR, tous deux cités par MURET, p. 102-103.

¹³⁶⁸ BUCHER, DIP II, N° 377; voir également DUTOIT, Commentaire, N° 12 ad art. 44; cf. également en faveur de la reconnaissance: STAUFFER, Praxis, N° 10 ad art. 7c; GÖTZ, Berner Kommentar, ad art. 90-136, Vorbem. zum 3. Abschnitt, N° 22 et 23; SCHWANDER, FamilienrechI, t. II, p. 664: « Gemeint ist wohl vor allem der Sachverhalt, dass diese Nichtehe jahrelang im Ausland gelebt und anerkannt wird »; idem, Einführung BT, N° 121; contra: VISCHER/VON PLANTA, Internationales Privatrecht, p. 82.

¹³⁶⁹ DUTOIT, Commentaire, N° 12 ad art. 44; plus affirmatif VOLKEN, IPRG Kommentar N° 17 ad art. 44 et N° 3 ad art. 43.

¹³⁷⁰ Division des affaires étrangères, 4 mai 1933, JAAC 1933, N° 2, p. 7: « En Suisse, le mariage célébré par un consul étranger est nul »; Département politique, 26 mai 1961, JAAC 1961, N° 43, p. 76: « La conséquence de cette règle est qu'un mariage célébré par un agent diplomatique ou consulaire étranger est radicalement nul en Suisse »; Division de la justice, 7 février 1973, JAAC 1973, N° 36, p. 28: « Comme la Suisse s'est en principe toujours refusée à reconnaître de tels mariages diplomatiques conclus sur son territoire (...) »; voir également les avis plus anciens cités par KETCHKITCH, op. cit. (supra, note 1364), p. 177-179.

¹³⁷¹ Message, ch. 232.4.

¹³⁷² Sic VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 43. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 24 avril 1963 (RS 0.191.02) mentionne certes l'état civil (art. 5

à juste titre qu'il serait toutefois disproportionné, au regard de l'art. 131 aCC, disposition aux termes de laquelle l'inobservation des conditions de forme du mariage n'autorise pas son annulation¹³⁷⁴, de refuser tout effet à une union consulaire célébrée en Suisse. Le nouveau droit ne fait pas davantage de la violation des conditions de forme une cause d'annulation du mariage. L'opinion exprimée par le Conseil fédéral à l'appui du projet de LDIP a le mérite de mettre en évidence l'essentiel: refuser à tout prix la reconnaissance, c'est parfois sacrifier les intérêts des époux qui ont fondé des attentes sur un mariage déployant des effets à l'étranger et qui y est reconnu. Certes, l'art. 45 LDIP ne vise pas le mariage célébré en Suisse et l'art. 44 al. 3 LDIP n'est guère sujet à interprétation; l'affirmation du Conseil fédéral est paradoxale, puisqu'elle met en évidence l'imperfection de la réglementation proposée, en appelant de ses vœux une appréciation au cas par cas conforme à l'équité. Nous pensons que l'application analogique de l'art. 45 LDIP devrait être réservée aux cas dans lesquels l'union est vécue à l'étranger par les intéressés comme une union valable, pendant une certaine période durant laquelle la vie des intéressés est localisée de façon prépondérante dans des Etats reconnaissant l'union. Une fois admise l'application analogique de l'art. 45 LDIP, la réserve d'ordre public pourrait intervenir aux mêmes conditions qu'à l'égard d'un mariage classique. L'institution du mariage consulaire ne heurte pas gravement les conceptions fondamentales de notre ordre juridique, dès lors que certaines représentations suisses à l'étranger sont habilitées à célébrer des unions. De surcroît, la pratique du mariage consulaire est largement répandue à l'étranger. L'intensité des liens que les intéressés entretiennent avec la Suisse, avant et après la célébration, permettrait de faire intervenir la réserve de façon nuancée, en fonction des circonstances concrètes. La reconnaissance de telles unions n'équivaut pas à une renonciation de fait à l'interdiction du procédé: il appartient à nos autorités d'exiger des représentations étrangères qu'elles respectent l'interdiction de célébrer des mariages et de prendre les sanctions que le droit international public met à leur disposition. Il serait injuste d'utiliser la réserve d'ordre public comme un moyen de pression pour amener des représentations étrangères peu respectueuses de leurs devoirs à renoncer à célébrer des mariages en Suisse.

573. Forme de la célébration. Cérémonie religieuse. Il arrive que des fiancés renoncent à se rendre dans leur Etat national et fassent consacrer leur union par

lit. f) au rang des fonctions consulaires, mais réserve les lois et règlements de l'Etat de résidence qui peuvent s'y opposer (voir B. SEN, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3^e éd., Dodrecht, etc. 1988, p. 280-281; Jean SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, N° 670); en Suisse, les art. 113-119 CC et 148-177 OEC s'y opposent clairement.

¹³⁷³ BUCHER, DIP II, N° 377.

¹³⁷⁴ Dans le nouveau droit, voir art. 104 CC.

des religieux en Suisse sans cérémonie civile en dépit de l'interdiction de ce procédé (art. 44 al. 3 LDIP, 97 al. 3 CC, 118 al. 2 aCC, art. 182 al. 2 OEC), sachant que cette union sera reconnue par leur Etat national. Il est admis de façon majoritaire que le mariage célébré exclusivement en la forme d'une cérémonie religieuse en Suisse est inexistant, l'ordre public s'opposant à sa reconnaissance¹³⁷⁵. Toutefois, l'affirmation du Conseil fédéral selon laquelle il convient d'examiner au cas par cas la validité du mariage visait tant le mariage consulaire que le mariage exclusivement religieux¹³⁷⁶. La Commission d'experts a également laissé la question ouverte, relevant qu'en pratique « *il n'est pas possible de refuser systématiquement de reconnaître un tel mariage, d'autant plus que sa véritable nature ne ressort souvent pas clairement des documents étrangers* »¹³⁷⁷. B. DUTOIT est d'avis que les unions religieuses célébrées en Suisse par des ressortissants étrangers devraient pouvoir être reconnues en Suisse, tout comme les unions consulaires¹³⁷⁸. Il estime toutefois que la forme civile du mariage ne saurait être éludée si l'un des fiancés ou les deux sont suisses. Selon A. BUCHER, l'ordre public suisse est heurté par la célébration d'un mariage exclusivement religieux en Suisse¹³⁷⁹. Lorsqu'un effet du mariage est régi par la loi d'un Etat étranger admettant la validité du mariage, le droit suisse accepterait néanmoins l'effet en question si la situation en résultant « *n'est pas trop hétérogène du point de vue suisse et eu égard à l'existence de principe du mariage en Suisse* »¹³⁸⁰. K. SIEHR se réfère à la théorie des effets guérisseurs de la reconnaissance du mariage à l'étranger: les effets du mariage pourraient être reconnus lorsque, après la célébration en Suisse, les conjoints ont vécu à l'étranger dans un pays considérant leur union comme un acte valable¹³⁸¹.

574. *Notre conception.* Nous préconisons une solution comparable à celle que nous venons de proposer pour les unions diplomatiques et consulaires¹³⁸². Nous pensons que dans certains cas, le mariage célébré en la forme religieuse en

¹³⁷⁵ BUCHER, DIP II, N° 376 et 402; cf., par analogie, ATF 106 II 180 (181), *D. et O.*: refus de reconnaissance d'un jugement de nullité du Tribunal ecclésiastique du diocèse de Sion d'un mariage célébré canoniquement en Espagne entre deux Espagnols: « *étant donné le caractère d'ordre public de l'art. 58 al. 2 Cst. [féd. 1874], il n'est pas question d'appliquer cette norme aux Suisses uniquement* ». ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 56 ch. 3 *if.*, affirme que de nombreux couples étrangers ou mixtes ignorent cette interdiction, sachant pertinemment que leur Etat national reconnaîtra cette union.

¹³⁷⁶ Message, ch. 232.4.

¹³⁷⁷ Rapport, p. 276.

¹³⁷⁸ DUTOIT, Commentaire, N° 13 ad art. 44; *contra*: BUCHER, DIP II, N° 377.

¹³⁷⁹ BUCHER, DIP II, N° 377 et 402.

¹³⁸⁰ BUCHER, DIP II, N° 402.

¹³⁸¹ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 24 ad art. 45, fondant cette théorie sur l'art. 15 LDIP.

¹³⁸² *Supra*, N° 572.

Suisse devrait pouvoir être pris en considération lorsqu'il présente un élément d'extranéité. La prohibition des mariages célébrés exclusivement par des religieux a récemment été réaffirmée par le législateur, après avoir été discutée¹³⁸³, de sorte qu'il est délicat de soutenir qu'elle s'est affaiblie. La lettre de l'art. 44 al. 3 LDIP ne laisse planer aucun doute quant à la soumission du mariage célébré en Suisse aux formes prévues par le droit suisse. Nous pensons toutefois que l'application analogique de l'art. 45 LDIP pourrait être envisagée, de cas en cas, lorsque l'union célébrée en Suisse a été vécue par les parties comme une union valable, dans des Etats dans lesquels la vie des conjoints était localisée de façon prépondérante. Ainsi, ne devrait pas être reconnu le mariage, célébré en Suisse en la forme religieuse exclusivement, de conjoints étrangers domiciliés en Suisse et dont la vie conjugale reste localisée en Suisse. Même si l'union est reconnue dans l'Etat national des conjoints ou dans d'autres Etats, les liens que les intéressés entretiennent avec notre pays justifient pleinement l'application des règles matérielles suisses. Lorsqu'en revanche les conjoints s'établissent, après la célébration, dans leur Etat national ou dans un autre Etat en reconnaissant la validité, et qu'ils y vivent durant plusieurs années pendant lesquelles leur mariage déploie des effets (entretien, légitimité des enfants, effets généraux, régimes matrimoniaux, etc.), l'union pourrait être reconnue en Suisse par la suite. Que l'on parle d'effets guérisseurs comme le fait K. SIEHR¹³⁸⁴, de force normative des faits ou d'équité, le résultat doit être le même: le refus de reconnaître, en toute circonstance, de tels mariages pourrait se révéler très choquant, parfaitement inéquitable. L'application analogique de l'art. 45 LDIP étant admise, l'ordre public pourrait intervenir aux conditions ordinaires.

¹³⁸³ Alors que l'avant-projet de révision du droit de l'état civil et du droit de la conclusion du mariage avait mis le principe de la priorité du mariage civil en discussion, le Projet de 1995 (FF 1996 I 1 ss p. 70, art. 97 P) le maintenait en raison des opinions exprimées lors de la procédure de consultation, en relevant que cette interdiction reposait sur des considérations, aujourd'hui dépassées, remontant au *Kulturkampf*; cf. la critique de Cyril HEGNAUER, A propos de la révision du droit de l'état civil et de la conclusion du mariage, REC 1993, p. 67 ss (71) et *idem*, Zum Verhältnis von ziviler und religiöser Trauung, REC 1997, p. 196 ss; le nouveau droit précise que « le mariage religieux ne peut précéder le mariage civil » (art. 97 al. 3 CC).

¹³⁸⁴ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 45 et *idem*, Heilung und Statutenwechsel in Gedächtnis für Albert A. Ehrenzweig, Karlsruhe/Heidelberg 1976, p. 129-182 (150 ss). Par application analogique de l'art. 15 LDIP, le droit sous l'empire duquel les époux ont vécu comme des gens mariés déploie des effets guérisseurs sur le mariage.

3. Intervention de l'ordre public: effet indirect

A. Reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger: l'art. 45 LDIP

575. *Le principe: l'art. 45 LDIP.* Aux termes de l'art. 45 LDIP¹³⁸⁵, un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu. Bien que la loi ne le précise pas, pour que l'on considère que le mariage a été valablement célébré à l'étranger, il suffit qu'il soit reconnu dans l'Etat du lieu de célébration, dans l'Etat de domicile, de la résidence ou dans l'Etat national de l'un des fiancés¹³⁸⁶. Toutefois, si les conjoints sont Suisses ou s'ils ont leur domicile en Suisse, le mariage n'est pas reconnu s'il a été célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité du droit suisse. La loi de 1998 a adapté la terminologie de ce texte à celle, plus précise, du nouveau droit de la conclusion du mariage (« *les dispositions sur l'annulation du mariage* »)¹³⁸⁷.

576. *Quelques remarques au sujet de l'art. 45 al. 2 LDIP.* L'art. 45 al. 2 LDIP concrétise la réserve d'ordre public sans la remplacer et « *corrige une fraude aux causes de nullité du droit suisse* » pour reprendre l'expression de A. BUCHER¹³⁸⁸. P. VOLKEN¹³⁸⁹ souligne que l'art. 45 al. 2 LDIP s'applique dans les limites de son champ d'application personnel et matériel; en dehors de ce cadre, l'art. 27 al. 1 LDIP garde toute sa valeur. Il n'est dès lors pas possible d'interpréter l'art. 45 al. 2 LDIP *a contrario* et d'affirmer que le mariage célébré à l'étranger est toujours valable lorsque les causes d'annulation du droit suisse n'ont pas été éludées; il est possible que la réserve d'ordre public intervienne alors que l'art. 45 al. 2 LDIP n'apporterait aucune sanction à la conclusion du mariage¹³⁹⁰. Le Tribunal fédéral a fait siennes ces opinions doctrinales dans un

¹³⁸⁵ Sur la situation sous l'empire de la LRDC et les travaux préparatoires, VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 2 ss ad art. 45 LDIP.

¹³⁸⁶ VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 9-14 ad art. 45 LDIP; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 45; BUCHER, DIP II, N° 376; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 8-9 ad art. 45; SCHWANDER, Einführung BT, N° 122. Si le mariage est reconnu dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'un des époux, le mariage a été valablement célébré à l'étranger, même si l'Etat du lieu de la célébration ne le reconnaît pas.

¹³⁸⁷ Message, FF 1996 I 1 ss, 183.

¹³⁸⁸ BUCHER, DIP II, N° 380 et RSDIE 1998, p. 251.

¹³⁸⁹ VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 17 et 18 ad art. 45 LDIP.

¹³⁹⁰ Cf. DUTOIT, FJS N° 942, p. 3 et Commentaire, N° 7 et 9 ad art. 45; BUCHER, DIP II, N° 384; Office fédéral de la justice, avis non publié du 26 novembre 1997; Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 24 février 1995: « *A mesure que la caution de l'article 45 al. 2 LDIP ne doit pas remplacer la réserve de l'ordre public suisse de l'article 27 al. 1 LDIP mais au contraire concrétiser cette notion (...), il est possible même en l'absence d'intention frauduleuse de refuser la transcription en Suisse en vertu de l'ordre public interne* ».

arrêt de 1996¹³⁹¹ confirmant une décision du Tribunal administratif thurgovien¹³⁹². L'art. 45 al. 2 LDIP concrétise l'exigence d'une *Binnenbeziehung* suffisante avec la Suisse pour permettre l'intervention de l'ordre public dans un domaine particulier. Si les parties ne sont ni suisses ni domiciliées en Suisse, l'ordre public suisse doit être très gravement heurté par le mariage célébré à l'étranger pour que celui-ci ne soit pas reconnu. Comme le soulignent A. BUCHER¹³⁹³ et B. DUTOIT¹³⁹⁴, il faut tenir compte de l'incidence de l'ordre public étranger de l'Etat avec lequel les époux étrangers entretiennent des liens étroits et refuser éventuellement de reconnaître le mariage si cet Etat en fait de même, se montrer plus large si le mariage déploie ses effets dans ce pays. L'art. 45 al. 2 LDIP ne vise que les causes absolues d'annulation de l'art. 105 CC et non les causes relatives de l'art. 107 CC, ce qui ressortait du texte allemand de l'ancienne version de cette disposition (« *Nichtigkeitsgründe* »)¹³⁹⁵ et résulte d'une interprétation logique: il serait absurde de retenir d'office et à l'encontre d'un mariage célébré à l'étranger des causes d'annulation qui, en droit interne, ne sont poursuivies qu'à l'initiative des intéressés (art. 108 CC). A l'encontre des causes relatives d'annulation, la réserve de l'art. 27 al. 1 LDIP pourra, le cas échéant, intervenir dans des cas exceptionnels pour faire obstacle à la reconnaissance d'un mariage. Enfin, l'intention frauduleuse que suppose l'art. 45 al. 2 LDIP doit être manifeste, le seul fait que des fiancés domiciliés en Suisse aillent faire célébrer leur union à l'étranger ne permettant pas de la présumer: de nombreux ressortissants étrangers préfèrent que leur mariage soit consacré sur la terre qui nourrit leurs racines, dans le pays où leur famille est intégrée, où leurs pensées les ramènent. Il faudra donc examiner concrètement, dans chaque cas d'espèce et compte tenu de la gravité de la cause d'annulation, si l'intention frauduleuse caractérise objectivement le comportement des parties (voir, sur le jeu des art. 45 al. 2 et 27 LDIP: Illustration 2).

¹³⁹¹ TF, 2^e Cour civile, 19 avril 1996, REC 1997, p. 145: « *Dabei will Art. 45 Abs. 2 IPRG den allgemeinen Ordre-public-Vorbehalt des Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht ersetzen; vielmehr bleibt letztere Bestimmung trotz der ersteren anwendbar* », voir déjà TF, 2^e Cour civile, arrêt non publié du 10 janvier 1996 (5C.184/1995/bnm).

¹³⁹² *Verwaltungsgericht TG*, 8 décembre 1995, REC 1997, p. 75 (76): « *Art. 45 Abs. 2 IPRG stellt eine Konkretisierung des allgemeinen Ordre-public-Vorbehalts von Art. 27 IPRG dar, ohne diesen aber zu ersetzen* ».

¹³⁹³ BUCHER, DIP II, N° 384.

¹³⁹⁴ DUTOIT, FJS N° 942, p. 3.

¹³⁹⁵ En ce sens, concernant la première version de l'art. 45 al. 2 LDIP, BUCHER, DIP II, N° 381; DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 45; cf. ég. VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 19 ad art. 45 LDIP; Office fédéral de la justice, avis non publié du 9 avril 1998. A noter que, pour la révision de 1998, le Message (FF 1996 I 183) précise que la rédaction de l'art. 45 al. 2 LDIP est simplement adaptée à la nouvelle terminologie.

B. Intervention de la réserve d'ordre public (art. 27 LDIP)

a) Généralités

577. *Introduction. Théorie de l'effet atténué. Importance de la théorie des liens avec le for.* Les développements consacrés à la théorie de l'effet atténué ont démontré que l'ordre social est sans doute en règle générale moins violemment heurté dans le domaine de l'effet indirect que dans celui de l'effet direct; ce constat n'est toutefois valable que dans la mesure où les fiancés n'étaient alors pas étroitement liés à l'Etat de la reconnaissance, ou encore que le temps qui s'est écoulé depuis la célébration ait atténué l'importance de ces liens, l'union étant reconnue à l'étranger, dans les Etats dans lesquels les époux ont vécu. Si les fiancés sont domiciliés en Suisse au moment de la célébration à l'étranger, la réserve interviendra plus facilement, les liens de la cause avec le for étant plus étroits; la théorie des liens avec le for (*Binnenbeziehung*) justifiera ces nuances dans l'intervention de la réserve, bien mieux que celle de l'effet atténué dont le fondement se révèle dépassé par la facilité avec laquelle les individus peuvent se déplacer aujourd'hui¹³⁹⁶.

578. *Caractère exceptionnel de l'intervention.* L'autorité de la reconnaissance doit interpréter de façon restrictive la réserve d'ordre public, à la lumière du droit fondamental au mariage (art. 54 Cst. féd.[1874], art. 14 Cst. féd. [1999], art. 12 CEDH). L'intervention de l'ordre public doit être d'autant plus exceptionnelle que la célébration est ancienne, que les époux ont vécu de nombreuses années sans que la validité de leur union n'ait été remise en cause. On retrouve les effets quasi guérisseurs de l'écoulement du temps¹³⁹⁷. Avant de faire intervenir la réserve, l'autorité doit soupeser les conséquences qu'un refus de reconnaissance pourrait entraîner pour les intéressés, qui seraient privés, en Suisse, de la protection et des remèdes du droit matrimonial, dont ils pensaient, non sans raisons, pouvoir se prévaloir et sur lesquels ils fondaient des attentes. Les conclusions tendant au refus de reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger peuvent constituer une arme redoutable dans les mains d'un conjoint actionné en divorce ou en séparation de corps, qui ne cherche pas tant à faire respecter l'ordre public suisse qu'à se servir d'une clause qui lui permet d'éluder ce qu'il considère comme de douloureuses et inutiles conséquences patrimoniales de l'union. En se laissant guider par le principe du *favor matrimonii*, le législateur a voulu favoriser la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger et éviter les situations juridiques boiteuses¹³⁹⁸; il ne serait pas judicieux de

¹³⁹⁶ *Supra*, N° 326, 374-377.

¹³⁹⁷ ATF 120 II 87 (89), *Epoux X.*, (reconnaissance d'une adoption) relevant que le temps est un élément important de l'effet atténué.

¹³⁹⁸ Message LDIP, ch. 233.4: « Le Conseil fédéral est d'avis que les conditions de reconnaissance sont suffisamment larges et qu'elles sont de nature à éliminer le risque de

réduire à néant cet effort d'ouverture en faisant trop largement jouer la réserve d'ordre public. L'institution du mariage peut reposer, dans d'autres législations, sur des fondements culturels, sociologiques, religieux différents dont il convient de respecter l'esprit, à moins que de très sérieux obstacles ne s'y opposent. Manque de tolérance et relativisme excessif sont deux attitudes également néfastes en la matière, la difficulté résidant en la recherche du juste équilibre.

b) Casuistique

579. *Causes d'annulation de l'art. 105 CC. 1° Parenté et alliance.* En principe ne sera pas reconnu le mariage de parents en ligne directe et de frère et sœur, à moins que les liens de la cause avec le for soient extrêmement ténus. Les mariages allant à l'encontre des autres causes d'annulation de l'art. 105 CC seront reconnus lorsque les époux (Suisse ou domiciliés en Suisse) ne se sont pas rendus à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder la cause d'annulation du droit suisse; la réserve ne devrait pas intervenir lorsque les intéressés n'entretenaient que des liens peu étroits avec la Suisse au moment de la célébration du mariage. Il nous paraîtrait choquant de refuser purement et simplement de reconnaître un mariage valablement célébré à l'étranger, entre alliés en ligne directe, si les individus concernés étaient domiciliés à l'étranger et que l'union y a déployé des effets¹³⁹⁹. A notre avis, il peut en aller de même

rapports juridiques boiteux, en évitant au maximum les refus de reconnaissance ». Cf. également Projet de loi de la commission d'experts et Rapport explicatif, Zurich, 1978, p. 276: « Il convient de se montrer particulièrement libéral en matière de reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger. En effet, remettre en cause après coup la validité d'un mariage constitue une mesure lourde de conséquences et qui n'est en général guère comprise par les époux concernés. En outre, ce n'est pas ainsi que l'on empêchera l'existence d'un mariage "boiteux" ».

¹³⁹⁹ Cf. BUCHER, DIP II, N° 382, citant: Service fédéral de l'état civil, 23 décembre 1982, rapporté in REC 1983, p. 106: mariage d'une Suissesse avec un Américain, ex-mari de sa mère. Le droit de l'Etat de la Floride ne connaissant pas l'empêchement découlant de l'alliance en ligne directe, le mariage avait été valablement célébré. Le Service fédéral de l'état civil a estimé que le mariage devait être reconnu en Suisse, car rien ne permettait de dire qu'il avait été célébré aux Etats-Unis pour éluder la « cause de nullité » (ancienne terminologie de l'art. 120 a CC) du droit suisse, les époux ayant à l'époque leur domicile commun en ce lieu; le Service précisait en outre que cet empêchement tendait à perdre de son importance dans le monde. Implicitement, le Service était d'avis que ce motif d'empêchement ne constituait pas une règle d'application nécessaire. Voir toutefois *Direktion des Innern* ZH, 3 janvier 1996, décision non publiée: refus de transcription pour contrariété à l'ordre public du mariage célébré en Turquie entre un ressortissant suisse domicilié en Suisse et une ressortissante turque, domiciliée en Turquie, le fiancé étant l'ex-mari de la mère de la fiancée: « Da die (...) geschlossene Ehe gegen dieses Verbot [100 al. 1 ch. 2 CC] verstösst, was gemäss Art. 120 Ziff. 3 ZGB ihre Nichtigkeit zur Folge hat, ist sie mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ».

lorsqu'il est établi que les liens que les époux domiciliés en Suisse entretiennent avec ce pays ne sont guère étroits, par exemple parce que leur domiciliation est récente et sera, avec un haut degré de vraisemblance, de courte durée (Illustration 3).

580. 2° *Incapacité de discernement. Maladie mentale.* Selon la doctrine majoritaire, le mariage conclu par une personne durablement incapable de discernement ne sera pas reconnu¹⁴⁰⁰, l'art. 94 al. 1 CC (art. 97 aCC) revêtant le caractère de loi d'application nécessaire; il en irait de même du mariage contracté par un conjoint qui n'a pas consenti lui-même ou qui ne disposait pas d'une pleine liberté d'appréciation¹⁴⁰¹. Pour nous, dès lors qu'il s'agit de reconnaissance d'un acte étranger, seule la réserve d'ordre public peut intervenir et non l'art. 18 LDIP qui ne joue son rôle qu'au stade de l'application du droit étranger¹⁴⁰². Un mariage, valablement célébré à l'étranger, conclu par une personne capable de discernement, mais atteinte d'une maladie mentale, doit être reconnu en Suisse, au vu de l'évolution des valeurs en Suisse¹⁴⁰³.

581. 3° *Bigamie (renvoi).* Nous traiterons plus loin des unions bigames et polygames¹⁴⁰⁴.

582. *Age.* Le mariage valablement célébré à l'étranger entre des fiancés de moins de 18 ans sera en principe reconnu en Suisse. En fonction des circonstances concrètes et de l'intensité des liens avec la Suisse, l'ordre public pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'une union célébrée entre des fiancés n'ayant pas atteint l'âge de la puberté ou entre des jeunes gens qui, faute de la maturité nécessaire, ne peuvent avoir librement consenti au mariage¹⁴⁰⁵. Si

¹⁴⁰⁰ DUTOIT, FJS N° 942, p. 9, SCHWANDER, p. 254 ss; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 45; cf. déjà MURET, p. 76.

¹⁴⁰¹ En ce sens, BUCHER, DIP II, N° 385.

¹⁴⁰² *Supra*, N° 131.

¹⁴⁰³ Cf. *supra*, N° 560, pour l'effet direct.

¹⁴⁰⁴ Cf. *infra*, N° 601-710.

¹⁴⁰⁵ Voir l'avis non publié de l'Office fédéral de la justice, 26 novembre 1997, se prononçant pour la reconnaissance d'un mariage célébré le 4 août 1997 à Las Vegas entre un double national suisse et italien domicilié au Tessin, né le 20 mars 1981 et une double nationale italienne et américaine, née le 7 juin 1982 et domiciliée en Italie: « *Les exigences du droit suisse relatives à l'âge matrimonial (art. 96 CC) ne relèvent sans doute pas, en tant que telles, de l'ordre public suisse. (...) On ne pourra toutefois guère tolérer la célébration d'un mariage entre des fiancés dont l'un est encore protégé par le droit pénal sur les infractions contre les mœurs (...). A notre avis, la limite d'âge de 16 ans n'est en tout cas pas contraire à l'ordre public suisse et correspond au sentiment général de la justice évoqué ci-dessus. En dessous de cet âge, la reconnaissance (...) devrait (...) se heurter en principe à l'exception de l'ordre public suisse, sous réserve de l'examen des circonstances du cas particulier. Ainsi, dans un cas comme celui-ci, où l'un des fiancés a 16 et l'autre 15 ans et où la femme est en*

les époux sont plus âgés au moment où la question de la reconnaissance est examinée, la réserve interviendra encore plus rarement, en présence d'une union qui a subsisté et dans la mesure où les deux conjoints tiennent leur union pour valable. On pourrait tenter d'opposer à cette conception la nécessité d'une prise en compte d'office de l'ordre public matériel. Lorsque des conjoints se sont mariés très jeunes à l'étranger, mais que leur âge ne pose plus de problème au regard de l'ordre public au moment où la reconnaissance est requise et qu'ils tiennent tous deux à la poursuite de leur mariage, leurs attentes légitimes devraient être respectées. La pratique paraît aller en ce sens¹⁴⁰⁶. Cette tendance doit être approuvée dès lors que l'ordre public du for ne risque guère d'être heurté, de façon concrète et actuelle, par la reconnaissance de telles unions; nos valeurs ne sont pas heurtées par les effets qu'elle a pu déployer à l'étranger dans le passé, alors que les conjoints étaient très jeunes. En revanche, nous pensons que la réserve d'ordre public pourrait intervenir plus facilement si l'un des conjoints s'oppose à la reconnaissance en Suisse d'un mariage qu'il a conclu très jeune ou qu'il a contracté avec un conjoint encore enfant, à un âge où la

outré enceinte, il y aurait, selon nous, lieu d'admettre une telle exception (...). En tout cas, un mariage entre fiancés dont l'un au moins n'aurait pas atteint la limite d'âge de 15 ans devrait, selon nous, être considéré comme contraire à notre ordre public ». Voir également, dans le même sens, un avis non publié de l'Office fédéral de la justice, du 9 avril 1998.

¹⁴⁰⁶ En ce sens, *Zivilstandsamti, Ehe und Verkündabteilung* BS, lettre du 16 mars 1998 à l'auteur: demande de reconnaissance d'un mariage entre un citoyen suisse et une ressortissante turque de 15 ans; jugeant la reconnaissance d'une telle union contraire à l'ordre public suisse, l'autorité a proposé aux requérants d'attendre que l'épouse ait 16 ans pour procéder à la transcription. Voir également un avis de l'Office fédéral de la justice, 9 avril 1998, au sujet du mariage, contracté en Turquie, d'un ressortissant turc, domicilié à Genève, au bénéfice d'une autorisation d'établissement, avec une compatriote de 14 ans et 11 mois; le mari demande une autorisation de séjour pour son épouse (regroupement familial, art. 17 al. 2 LSEE): « *est en principe déterminant le moment auquel la validité du mariage a été acquise dans l'Etat étranger de sa célébration (...). Toutefois, même si l'âge-limite requis n'était pas encore atteint à ce moment-là, le mariage devrait, selon nous, pouvoir être reconnu ultérieurement en Suisse dès l'accomplissement de cette condition, l'obstacle s'opposant, du point de vue suisse, à la reconnaissance de sa validité ayant alors (...) disparu par l'effet de l'écoulement du temps. Lors de sa célébration, le mariage des époux X. ne pouvait, à notre avis, pas être reconnu en Suisse (...). Toutefois, dans un peu plus d'un mois elle aura atteint l'âge de 16 ans et la reconnaissance en Suisse du mariage (...) ne s'opposera alors en tout cas plus, selon nous, à notre ordre public (...)* ». Voir également Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 15 octobre 1996: « *Un mariage qui unit une ou deux personnes âgées de moins de 15 ans ne peut d'emblée être reconnu en Suisse. Si les mariés sont âgés de plus de 16 ans, la reconnaissance est en principe admise. En ce qui concerne le cas d'époux qui ont entre 15 et 16 ans, une reconnaissance du mariage est possible en présence de circonstances particulières. L'autorité chargée de l'inscription tiendra notamment compte du rapport plus ou moins étroit qu'a le couple avec la Suisse, de la différence d'âge entre les mariés ainsi que du laps de temps qui doit s'écouler pour que les mariés ou le plus jeune d'entre eux atteigne l'âge de 16 ans* ».

capacité de saisir la portée de son engagement faisait probablement défaut à l'un des fiancés.

583. *Mariage par procuration. 1° Doctrine majoritaire.* Selon la doctrine majoritaire, le mariage célébré par procuration à l'étranger sera en principe reconnu, à moins qu'il ne soit établi que la procuration avait été donnée en blanc ou qu'elle ne reflétait pas la libre volonté de l'un des conjoint¹⁴⁰⁷.

584. *2° Quelques décisions et avis. a) Office fédéral de la justice (1938 et 1990).* Dans un avis du 7 janvier 1938, l'Office fédéral de la justice concluait déjà à la reconnaissance (art. 7f al. 1 LRDC) d'un mariage par procuration, contracté en l'espèce par un ressortissant suisse, à condition qu'il ait été valablement célébré à l'étranger, qu'il n'y ait pas été conclu en fraude à la loi suisse et qu'aucun des fiancés n'ait été présent en Suisse au moment de la célébration de l'union¹⁴⁰⁸. S. ALDEEB ABU-SAHLIEH¹⁴⁰⁹ cite un second avis du même office, du 31 mai 1990, selon lequel un mariage célébré par procuration entre des Suisses ou des étrangers domiciliés en Suisse serait reconnu en Suisse, lorsque le mariage n'a pas été conclu intentionnellement à l'étranger pour éluder la cause de « nullité » (annulation) du droit suisse. L'Office fédéral de l'état civil s'est également prononcé pour la reconnaissance de principe de telles unions, sous réserve de l'examen de leur compatibilité à l'ordre public suisse¹⁴¹⁰.

585. *b) Tribunal fédéral (1996).* Dans un arrêt de 1996¹⁴¹¹, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur cette question; il devait se prononcer sur la transcription dans les registres suisses de l'état civil d'une union célébrée en Bosnie-Herzégovine entre un Suisse domicilié en Suisse et une ressortissante bosniaque, sur la base d'une procuration falsifiée, la fiancée l'ayant signée au nom du fiancé¹⁴¹². Le

¹⁴⁰⁷ Cf. BUCHER, DIP II, N° 375 et RSDIE 1998, p. 251; DUTOIT, FJS N° 942, p. 3; VISCHER/VON PLANTA, p. 83, note 29; STAUFFER, Praxis, N° 6 ad art. 7f.

¹⁴⁰⁸ REC 1940, p. 185; cf. également Justiz-Departement BS, 20 octobre 1959, Zbl 1960, p. 28, textes cités par ALDEEB ABU-SAHLIEH, Le droit international privé, p. 69.

¹⁴⁰⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Le droit international privé, p. 69-70.

¹⁴¹⁰ Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 20 janvier 1997: « Eine im Ausland durch Stellvertreter geschlossene Ehe kann in der Schweiz grundsätzlich anerkannt werden, wenn sie im Ausland, namentlich am Eheschlussort gültig ist (...). Dennoch darf dadurch der schweizerische Ordre public nicht verletzt werden. So ist beispielsweise auch bei der Stellvertreterehe zu ihrer Anerkennung in der Schweiz eine freie, beidseitige Willenserklärung der Ehepartner notwendig ».

¹⁴¹¹ TF, 19 avril 1996, REC 1997, p. 145, RSDIE 1998, p. 249, note BUCHER.

¹⁴¹² L'art. 26 du Code de la famille de Bosnie-Herzégovine du 29 mai 1979 prévoyait une procédure particulière en cas de mariage par procuration; celle-ci devait être signée par le fiancé représenté.

fiancé s'opposait à l'inscription du mariage¹⁴¹³. Le Tribunal fédéral, tout en laissant expressément ouverte la question de savoir si les unions conclues par procuration heurtent de façon générale l'ordre public suisse, a estimé que le mariage qui lui était soumis était incompatible avec l'ordre public suisse, dès lors qu'il se fondait sur une procuration falsifiée, rejoignant l'appréciation du Département de la Justice et de la sécurité et du Tribunal administratif du Canton de Thurgovie¹⁴¹⁴. Le Tribunal fédéral soulignait qu'il était sans pertinence de savoir si l'intéressé, dont la signature avait été falsifiée, était d'accord avec le mariage et s'il avait consenti à la falsification.

586. c) *Autorité de surveillance de l'état civil du canton de Soleure (1998)*. Enfin, l'autorité de surveillance de l'état civil du canton de Soleure¹⁴¹⁵ a refusé de transcrire dans les registres de l'état civil une union contractée au Liban entre une Suisse et un Libanais domiciliés en Suisse. Ces derniers s'étaient rendus au Liban pour contracter mariage mais n'avaient pu réunir tous les documents nécessaires à la célébration avant la date de leur départ, de sorte qu'ils avaient conféré une procuration conjointe à une avocate libanaise qui s'était fait délivrer un acte de mariage et l'avait signé en leur nom en leur absence, le 1^{er} septembre 1997. Le 15 octobre 1997, les intéressés avaient requis la transcription de leur mariage dans le registre des familles du lieu d'origine de l'épouse et la délivrance d'un livret de famille. En premier lieu, et cela à notre avis de façon relativement légère¹⁴¹⁶, l'autorité de surveillance a retenu que l'union n'avait pas été valablement conclue au regard du droit libanais, de sorte qu'elle ne pouvait être reconnue en Suisse. L'autorité ajoutait que, même si le droit libanais devait considérer que les époux s'étaient valablement mariés par procuration, l'ordre public suisse faisait obstacle à la reconnaissance de l'union. Après avoir rappelé la théorie de la *Binnenbeziehung*, l'autorité examina les liens que la cause entretenait avec la Suisse; jugeant que ceux-ci étaient

¹⁴¹³ Le fiancé a déclaré qu'il était d'accord de se marier contre rémunération (fr. 2'000.-), mais qu'il n'avait jamais signé de procuration.

¹⁴¹⁴ Voir *Departement für Justiz und Sicherheit TG*, décision non publiée du 4 août 1995; *Verwaltungsgericht TG*, 8 décembre 1995, REC 1997, p. 145 (le Tribunal administratif avait retenu principalement la fraude (art. 45 al. 2 LDIP) et, subsidiairement, la violation de l'ordre public).

¹⁴¹⁵ *Bau-Departement SO*, 24 avril 1998, REC 1998, p. 188.

¹⁴¹⁶ L'autorité se fonde sur le passage d'un seul texte doctrinal, concernant le mariage de musulmans (REC 1998, p. 189); il ne ressort pas de la décision que l'autorité aurait examiné si les conjoints étaient bien de statut personnel musulman ni qu'elle aurait confronté l'avis auquel elle se réfère à d'autres sources, p. ex. en se renseignant, par la voie diplomatique (cf. OTHENIN-GIRARD, Transcription, p. 167 et note 53), sur la validité du mariage litigieux au Liban.

étroits¹⁴¹⁷, elle était d'avis qu'il convenait d'exiger, pour que le mariage soit reconnu, que les deux conjoints fussent présents lors de la célébration et aient donné leur consentement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Elle ajoutait que l'intervention de l'ordre public se justifiait d'autant plus que les requérants ne subiraient pas de désagréments, puisqu'ils pouvaient contracter mariage en Suisse.

587. 3° *Notre conception*. Nous pensons qu'un mariage valablement conclu à l'étranger par procuration devrait pouvoir être reconnu en Suisse pour autant que la loi du lieu de célébration offre certaines garanties quant à la clarté du consentement du fiancé représenté, à l'authenticité de la procuration et que ces règles étrangères semblent avoir rempli leur but en l'espèce. Lorsque ces conditions sont réunies et que les liens avec la Suisse sont peu étroits, la reconnaissance devrait rarement poser problème au regard de l'ordre public. A nos yeux, même lorsque les liens avec la Suisse sont relativement étroits au moment de la célébration, la réserve n'interviendra pas toujours. Ainsi, lorsqu'un citoyen suisse se marie à l'étranger en rédigeant sa procuration en Suisse, l'écoulement d'une période relativement longue entre la célébration du mariage et le moment où la reconnaissance doit intervenir, intervalle durant lequel la vie conjugale des époux est entièrement localisée dans des Etats qui reconnaissent la validité de leur union, pourrait rendre inadéquate l'intervention de la réserve (Illustration 4).

588. *Mariages diplomatique et consulaire*. Le mariage diplomatique ou consulaire célébré à l'étranger est reconnu en Suisse s'il répond aux conditions de l'art. 45 LDIP, en particulier s'il est valable dans l'Etat de la célébration, du domicile ou de la nationalité de l'un des conjoints¹⁴¹⁸. L'ordre public n'est pas concerné¹⁴¹⁹.

589. *Mariage religieux*. Il arrive que les personnes qui sont originaires d'un pays n'admettant que le mariage religieux¹⁴²⁰ préfèrent se rendre dans leur Etat

¹⁴¹⁷ Décision précitée, p. 190: domicile des requérants en Suisse; nationalité suisse de la requérante; précédent mariage du requérant avec une Suisseuse; le mariage était appelé à déployer des effets en Suisse, de sorte que l'affaire présentait « *eine enge Beziehung zur Schweiz* ».

¹⁴¹⁸ DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 45 LDIP; SCHWANDER, Einführung BT, N° 122.

¹⁴¹⁹ Sur les effets des mariages célébrés devant des représentations en Suisse, *supra*, N° 570-572.

¹⁴²⁰ Cf. ALDEEB ABU-SAHLEH, Le droit international privé, p. 54 ss, au sujet de l'art. 2 al. 1 du Dahir marocain N° 1-60-020 du 3 mars 1960; cet auteur cite un arrêt du Tribunal de première instance de Casablanca du 10 juin 1976, déclarant nul un mariage contracté civilement en France entre une Française et un Marocain, jugement que le TGI de Paris (7 avril 1981, *Dame Didier*, RCDIP 1981, p. 510) a refusé de rendre exécutoire pour contrariété

national pour faire célébrer leur union en la forme religieuse, dès lors que celle-ci n'est pas admise à titre exclusif en Suisse. Désirant éviter une situation boiteuse le jour où ils retourneront dans leur pays, ils estiment parfois qu'il est dans leur intérêt d'aller consacrer leur union devant les autorités religieuses de leur pays. Même en dehors de ces cas, indépendamment de la motivation des intéressés, l'ordre public ne fait pas obstacle à la reconnaissance en Suisse de telles unions¹⁴²¹.

590. *Mariage célébré dans un Etat non reconnu sur le plan international.* Le mariage qui n'a été reconnu que par l'autorité de fait du lieu de célébration, même si cette autorité n'était pas reconnue sur le plan international, n'est pas contraire à l'ordre public¹⁴²².

591. *Mariage posthume; mariages informels et consensuels.* Quant au mariage posthume, inconnu du droit suisse¹⁴²³, l'ordre public suisse ne s'oppose pas à sa reconnaissance, mais il ne produira en Suisse que les effets qui ne sont pas exclus par la législation du lieu de célébration¹⁴²⁴. Lorsque les conditions de leur reconnaissance sont données et qu'ils sont valablement conclus dans l'Etat de leur création, les mariages contractés sans procédure de publication¹⁴²⁵, sans

à l'ordre public. Cf. ég. DÉPREZ, RCADI, p. 104 ss, sur l'attitude des Etats musulmans et p. 106 sur la situation au Maroc. Selon le Message LDIP (ch. 232.4), le fait que le mariage ne sera pas reconnu, parce que conclu uniquement en la forme civile, ne permet pas de subordonner l'autorisation de célébrer un mariage civil à l'obligation de le célébrer ultérieurement en la forme religieuse, l'officier de l'état civil pouvant tout au plus rendre les époux attentifs au risque de non-reconnaissance.

¹⁴²¹ VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 16 ad art. 45; SCHWANDER, Familienrecht, p. 668 et Einführung BT, N° 122; Implicites, BUCHER, DIP II, N° 376 et DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 45. Sur la controverse au sujet de la qualification de la nature religieuse du mariage (forme ou fond), cf. DUTOIT, FJS N° 942, p. 10; SCHWANDER, Familienrecht, p. 127-128; BUCHER, DIP II, N° 355; VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 18 ad art. 44; MURET, p. 101 ss. La doctrine majoritaire (DUTOIT, BUCHER, VOLKEN) estime que la qualification doit se faire *lege fori* et conseille aux parties de faire suivre leur mariage en Suisse d'une cérémonie religieuse, si celle-ci est la seule forme reconnue dans leur Etat d'origine. Sur la validité des unions religieuses célébrées en Suisse, cf. *supra*, N° 573-574.

¹⁴²² Voir ATF 114 II 1, *F.*, concernant un mariage célébré le 15 avril 1975, en pleine guerre, à Saïgon, alors qu'il n'y avait pas d'autorité constituée; l'union avait été reconnue et enregistrée ultérieurement par les autorités de fait, soit le Comité révolutionnaire du premier arrondissement de Hô Chi Minh-Ville.

¹⁴²³ Il ne connaît que le mariage *in extremis*, voir l'art. 100 al. 2 CC.

¹⁴²⁴ VISCHER, Status und Wirkung, p. 673; BUCHER, DIP II, N° 375; SCHWANDER, Einführung BT, N° 123.

¹⁴²⁵ Cf. Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 18 avril 1997, au sujet de la reconnaissance de mariages célébrés au Cameroun entre des Camerounais et des ressortissants suisses, lorsque l'autorité de célébration camerounaise n'a pas respecté l'exigence, posée par le droit camerounais, d'une procédure de publication en Suisse; après avoir relevé qu'une telle

cérémonie ou purement consensuels¹⁴²⁶ (existant dans certains Etats des Etats-Unis et en droit musulman) ne sont pas contraires à l'ordre public. Ils seront reconnus lorsque l'échange des consentements et la cohabitation d'une certaine durée peuvent être localisés dans un Etat reconnaissant la validité de l'union¹⁴²⁷. La preuve de l'existence du mariage pourra poser des problèmes.

592. *Effet de l'intervention de la réserve.* Lorsque l'ordre public (art. 27 LDIP) s'oppose à la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger, le juge ou l'autorité considérera les époux comme non mariés. La reconnaissance sera refusée, la demande de transcription dans les registres de l'état civil suisse (art. 32 LDIP) sera rejetée, l'action tendant à la dissolution du lien conjugal sera déclarée irrecevable. La réserve déploie un effet purement négatif¹⁴²⁸.

4. Illustrations

593. *Illustration 1 a).* Mademoiselle Rouge et Monsieur Bleu, ressortissants du Royaume Jaune, Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés, souhaitent se marier au pied du Cervin. Rouge a 8 ans, Bleu a 16 ans. La loi du Royaume Jaune autorise leur mariage moyennant consentement de leurs parents et organise une tutelle de gestion des biens conjugaux jusqu'à la majorité de Bleu. L'autorité valaisanne de surveillance de l'état civil, appelée à donner son autorisation (art. 43 al. 2 LDIP et 168a OEC), estime devoir évincer la loi du Royaume Jaune au nom du noyau dur de l'ordre public suisse, en dépit des liens très lâches que les intéressés entretiennent avec la Suisse. Les parties sont étroitement liées à leur Etat national, dont la loi est évincée. L'officier applique la loi suisse, qui ne permet pas le mariage.

violation des prescriptions de forme n'entraînait pas la nullité mais l'annulabilité de l'union en droit camerounais, l'Office ajoutait: « *Eine anfechtbare Ehe ist jedoch bis zu ihrer gerichtlichen Auflösung als gültig zu betrachten und kann gemäss Art. 45 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) in die Schweizer Zivilstandsregister eingetragen werden. Der schweizerische ordre public im Sinne von Art. 27 IPRG wird wegen der Verletzung von Formvorschriften mit untergeordneter Bedeutung bei der Eheschliessung durch deren Anerkennung in der Schweiz unseres Erachtens nicht verletzt, zumal gerade das Unterlassen eines Verkündverfahrens nach Schweizer Recht nicht einmal einen Anfechtungsgrund der Ehe darstellt (Art. 131 ZGB)* ».

¹⁴²⁶ VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 16 ad art. 45; BUCHER, DIP II, N° 378 citant l'ATF 9, 567 (575), Mörschwyli; DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 45; SCHWANDER, Einführung BT, N° 123; Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 12 mai 1998: « *Selon la doctrine, il y a lieu de permettre la reconnaissance de mariages consensuels en Suisse, dans la mesure où l'échange des consentements et la cohabitation d'une certaine durée peuvent être localisés dans un Etat qui admet la validité d'un tel mariage. (...) Notre droit international privé suisse ne s'oppose en principe pas à la reconnaissance d'un mariage coutumier* ».

¹⁴²⁷ BUCHER, DIP II, N° 378; DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 45; SCHWANDER, Einführung BT, N° 123.

¹⁴²⁸ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 45.

594. *Illustration 1 b).* Mêmes faits, mais Rouge et Bleu sont domiciliés en République Verte depuis leur naissance où ils disent souhaiter établir leur domicile conjugal et où sont domiciliés leurs parents. Rouge et Bleu sont venus en Suisse pour faire célébrer leur union (art. 43 al. 2 LDIP), qu'ils veulent couronner d'une ascension au Cervin. La loi de la République Verte autorise le mariage si les deux fiancés sont âgés de 15 ans au moins. L'autorité cantonale de surveillance (art. 168a OEC) évince la loi du Royaume Jaune au nom de l'ordre public et applique à titre de droit de substitution le droit de la République Verte, parce qu'il estime que les fiancés sont davantage reliés à celui-ci qu'à la loi du for et que ses effets sont parfaitement compatibles avec l'ordre public suisse puisqu'en l'espèce, il ne permet pas davantage le mariage que la loi suisse.

595. *Illustration 2 a).* Aglaé-Armandine Wulschlegger est la fille de Sophie Wulschlegger; son père est Pierre Paulinot, qui n'est pas marié à Sophie. Alors qu'Aglaé a 10 ans, Sophie se marie avec Bertrand L'Hermitte; Aglaé, Sophie et Bertrand sont suisses et domiciliés en Suisse. Cinq ans plus tard, Sophie divorce, après avoir découvert que sa fille entretenait une relation amoureuse avec son mari. Aglaé, enceinte, souhaite se marier au plus vite avec Bertrand. L'officier de l'état civil de leur domicile leur explique que leur mariage est impossible en droit suisse (art. 95 al. 1 ch. 2 et 105 ch. 3 CC). Aglaé et Bertrand consultent un ami juriste qui leur signale que la loi de l'île de Granlustré permettrait de célébrer leur mariage. Il leur suggère de s'y rendre. Ce qui fut dit fut fait. De retour en Suisse, après avoir passé leur lune de miel sur l'île, Aglaé et Bertrand demandent la transcription (art. 32 LDIP) de leur mariage dans les registres de l'état civil suisse. L'autorité de surveillance refuse, invoquant l'art. 45 al. 2 LDIP, s'agissant de l'alliance et de l'âge de la fiancée.

596. *Illustration 2 b).* Baptiste Gontran von Insel, citoyen syldave de 17 ans, domicilié depuis sa naissance dans l'île de Granlustré, et Adèle Morth, qui a 14 ans et 3 mois, double citoyenne suisse et insulaire, domiciliée dans l'île de Granlustré, souhaitent se marier; les deux fiancés sont alliés par le mariage en seconde noce de la mère du fiancé avec le père de la fiancée. Les fiancés décident de se marier dans l'île de Granlustré; Baptiste obtient la transcription du mariage dans les registres de l'état civil syldave. Six mois plus tard, Adèle demande la transcription de ce mariage dans les registres de l'état civil de sa commune d'origine en Suisse, pays dont elle n'a jamais foulé le sol. L'autorité cantonale de surveillance (art. 32 LDIP) ordonne la transcription de ce mariage, étant d'avis que les fiancés ne se sont pas mariés dans l'île pour éluder les causes d'annulation du droit suisse (art. 45 al. 2 LDIP); en outre, la nationalité suisse non effective de la fiancée qui représente, outre l'inscription dans un registre suisse, le seul lien avec la Suisse ne justifie pas à ses yeux l'intervention de la réserve d'ordre public, le principe fondamental heurté ne relevant pas du noyau dur de l'ordre public.

597. *Illustration 2 c).* Mêmes faits que dans l'exemple précédent, mais Adèle a 11 ans 1/2 et ses parents se sont chargés de l'ensemble des démarches administratives; l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil refuse de procéder à la transcription du mariage dans les registres. A ses yeux, en dépit de la faible intensité des liens de l'affaire avec la Suisse, l'atteinte à l'ordre public est extrêmement grave, de sorte que la réserve d'ordre public (art. 27 LDIP) doit intervenir.

598. *Illustration 3.* Trudi, fille de Sylviane et de père inconnu, est citoyenne suisse née en France en 1935. Elle a été élevée par sa grand-mère, en Syldavie, puis en Hongrie. En 1942, Sylviane, mère de Trudi, Suissesse domiciliée en France, épouse Daniel, ressortissant syl-dave

de 15 ans son cadet puis divorce, après moins d'un an de mariage. En 1960, Trudi rencontre Daniel, l'épouse en conformité à la loi syldavie, sans savoir qu'il est l'ex-conjoint de sa mère, qu'elle n'a pas revue depuis des années; les époux ont des enfants et vivent successivement en Syldavie, en Grèce et en Afghanistan. A la retraite de Daniel, les époux s'établissent en Suisse où Trudi meurt, après avoir soumis sa succession à la loi suisse. Daniel et les enfants du couple agissent en pétition d'hérédité contre la fiduciaire M-Alain & Associés qui détient le portefeuille d'actions de Trudi. M-Alain & Associés, à qui Trudi avait confié ce qu'elle avait fini par apprendre de la bouche de Daniel, prétend que Daniel et les enfants ne sont pas héritiers légaux de Trudi, un mariage célébré entre alliés en ligne directe ne pouvant être reconnu en Suisse, en particulier lorsqu'il concerne une Suissesse domiciliée en Suisse. Le juge décide de trancher la question préalable de la reconnaissance en Suisse du mariage. Il juge que la reconnaissance de cette union ne heurte pas l'ordre public, au vu des liens peu étroits des époux avec la Suisse au moment du mariage et de la longue reconnaissance dont l'union avait fait l'objet en Syldavie, en Grèce et en Afghanistan.

599. *Illustration 4 a).* Hannibal Jeanneret, ressortissant suisse domicilié en Suisse, souhaite se marier avec Yaila Khaber, ressortissante du Sultanat du Biran, et s'établir avec son épouse dans ce pays. Hannibal rédige, en Suisse, une procuration pour que M^e Zhamed puisse le représenter lors de la célébration de son mariage avec Yaila; la loi du Sultanat autorise le mariage par procuration. Il est prévu qu'Hannibal s'établira dans l'Etat national de sa fiancée peu après la célébration de l'union, parce que la police des étrangers de cet Etat ne tolère son arrivée que s'il est marié à l'une de ses ressortissantes. Le mariage est célébré en 1980; Hannibal s'installe sur le territoire du Sultanat. En 1996, les conjoints reviennent en Suisse et demandent la transcription de leur mariage dans les registres de l'état civil suisse (art. 32 LDIP); l'extrait du registre de l'état civil que les époux déposent mentionne qu'Hannibal était valablement représenté lors de la célébration. L'Autorité de surveillance de l'état civil ordonne la transcription du mariage.

600. *Illustration 4 b).* Mêmes faits, mais les époux viennent s'installer en Suisse immédiatement après la célébration du mariage dans l'Etat national de la fiancée. L'autorité estime qu'au vu des liens que les intéressés entretiennent avec la Suisse, la réserve d'ordre public doit intervenir pour faire obstacle à la reconnaissance d'une union qui n'a pas encore déployé de véritables effets. Les époux prennent alors domicile au Sultanat, pour une dizaine d'années; en 1992, ils reviennent en Suisse, avec leurs trois enfants, et sollicitent la transcription de leur mariage dans les registres de l'état civil suisse. L'autorité de surveillance est d'avis que le mariage doit être reconnu, en dépit des liens que les intéressés entretenaient avec la Suisse au moment de la célébration et en vertu de l'écoulement du temps depuis la célébration, période durant laquelle le mariage a été tenu pour parfaitement valable par les autorités du domicile des époux.

5. Ordre public et mariage polygamique

A. Introduction

601. *Définition.* La polygamie est l'institution permettant à un homme (polygynie), ou à une femme (polyandrie), ou aux deux, d'être marié simultanément avec plus d'un conjoint. Dans la pratique, la polyandrie est exceptionnelle¹⁴²⁹, si bien que l'abus de langage assimilant les notions de polygamie et de polygynie est aujourd'hui consacré¹⁴³⁰.

602. *La prohibition de la polygamie en Occident.* La polygamie illustre à merveille la relativité dans l'espace et le temps des valeurs éthiques dominantes des différentes sociétés humaines. Dans le monde occidental, le principe de la monogamie et son pendant, la prohibition de la polygamie, sont très anciens et constituent l'un des fondements de nos sociétés. En droit romain déjà, le principe de monogamie était clairement établi¹⁴³¹ et était imposé à ceux qui appartenaient à une religion encourageant ou tolérant la polygamie¹⁴³². À partir du III^e siècle après J.-C., des textes incriminèrent la bigamie¹⁴³³. Dans l'Europe chrétienne, le mariage fut également conçu comme l'union d'un homme et d'une femme: en droit canonique, la bigamie n'était pas admise¹⁴³⁴, mais la prohibition restait souvent inefficace, faute de publicité des mariages. À la nullité sur le plan civil s'ajoutaient des peines sévères, comme le bannissement,

¹⁴²⁹ Sur la polyandrie, voir les indications de BOURDELOIS, p. 4; Raymond VERDIER, *Customary Family Law in IECL IV/11* (1983), p. 110, N° 249; ANCEL, *Le statut de la femme du polygame*, p. 105, relève que la polyandrie ne connaît qu'un faible développement et qu'elle ne « s'exporte pas », si bien qu'elle constitue un sujet d'observation pour l'ethnologue et l'anthropologue mais non un sujet de préoccupation pour l'internationaliste. La polyandrie était connue durant l'Antiquité, voir p. ex. Stavros PERENTIDIS, *Réflexions sur la polyandrie à Sparte dans l'Antiquité*, *Revue historique de droit français et étranger* 1997, p. 7-31.

¹⁴³⁰ BOURDELOIS, p. 4.

¹⁴³¹ Gaius, I, 63: « *neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere* ». Voir p. ex. Percy Ellwood CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930 (réédition Aalen 1979), p. 143; Alberto BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^e éd., Turin 1975, p. 236; Max KASER, *Das römische Privatrecht*, 2^e éd., München 1971, t. I, p. 315, note 35; Heinrich HONSELL/Theo MAYER-MALY/Walter SELB, *Römisches Recht*, 4^e éd., Berlin etc. 1987, p. 389; Antonio GUARINO, *Diritto privato romano*, Naples 1997, p. 587-588.

¹⁴³² Max KASER, *op. cit.* (note 1431), t. II (1975), p. 164: D I, 9, 7 [393]: « *mos Iudaearum* ».

¹⁴³³ Jean GAUDEMET, *Justum matrimonium*, *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 1950, p. 309 ss (355).

¹⁴³⁴ Cf. p. ex. le canon 8 du Concile de Tours (1236), frappant les époux bigames d'infamie et les menaçant de peine de mort, cité par Jean GAUDEMET, *Le mariage en Occident: les mœurs et le droit*, Paris 1987, p. 247; à Paris, il arrivait que les conjoints bigames soient exposés sur le parvis de Notre-Dame, au sommet d'une échelle, plusieurs dimanches de suite (GAUDEMET, *op. cit.*, p. 200).

l'emprisonnement ou, plus tard, la galère¹⁴³⁵. La question de savoir si cette prohibition était d'origine divine fit l'objet de controverses parmi les théologiens, en particulier réformés¹⁴³⁶; en effet, si l'Ancien testament n'interdit pas la polygamie¹⁴³⁷, le Nouveau testament n'y fait aucune allusion et ne traite que de l'indissolubilité du mariage¹⁴³⁸. Plusieurs théologiens et philosophes considéraient que la prohibition ne se fondait pas sur les Ecritures, mais sur un droit d'essence humaine¹⁴³⁹.

603. *La polygamie en droit comparé. 1° Pays de droit musulman.* Bien qu'elle soit en régression - dès les années 50, les législateurs de plusieurs Etats l'ont supprimée¹⁴⁴⁰, de nombreux Etats du globe connaissent la polygynie¹⁴⁴¹. La plupart des pays de droit musulman autorisent l'homme musulman à épouser jusqu'à quatre femmes simultanément, qu'elles soient musulmanes, chrétiennes ou juives. S. ALDEEB ABU-SAHLEH signale que la polygamie est également autorisée pour les Juifs dans les pays arabes, en Egypte notamment¹⁴⁴²; la polygamie n'est en revanche pas possible pour les Chrétiens résidant dans les pays arabes¹⁴⁴³. Dans ces pays, la polygamie est basée sur un verset du Coran

¹⁴³⁵ Jean GAUDEMET, *op. cit.* (note 1434), p. 200; Francis GAUTSCHI, *Die Mehrfache Ehe im schweizerischen Strafrecht*, th. Zurich 1951, Zurich 1953, p. 37 ss.

¹⁴³⁶ Voir l'intéressante contribution de Stephan BUCHHOLZ, *Erunt tres aut quattuor in carne una, Aspekte der neuzeitlichen Polygamediskussion in* Heinz Mohnhaupt (édit.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, vol. 32, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1987, p. 71-91; voir notamment l'opinion de Luther (p. 72 ss), avec des références à une curieuse consultation (1539) au sujet de la bigamie du Landgrave Philippe de Hesse, dont la motivation - « *propter exuberantem seminis materiam una uxor ad restringendas eius uestiones non suffecit* » (!) - ne fut pas jugée suffisante.

¹⁴³⁷ Cf. p. ex. Deutéronome 21, 15-17; de nombreux personnages bibliques étaient polygames: Abraham avait deux femmes (Genèse 16.1), comme Jacob (Genèse 29.15-30) et Esau (Genèse 26.34); Salomon en avait sept cents (1 Rois 11.3), Roboam dix-huit (2 Chroniques 11, 18-22).

¹⁴³⁸ Matthieu 19.5.

¹⁴³⁹ Voir BUCHHOLZ, *op. cit.* (note 1436), *loc. cit.*

¹⁴⁴⁰ C'est le cas notamment de l'Inde (qui l'a interdite aux Hindous en 1955, mais la tolère pour les Musulmans, cf. Dagmar COESTER-WALTJEN/Michael COESTER, *Formation of Marriage*, IECL IV/3 [1997], p. 32), du Vietnam du Sud (1959), du Kenya (pour les Hindous et non pour les Musulmans), de Madagascar (1962), de la Côte d'Ivoire (1964), du Congo, de l'Ouganda et de la Guinée. Pour les Mormons de l'Etat d'Utah, elle est interdite depuis la fin du XIX^e siècle, même si elle semble subsister dans les faits et n'est pas toujours poursuivie pénalement (cf. Erich SCHWINGER, *Polygamie in den USA*, FamRZ 1978, p. 171; COESTER-WALTJEN/COESTER, IECL IV/3, p. 41). Pour la Tunisie et Israël, cf. *infra* N° 604 et 605.

¹⁴⁴¹ Voir p. ex. la liste des Etats connaissant la polygamie in VON BAR/STAUDINGER, *Vorbem. zu Art. 13*, N° 19-20.

¹⁴⁴² ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 58.

¹⁴⁴³ *idem*, *op. cit.*, *loc. cit.*, signale des décisions égyptiennes statuant en sens contraire; cf. également ALDEEB ABU-SAHLEH, *L'impact de la religion*, p. 159-161, citant un

établissant en règle la monogamie et en exception la polygamie, qui est soumise à deux conditions: le mari polygame doit être juste avec ses épouses et pouvoir les entretenir¹⁴⁴⁴. En droit classique, ces deux conditions n'ont pas de portée juridique et sont soumises à l'appréciation du mari, qui peut d'ailleurs répudier toutes ses femmes simultanément et en prendre quatre autres.

604. *Tempéraments légaux.* Les législateurs de plusieurs pays de droit musulman ont adopté des dispositions légales tendant à limiter les abus. Ainsi, en Egypte¹⁴⁴⁵, la première femme peut demander le divorce, même si elle n'avait pas exigé par contrat de mariage que son mari reste monogame¹⁴⁴⁶, si elle est lésée d'un dommage réel ou moral qui rend la continuation de la vie impossible; la deuxième épouse peut également demander le divorce, si elle ne savait pas que son mari était déjà marié à une autre femme. Ceci fait dire à certains auteurs¹⁴⁴⁷ que la jouissance du « *privilège de polygamie* » accordé à l'homme est devenue presque impossible sinon impraticable dans ce pays. Au Pakistan, les parties doivent comparaître devant une commission d'arbitrage et exposer les motifs qui les amènent à vouloir conclure une union polygamique¹⁴⁴⁸. D'autres pays ont prévu des formalités officielles permettant de vérifier si l'union remplit les conditions d'une union polygamique au sens de la *Shari'a*. En Libye, le mari peut épouser une deuxième femme avec l'autorisation du juge après que celui-ci a examiné sa situation sociale, ses possibilités financières et son état de santé¹⁴⁴⁹. En Syrie, le juge autorise le mari à épouser une autre femme s'il existe un motif justificatif et si l'homme est capable de fournir l'entretien à ses femmes¹⁴⁵⁰. En Irak, le mariage doit être autorisé par le *Khadi*,

communiqué des chefs religieux des communautés chrétiennes d'Egypte considérant ces dernières décisions comme une menace pour leurs coreligionnaires.

¹⁴⁴⁴ Verset 4:3: « *Epousez parmi les femmes qui vous plaisent deux et trois et quatre, et si vous craignez de ne pas être équitables, n'en épousez qu'une seule. Et vous ne pouvez être équitables* », cité par ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'impact de la religion, p. 158-159; *idem*, La Suisse, p. 18-19.

¹⁴⁴⁵ Loi N° 100/1985, art. 11; cf. Mohamed-Hossam LOUFTI, Juris-classeur de droit comparé, Egypte, N° 62, p. 10. Sur l'évolution du droit musulman, voir Kilian BÄLZ, Die « Islamisierung » des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat, *RabelsZ* 1998, p. 454-462.

¹⁴⁴⁶ Sur les engagements à la monogamie en droit comparé, voir surtout BOURDELOIS, p. 59-71.

¹⁴⁴⁷ Hisham SADEK/Hafiza EL HADDAD, Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte, in CARLIER/VERWILGHEN, p. 39 ss, p. 43.

¹⁴⁴⁸ *Muslim Family Law Ordinance* 1961, sct. 6; si l'union est conclue sans autorisation, elle est néanmoins valable, mais le mari fera l'objet de sanctions pénales et la dot du mari sera immédiatement exigible. Cf. Sh. SHAUKAT MAHMOOD, *Muslim Family Law*, 11^e éd., Lahore (Pakistan) 1989, p. 23.

¹⁴⁴⁹ Loi N° 10 du 19 avril 1984, art. 13; BERGMANN/FERID, Libyen, p. 11.

¹⁴⁵⁰ Art. 17 de la loi N° 59-1953; BERGMANN/FERID, Arabische Republik Syrien, p. 11.

qui vérifie la motivation et la situation financière du mari; s'il a des raisons de penser que les deux épouses ne seront pas traitées également, il doit refuser l'autorisation¹⁴⁵¹. En Algérie, le juge contrôle l'existence d'un motif justificatif¹⁴⁵² et s'assure que les épouses ont été informées avant la conclusion de la deuxième union; elles ont la possibilité de demander le divorce en cas de tromperie du mari¹⁴⁵³. Au Maroc, il faut une autorisation du juge qu'il peut refuser s'il craint des injustices entre les épouses. Les deux épouses doivent être informées; la première femme peut demander la dissolution du mariage lorsque le contrat de mariage prévoit que le mari n'aura qu'une femme¹⁴⁵⁴. D'un point de vue sociologique, la polygamie s'estomperait progressivement, « *s'occidentaliserait* » dans les faits en devenant successive, grâce à la répudiation, pour reprendre l'expression d'I. FADLALLAH¹⁴⁵⁵. D'autres pays musulmans, la Tunisie¹⁴⁵⁶ notamment, ont purement et simplement abrogé la polygamie et font de la bigamie un délit pénal.

605. 2° *Autres pays*. Les Etats musulmans ne sont pas les seuls à connaître la polygamie. Les droits, souvent coutumiers, de certains pays d'Afrique et d'Asie la prévoient également¹⁴⁵⁷. En Israël, la bigamie est un délit pénal¹⁴⁵⁸, mais la loi ne frappe pas de nullité la seconde union du mari polygame. En droit religieux, une règle médiévale (rabbin GERSHOM, Mayence, XI^e siècle¹⁴⁵⁹) interdit la polygamie, mais il s'agit d'un empêchement simplement prohibitif, n'entraînant

¹⁴⁵¹ § 3 al. 4 de la Loi sur le statut personnel; BERGMANN/FERID, Irak, p. 10.

¹⁴⁵² Selon une circulaire N° 102/84 du Ministère de la Justice, du 23 septembre 1984, citée par Mohammed Chérif SALAH-BEY, Juris-classeur de législation comparée, V° Algérie p. 8, le mariage polygamique n'est possible qu'en cas « *d'extrême nécessité* »; ce texte énumère différents cas (stérilité de l'épouse ou maladie lui interdisant d'entretenir des relations sexuelles avec son mari, etc.).

¹⁴⁵³ Art. 8, Loi N° 84-11 du 9 juin 1984 (Code de la famille).

¹⁴⁵⁴ Fatma SAREHANE, Juris-Classeur de législation comparée, V° Maroc, N° 125-126; BERGMANN/FERID, Marokko, p. 25.

¹⁴⁵⁵ Ibrahim FADLALLAH, Lien conjugal et rencontre de civilisations, in CARLIER/VERWILGHEN, p. 343 ss (344), cet auteur signalant en outre que la polygamie était le rempart contre la répudiation et un moyen de maintenir son statut à l'épouse âgée.

¹⁴⁵⁶ Art. 18 al. 1 et 2 du Code de statut personnel; cf. Kakhoun MEZIOU, Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, in CARLIER/VERWILGHEN, p. 247 ss, p. 254-255 qui présente la méthode dite « *progressive* » de lecture du Coran: résumant Tahar EL HADDAD (La femme, le législateur islamique et la société, 1978) elle explique que le Coran apportait une première limitation à la polygamie en la restreignant à quatre épouses, alors qu'elle n'était pas limitée auparavant; cela indiquerait une évolution vers la monogamie qui serait suggérée par le texte sacré.

¹⁴⁵⁷ Voir notamment COESTER-WALTJEN/COESTER, IECL IV/3, p. 30 ss; Raymond VERDIER, IECL IV/11, p. 109; BERGMANN/FERID, V° Nigeria, p. 15.

¹⁴⁵⁸ Criminal Law 5737-1977, art. 176.

¹⁴⁵⁹ Voir p. ex. Avraham GROSSMAN, Ashkenazim to 1300, in N.S. HECHT *et alii*, An Introduction to the History and Sources of Jewish Law, Oxford 1996, p. 317-319.

pas la nullité du mariage. De plus, dans des cas exceptionnels (p. ex. maladie grave de la femme, refus d'accepter un *gher*¹⁴⁶⁰), le droit religieux peut autoriser le second mariage à l'issue d'une procédure spéciale. Lorsque la loi applicable au nouveau mariage est la loi religieuse juive, nul ne peut être condamné si le nouveau mariage a été contracté après qu'une autorisation a été donnée par un tribunal rabbinique et que la décision a été confirmée par le Grand Rabbín d'Israël¹⁴⁶¹.

606. *Conflit de civilisations. Attitude des Etats coloniaux.* La coexistence de systèmes admettant le mariage polygamique avec d'autres le prohibant, dans un monde où de perpétuels échanges migratoires se produisent, donne lieu à une collision des valeurs, à un « *conflit de civilisations* », pour reprendre l'expression de P. MERCIER. La désacralisation du mariage et la « *polygamie successive* »¹⁴⁶² que le divorce autorise chez nous ne suffisent pas à gommer les contrastes frappants entre deux conceptions fondamentalement opposées du mariage. Les anciens Etats coloniaux connaissent ce problème depuis longtemps. Lorsqu'ils ont décidé de laisser les habitants de leurs colonies y vivre selon leur droit traditionnel, ils n'en sont pas moins parfois intervenus au nom de l'ordre public, qu'ils qualifiaient de « *colonial* » ou « *d'assimilation* », voire « *d'évolution* » ou « *du développement* » pour assurer la primauté de certains principes généraux¹⁴⁶³. Les rapports entre le droit colonial et le droit indigène étaient beaucoup moins fréquents en métropole, les mouvements de population des colonies vers celles-ci étant très limités. Les tribunaux devaient parfois examiner des conflits interpersonnels et interrégionaux, par exemple lorsque des ressortissants de la colonie, s'y étant mariés sous un statut polygamique, venaient s'établir en métropole ou qu'ils désiraient s'y marier dans les formes traditionnelles. Nous ne traiterons pas dans le cadre de cette étude de l'application de la réserve d'ordre public dans le cadre des conflits interrégionaux¹⁴⁶⁴.

607. *Développements récents.* Le processus de décolonisation a suscité un important mouvement migratoire en direction des anciennes métropoles. Ce phénomène a transposé sur le plan international des conflits qui n'avaient

¹⁴⁶⁰ Lettre de divorce; sur cette institution du droit hébraïque, cf. *infra*, N° 752.

¹⁴⁶¹ Pinhas SHIFMAN, *Juris-Classeur de législation comparée*, V° Israël, ch. 27; Ze'ev W. FALK, IECL IV/11 (1983), p. 39; BERGMANN/FERID, Israël, p. 106; COESTER-WALTJEN/COESTER, IECL IV/3, p. 33.

¹⁴⁶² ANCEL, *Le statut de la femme du polygame*, p. 107.

¹⁴⁶³ MERCIER, p. 8-9; voir l'arrêt de la Cour suprême du Cameroun, 20 mars 1962, JDI 1975, p. 23.

¹⁴⁶⁴ Voir notamment MERCIER, p. 11-12 pour la France; p. 10, 13-14 pour d'autres problèmes relatifs aux conflits interrégionaux; AMADÉO, *Ordre public, passim*; KABANGÉ, *L'ordre public, passim*.

auparavant, sur le plan juridique, qu'une dimension interne¹⁴⁶⁵. Les pays qui rattachent traditionnellement le domaine du statut personnel à la loi nationale se sont trouvés confrontés au problème de l'application des lois des colonies émancipées aux étrangers immigrés. Les tribunaux des Etats qui ont adopté le critère de rattachement du domicile ont également eu à juger des mariages polygamiques, dans le contexte de situations créées à l'étranger et dont la reconnaissance était demandée. Enfin, l'élan migratoire en provenance de pays éloignés, connaissant la polygamie, s'est étendu à des pays qui, à l'instar de la Suisse, n'avaient jamais possédé de colonies et pour lesquels les problèmes posés par l'insertion d'un statut polygamique dans un ordre juridique le prohibant étaient relativement nouveaux.

608. *Cadre de notre étude*. Nous commencerons notre étude par un aperçu de droit international privé comparé. Nous examinerons la réaction des droits allemand, anglais et français qui nous offrent une jurisprudence fournie et nuancée. Nous exposerons ensuite les solutions du droit international privé suisse ainsi que notre conception.

B. Aperçu de droit international privé comparé

a) Allemagne

aa) Règle de conflit

609. *Règle de conflit*. En droit international privé allemand, les conditions du mariage sont soumises, pour chaque conjoint, au droit national de celui-ci (art. 13 al. 1 EGBGB). Si l'un de ces droits ne permet pas la conclusion du mariage, la loi contient une règle spéciale d'ordre public qui ne sera pas examinée ici (art. 13 al. 2 EGBGB)¹⁴⁶⁶. Les tribunaux allemands se sont penchés à quelques reprises sur le problème de la polygamie et la doctrine examine cette question¹⁴⁶⁷.

bb) Célébration du mariage polygamique en Allemagne

610. *Union virtuellement polygamique*. En premier lieu, il est unanimement admis que le simple fait que le droit national des conjoints ou de l'un d'eux tolère les unions polygamiques n'empêche pas la célébration de l'union en Allemagne lorsqu'aucun des conjoints n'est déjà marié; il s'agit d'une union « *virtuellement polygamique* », pour reprendre l'expression consacrée en

¹⁴⁶⁵ MERCIER, p. 14-15 et les références citées en note 1, p. 15.

¹⁴⁶⁶ Sur les clauses spéciales, cf. notamment *supra* N° 10, 68, 264.

¹⁴⁶⁷ Voir notamment Peter CULLMANN, *Die Behandlung polygamer Ehen im IPR von England, Frankreich und Deutschland*, th. Bonn, 1976; *idem*, *Anerkennung polygamer Ehen in der Bundesrepublik Deutschland*, FamRZ 1976, p. 313 ss.

Angleterre¹⁴⁶⁸. Telle est la solution admise par la doctrine¹⁴⁶⁹ et retenue, implicitement, dans plusieurs décisions¹⁴⁷⁰.

611. *Union effectivement polygamique.* La doctrine n'est pas unanime quant à la possibilité de célébrer valablement en Allemagne une union effectivement polygamique, l'un des conjoints étant déjà valablement marié, si le droit national des deux conjoints l'autorise. La très grande majorité de la doctrine estime que l'ordre public allemand s'oppose en tous les cas à la célébration d'une telle union¹⁴⁷¹. C'est aussi l'avis des tribunaux qui se sont prononcés sur cette question¹⁴⁷². Quelques auteurs admettent toutefois la célébration de telles unions en Allemagne¹⁴⁷³. Ainsi, pour H. STÖCKER¹⁴⁷⁴, l'union pourrait être célébrée en Allemagne lorsque le conjoint de la première union, dont les intérêts sont touchés, y consent.

cc) Reconnaissance en Allemagne des mariages polygamiques célébrés à l'étranger

612. *Effets civils.* Selon la doctrine¹⁴⁷⁵, les effets d'un mariage polygamique célébré valablement à l'étranger doivent être reconnus en Allemagne lorsque le droit national des conjoints de la deuxième union tolère la polygamie et permet aux époux de contracter une telle union. Lorsque les conjoints prennent

¹⁴⁶⁸ Cf. *infra*, N° 614.

¹⁴⁶⁹ COESTER, München. Komment., N° 45 ad art. 13; VON BAR/STAUDINGER, N° 86 ad art. 13; VON BAR, IPR II, N° 140; SPICKHOFF, p. 234.

¹⁴⁷⁰ LG München, 7 octobre 1976, FamRZ 1977, p. 332; OLG Hamm, 4 novembre 1975, FamRZ 1976, p. 29; OLG Celle, 25 septembre 1973, FamRZ 1974, p. 314.

¹⁴⁷¹ VON BAR/STAUDINGER, 12^e éd., N° 88 ad art. 13; GAMILLSCHEG/STAUDINGER, 11^e éd., N° 243 ad art. 13 et les références et N° 340 vor art. 13; VON BAR, IPR II, N° 140 et 151; SPICKHOFF, p. 232 ss; CULLMANN, Anerkennung, p. 314; COESTER, München. Komment., N° 45 ad art. 13.

¹⁴⁷² *Verwaltungsgericht* Gelsenkirch, 18 juillet 1974, FamRZ 1975, p. 338 (340); *Bundesfinanzhof*, 6 décembre 1985, NJW 1986, p. 2209. Voir cependant, admettant la validité d'une union polygamique célébrée devant une représentation étrangère en Allemagne, LG Frankfurt, 12 janvier 1976, IPRspr. 1976, N° 53: « *Denn eine vor einer ausländischen diplomatischen oder konsularischen Dienststelle geschlossene Ehe ist wie eine im Ausland geschlossene anzusehen* ».

¹⁴⁷³ STÖCKER, *RabelsZ*, p. 106; WIETHÖLTER, *Zur Frage des internationalen ordre public*, *BerDGes Völker* 7 (1967), p. 133, 139.

¹⁴⁷⁴ STÖCKER, *RabelsZ*, p. 106, nous paraît aller beaucoup trop loin lorsqu'il prétend que « *die konkrete Freiheit zur Betätigung von Autonomie hat grössere universale Rationalität als nationale oder auch multinationale Bemühungen um das abstrakte Rechtsgut der Frauenwürde* ».

¹⁴⁷⁵ P. ex. VON BAR, IPR II, N° 140; CULLMANN, Anerkennung, p. 313 ss; VON BAR/STAUDINGER, N° 87 ad art. 13; GAMILLSCHEG/STAUDINGER, 11^e éd., vor Art. 13, N° 340; COESTER, München. Komment., N° 45 ad art. 13; SPICKHOFF, p. 234.

domicile en Allemagne, l'ordre public allemand n'est pas heurté au point de faire obstacle aux effets que l'union polygamique déploie au stade de la liquidation du régime matrimonial ou des successions. Ainsi, un tribunal allemand a reconnu le mariage d'un Jordanien célébré en Jordanie avec une compatriote, peu avant la naturalisation de l'époux et alors que celui-ci était déjà marié en Allemagne avec une Allemande¹⁴⁷⁶. Lorsque l'union célébrée à l'étranger est reconnue, l'enfant né en Allemagne de parents liés par la seconde union est considéré comme un enfant du mariage¹⁴⁷⁷. Les différentes épouses et les enfants peuvent émettre des prétentions successorales en Allemagne¹⁴⁷⁸. S'agissant toujours des effets personnels de l'union, il est admis que le maintien de la cohabitation, en Allemagne, d'un mari polygame avec deux ou plusieurs épouses avec lesquelles il s'est valablement marié à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public allemand¹⁴⁷⁹; il semble toutefois que l'ordre public allemand interdise aux tribunaux de faire respecter ce devoir de cohabitation¹⁴⁸⁰.

613. *Annulation du mariage.* Les auteurs n'ont pas de position tranchée quant à la possibilité de faire annuler en Allemagne l'union polygamique célébrée à l'étranger. Pour Ch. VON BAR, les deux épouses pourraient agir en nullité du second mariage si les époux sont établis en Allemagne¹⁴⁸¹; pour SCHWIMANN, seule l'épouse qui aurait acquis (par naturalisation) la nationalité allemande pourrait ouvrir une telle action, l'*Inlandsbeziehung* étant alors suffisante¹⁴⁸².

b) Grande-Bretagne

aa) Introduction, notion de mariage polygamique

614. *Ancienne jurisprudence. Le mariage potentiellement polygamique.* Certains arrêts sont fort anciens. Le plus célèbre d'entre eux est très sévère à l'égard de la polygamie et a fait longtemps autorité en la matière. Il s'agit de

¹⁴⁷⁶ OLG Hamm, 12 septembre 1986, StAZ 1986, p. 352, cité par VON BAR, IPR II, N° 134; critique: KEGEL p. 380. A noter qu'au moment du prononcé de la décision, le premier mariage était dissout par divorce; le tribunal précisait: « *denkbar wäre eine Fallgestaltung, bei welcher der deutsche "ordre public" der Anerkennung der "Zweitehe" entgegenstünde, z. B. wenn der Beteiligte zu 1) auch jetzt noch in Deutschland mit zwei Ehefrauen zusammenleben würden* ».

¹⁴⁷⁷ LG Frankfurt, 12 janvier 1976, IPRspr. 1976, N° 53.

¹⁴⁷⁸ BIRK, München. Komment., N° 115 ad art. 25.

¹⁴⁷⁹ COESTER, München. Komment., N° 45 ad art. 13; CULLMANN, Anerkennung, p. 314; VON BAR/STAUDINGER, N° 87 ad art. 13.

¹⁴⁸⁰ COESTER, *loc. cit.*

¹⁴⁸¹ VON BAR/STAUDINGER, N° 90 ad art. 13 EGBGB.

¹⁴⁸² SCHWIMANN, München. Komment., 2^e éd., N° 45 ad art. 13 EGBGB; COESTER, München. Komment., 3^e éd., note 215, p. 673.

l'affaire *Hyde v Hyde*¹⁴⁸³, concernant un ressortissant anglais de religion mormone qui avait épousé une coreligionnaire à Salt Lake City selon le rite mormon. Après quelques années de vie commune en Utah, M. Hyde quitta son épouse et renia sa foi; une sentence d'excommunication fut rendue à son encontre en Utah et son épouse fut autorisée à se remarier avec un Mormon. M. Hyde ouvrit action en divorce en Grande-Bretagne en invoquant l'adultère de son épouse. En dépit du fait que le mariage litigieux liait un seul homme et une seule femme, le juge a estimé que ce mariage était potentiellement polygamique, dès lors que la polygamie était admise dans l'Utah, et a refusé de le dissoudre, au motif que le droit matrimonial anglais était adapté au mariage chrétien¹⁴⁸⁴ et totalement inapplicable au mariage polygamique. Tout en réservant expressément d'autres questions, comme les droits successoraux des époux, la légitimité des enfants ou les droits et obligations à l'égard des tiers qu'il n'avait pas à trancher dans l'affaire qui lui était soumise, Lord PENZANCE estima que les parties à un tel mariage « *are not entitled to the remedies, the adjudication, or the relief of the matrimonial law of England* ». Durant longtemps, en raison de cette jurisprudence, les auteurs et les tribunaux britanniques ont considéré comme mariage polygamique non seulement l'union effectivement conclue par un conjoint déjà marié (*actually polygamous*), mais également l'union virtuellement polygamique (*potentially polygamous*)¹⁴⁸⁵. Les tribunaux refusaient d'entrer en matière sur des actions portant sur des mariages polygamiques. Cette jurisprudence est aujourd'hui dépassée du fait de l'adoption du *Private International Law (Miscellaneous) Act 1995*¹⁴⁸⁶.

bb) Célébration du mariage polygamique en Angleterre

615. *Nullité de l'union.* Un mariage polygamique célébré en Angleterre est nul, quels que soient le domicile et la loi personnelle des parties. Pour la doctrine¹⁴⁸⁷, cette nullité s'impose avec une évidence telle qu'aucune référence n'est faite à la doctrine de l'ordre public. Il est parfaitement possible de célébrer un mariage dans une mosquée, une synagogue ou dans un temple, à condition que ces lieux soient enregistrés au sens de la loi sur les mariages¹⁴⁸⁸, mais ces mariages

¹⁴⁸³ *Hyde v Hyde*, [1860-1873] All ER 175; voir également MERCIER, p. 45-46.

¹⁴⁸⁴ Selon lui, le mariage est « *the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others* ».

¹⁴⁸⁵ DICEY/MORRIS, p. 688.

¹⁴⁸⁶ Cf. *infra*, N° 619.

¹⁴⁸⁷ Cf. p. ex., DICEY/MORRIS, p. 695-697 qui mentionnent la règle *locus regit actum*; MERCIER, p. 48-49 qui souligne que le mariage est nul quel que soit le domicile des parties.

¹⁴⁸⁸ *Marriage Act 1949*, sct 41; la sct 44(1) dispose qu'un mariage peut être célébré en la forme que les parties désirent adopter, à condition que la célébration se déroule dans un bâtiment enregistré.

doivent être monogamiques¹⁴⁸⁹. Si les parties célèbrent une seconde cérémonie en un lieu non agréé, qu'il s'agisse d'un local purement privé ou d'un lieu de culte, la seconde cérémonie, absolument nulle aux yeux du droit anglais, n'invalide pas la première¹⁴⁹⁰.

cc) *Reconnaissance des unions polygamiques célébrées à l'étranger*

616. *Capacité des parties de conclure une union polygamique. 1° Common law.* Il faut distinguer les solutions issues de la *common law* de celles qui résultent du droit législatif. Pour déterminer si les parties peuvent conclure valablement une union polygamique à l'étranger, la *common law* applique tantôt la loi du domicile de chacune des parties avant le mariage (*dual domicile approach* ou *antenuptial domicile*), celle de leur futur domicile conjugal ou celle du lieu de célébration¹⁴⁹¹. La *dual domicile approach* rencontre la faveur des tribunaux depuis l'adoption du *Matrimonial Causes Act 1973*¹⁴⁹², qui contenait une référence à ce dernier critère de rattachement.

617. *2° Le droit législatif.* Le *Matrimonial Causes Act 1973* comprenait une disposition fondamentale concernant la capacité de conclure un mariage polygamique: aux termes de la section 11 de cette loi, un mariage célébré après le 31 juillet 1971 était nul si, à l'époque du mariage, l'une ou l'autre des parties était déjà légalement mariée (sct 11 [b]) ou, en cas de mariage conclu hors de l'Angleterre et du Pays de Galles, si l'une des parties était domiciliée en Angleterre ou au Pays de Galles au moment de la célébration du mariage (sct 11 [d]). L'alinéa 2 précisait qu'aux fins de cette dernière disposition, « *a marriage may be polygamous although at its inception neither party has any spouse additional to the other* ». Il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé, puisqu'elle ne se borne pas à désigner un droit applicable, mais tire les conséquences matérielles (la nullité) d'une situation donnée (domicile en Angleterre ou au Pays de Galles de l'une des parties). Pour les mariages célébrés avant le 1^{er} août 1971, les règles de la *common law* continuaient à s'appliquer.

¹⁴⁸⁹ DICEY/MORRIS, p. 695 ss; NORTH/FAWCETT, p. 573.

¹⁴⁹⁰ *Qureshi v Qureshi*, [1971] All ER 325.

¹⁴⁹¹ Cf. pour un résumé des positions doctrinales, MORRIS, p. 152-153; voir, rejetant le critère du lieu de célébration, *Ali v Ali*, [1966] 1 All ER 664 (NORTH/FAWCETT, p. 614-615); *Radwan v Radwan*, [1972] 3 All ER 1026 (futur domicile conjugal); *Crowe v Kader*, [1968] Western Australian Reports 122 (*antenuptial domicile*); *Hussain v Hussain*, [1982] 3 All ER 369 (domicile actuel de chacun des époux; lorsque l'un des conjoints est domicilié en Angleterre, le mariage polygamique [*actually* ou *potentially*] célébré à l'étranger n'est pas valable).

¹⁴⁹² Ci-après MCA 1973.

618. 3° *L'arrêt Hussain v Hussain*. L'arrêt *Hussain v Hussain*¹⁴⁹³ concerne des conjoints, de religion musulmane, qui s'étaient mariés au Pakistan, selon des formes adaptées au mariage polygamique; à l'époque de la célébration, l'époux était domicilié en Grande-Bretagne et l'épouse au Pakistan. Le mariage était resté effectivement monogamique pendant toute sa durée. Pour faire obstacle à une demande de séparation judiciaire déposée par sa femme, le mari soutenait que le mariage était nul parce qu'il avait son domicile en Grande-Bretagne au moment de la célébration et que l'union était polygamique par nature (sct 11 (d) MCA). La *Court of Appeal* considéré que « *a marriage can only be potentially polygamous if at least one of the spouse has the capacity to marry a second spouse* ». Or l'épouse ne pouvait pas, en vertu de la loi musulmane du Pakistan, épouser un second mari; quant au mari, domicilié en Angleterre, la sct 11 (b) lui interdisait de contracter un mariage polygamique; il n'y avait pas de mariage *potentially polygamous*, le mariage en question était donc valable.

619. 4° *Le Private International Law (Miscellaneous) Act 1995*. En 1985, la *Law Commission* avait proposé de modifier la loi sur ce point¹⁴⁹⁴. Cette démarche fut concrétisée dans le *Private International Law (Miscellaneous) Act 1995*¹⁴⁹⁵; aux termes des art. 5 ss de cette loi, un mariage célébré en dehors de l'Angleterre et du Pays de Galles entre des parties dont aucune n'est déjà mariée n'est pas nul du seul fait qu'il a été célébré selon une loi qui autorise la polygamie et que l'une ou l'autre des parties est domiciliée en Angleterre ou au Pays de Galles. Cette loi s'applique aux mariages célébrés avant son entrée en vigueur pour autant qu'ils n'aient pas été annulés par un jugement prononcé ou reconnu en Angleterre et au Pays de Galles. Il est désormais clairement établi que le mariage d'époux domiciliés en Angleterre sera reconnu en Angleterre même si la loi du lieu de célébration permettait à l'un d'eux de se marier une seconde fois, mais à condition que les époux ne le fassent pas.

620. *Les effets reconnus d'une union polygamique*. 1° *Principe*. Sous l'empire de la jurisprudence *Hyde v Hyde*, les effets des mariages polygamiques n'étaient jamais reconnus et cela dans aucun domaine du droit¹⁴⁹⁶. La règle dégagée dans

¹⁴⁹³ [1982] 3 All ER 369.

¹⁴⁹⁴ *Capacity to Contract a Polygamous Marriage and Related Issues*, Law. Com. N° 146; cf. également Scot. Law. Com. N° 96 (1985), Pt II.

¹⁴⁹⁵ *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, entré en vigueur le 8 janvier 1996, cf. traduction in RCDIP 1996, p. 377; pour plus de détails, DICEY/MORRIS, Supplément, p. 113-118.

¹⁴⁹⁶ NORTH/FAWCETT, p. 621 i. m., qualifiant cette attitude du passé de « *disdainful (...) toward an institution favoured by many people across the world* ». Voir également les arrêts cités par MORRIS, p. 174, note 37.

cet arrêt s'est révélée particulièrement sévère¹⁴⁹⁷, voire impraticable et les tribunaux se sont peu à peu efforcés d'en atténuer les conséquences. L'arrêt *Baindail v Baindail*¹⁴⁹⁸ décrit l'attitude pragmatique des tribunaux anglais à l'égard de cette institution: le statut de mari et femme conféré par la loi de leur domicile doit être accepté dans les autres pays à certaines fins seulement (« *must be accepted and acted on in other countries (...) for certain purposes only* »). Il faut donc examiner dans chaque domaine du droit faisant appel, à titre principal ou préjudiciel, à la notion de mariage si un mariage polygamique est reconnu¹⁴⁹⁹. Comme le relève P. MERCIER¹⁵⁰⁰, le statut de mari et femme accordé aux parties à un mariage polygamique régulièrement célébré doit être reconnu en Angleterre « *sauf raisons impérieuses, quand, selon la loi de leur domicile, les futurs époux avaient la capacité de contracter une telle union* ».

621. 2° *Admissibilité des procédures matrimoniales*. Les règles sévères découlant de l'arrêt *Hyde v Hyde* ont été abrogées par la sct 47 du MCA 1973¹⁵⁰¹: toutes les procédures matrimoniales sont également ouvertes aux époux d'un mariage polygamique (même s'il est *actually polygamous*)¹⁵⁰². Des règles de procédure spéciales ont été adoptées en matière de mariage *actually polygamous* (notification des actes de procédure et droit des différentes épouses d'être entendues¹⁵⁰³).

¹⁴⁹⁷ Cf. l'affaire *Sowa v Sowa*, [1960] 3 All ER 196, qui a fait dire à la *Law Commission*: « *Something is gravely wrong when learned and human judges are compelled by ancient authority to come to a conclusion which manifestly shocks their sense of justice* » (cité par MERCIER, p. 55).

¹⁴⁹⁸ [1946] 1 All ER 342 (345).

¹⁴⁹⁹ Pour NORTH/FAWCETT, p. 621 *if*, le mariage polygamique est reconnu « *for the most purposes* ». Selon MORRIS, p. 174, un mariage effectivement ou virtuellement polygamique doit être reconnu « *unless there is strong reason to the contrary* »; dans le même sens DICEY/MORRIS, Rule 76, p. 703-711 (708).

¹⁵⁰⁰ MERCIER, p. 49.

¹⁵⁰¹ Repris avec quelques amendements mineurs de la sct 1 du *Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriage) Act 1972*. MERCIER, p. 60 ss sur les propositions de réforme de la *Law Commission*.

¹⁵⁰² « *A court in England and Wales shall not be precluded from granting matrimonial relief or making a declaration concerning the validity of a marriage by reason only that the marriage in question was entered into under a law which permits polygamy* »; cf. *Re Sehota*, [1978] 3 All ER 385 (389).

¹⁵⁰³ Cf. NORTH/FAWCETT, p. 629. A noter que l'adultère n'est généralement pas reçu comme motif de divorce, à moins que le premier mariage n'ait été conclu en une forme monogamique, cf. DICEY/MORRIS, p. 717: « *the court will take into account the Muslim law as reflected in the law of the country in which the marriage was celebrated, or perhaps, if it differs, the law of the country in which the parties were then domiciled* »; ces auteurs soulignent que les Etats musulmans tolèrent mais n'encouragent pas la polygamie.

622. 3° *Empêchement à mariage*. Le mariage effectivement polygamique valablement célébré à l'étranger constitue un empêchement à mariage subséquent en Angleterre. Si ce mariage est néanmoins célébré, la seconde épouse peut agir en nullité pour bigamie¹⁵⁰⁴. Il faut donc examiner si l'époux est déjà marié au moment de la célébration, question qui se résout à la lumière de la loi du domicile du mari à l'époque de la célébration de l'union polygamique¹⁵⁰⁵.

623. 4° *Successions*. Les enfants issus de mariages polygamiques sont légitimes et peuvent succéder en Angleterre¹⁵⁰⁶. La seule controverse porte sur la possibilité pour ces enfants de pouvoir succéder à un titre honorifique ou en qualité d'héritier d'une propriété immobilière (*as heir to real estate*)¹⁵⁰⁷. Il semble que l'enfant d'un *actually polygamous marriage* ne puisse pas succéder en qualité de « *heir* »¹⁵⁰⁸. Le Privy Council a jugé que l'épouse d'un mariage potentiellement polygamique pouvait succéder¹⁵⁰⁹, ce qui va de soi depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1995. Il devrait en aller de même pour la veuve d'un mariage *actually polygamous*¹⁵¹⁰, mais aucune cour anglaise n'a semble-t-il eu à se prononcer sur la répartition de la succession lorsque plusieurs épouses sont amenées à succéder.

624. 5° *Propriété, protection du logement, nationalité, statut des étrangers*. Les mariages polygamiques sont reconnus aux fins de la liquidation du régime

¹⁵⁰⁴ *Baindail v Baindail*, [1946] 1 All ER 342 (cf. MERCIER, p. 49-50); *Hashmi v Hashmi*, [1971] 3 All ER 1253.

¹⁵⁰⁵ DICEY/MORRIS, p. 704.

¹⁵⁰⁶ DICEY/MORRIS, p. 705; *Bamgbose v Daniel*, [1954] 3 All ER 263; il s'agissait d'enfants issus de 9 mariages polygamiques célébrés au Nigéria entre des personnes qui y étaient domiciliées; ces enfants se sont vus reconnaître la capacité de succéder à leur père; le droit successoral nigérien renvoyait au *English Statute of Distribution 1670*; le terme « *issue* », mentionné dans cette loi, visait également les enfants d'un mariage polygamique. Selon DICEY/MORRIS, p. 706, il en va de même du terme « *issue* » contenu dans le *Administration of Estates Act 1925*.

¹⁵⁰⁷ Voir *The Sinha Peerage Claim*, [1946] 1 All ER 348n (*obiter dictum*); voir NORTH/FAWCETT, p. 622-623.

¹⁵⁰⁸ NORTH/FAWCETT, p. 628; Law. Com. N° 146, § 3.5-3.6.

¹⁵⁰⁹ *Coleman v Shang*, [1961] 2 All ER 406: l'épouse d'un mariage potentiellement polygamique célébré au Ghana, les parties y étant domiciliées, succède à son mari; le droit successoral ghanéen disposait qu'une partie des biens (2/3) devait être distribuée conformément au *Statute of Distribution 1670*; cf. DICEY/MORRIS, p. 707.

¹⁵¹⁰ *Re Sehota*, [1978] 3 All ER 385, approuvé par NORTH/FAWCETT, p. 623: octroi à la seconde épouse d'une « *reasonable provision* » en vertu du *Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act 1975*, alors que le mari avait attribué tous ses biens à sa première épouse. A noter que, dans un arrêt ancien, le *Privy Council* a réparti à parts égales entre les différentes veuves la part maritale (1/3) de la succession d'un Chinois décédé à Malaya (*Cheang Thye Phin v Tan Ah Loy*, [1920] AC 369).

matrimonial¹⁵¹¹. Les époux peuvent également se prévaloir des dispositions protectrices du *Matrimonial Homes Act 1983*¹⁵¹². Ils peuvent utiliser les voies de la procédure sommaire prévue par la sct 17 du *Married Women's Property Act 1882*, lorsqu'ils se disputent la propriété de certains biens¹⁵¹³. Les différentes épouses d'un citoyen britannique peuvent acquérir la nationalité britannique par naturalisation¹⁵¹⁴. En droit des étrangers, la loi prévoit que le terme *wife* vise également les épouses d'un mariage polygamique¹⁵¹⁵.

625. 6° *Lois sociales*. Sur le plan de la législation sociale, le mariage polygamique est en règle générale reconnu. Alors que la jurisprudence déniait tout droit aux conjoints de mariages polygamiques, même virtuels, des révisions législatives ont introduit pour les époux d'un mariage célébré à l'étranger, selon un droit permettant la polygamie, le droit à des prestations sociales, pour autant que leur union soit restée, de fait, monogamique pendant toute la durée du mariage. Certaines lois sont encore plus libérales: elles reconnaissent parfois (*Social Security Act 1975* et *Child Benefit Act 1976*) le droit à des prestations aux conjoints d'un mariage polygamique pour autant que celui-ci soit resté *actually monogamous* pendant toute sa durée, soit l'ait été au minimum un jour¹⁵¹⁶. Il est admis que l'épouse d'un mariage polygamique peut agir sur la base du *Fatal Accidents Act 1976* en raison de son lien de dépendance à l'égard du mari décédé¹⁵¹⁷. En matière d'assistance sociale, la question s'est posée de savoir si l'on pouvait obliger le mari d'un mariage polygamique (*actually* pendant quelque temps, puis *potentially*) à contribuer à l'entretien de sa seconde épouse et de ses enfants abandonnés en Angleterre, et assistés en vertu du *National Assistance Act 1948*¹⁵¹⁸. Selon la jurisprudence, ce texte inclut les enfants et l'épouse d'un mariage polygamique; la validité du mariage a été reconnue dans ce cadre.

¹⁵¹¹ Voir *Shahnaz v Rizwan*, [1964] 2 All ER 993, l'épouse musulmane d'un mariage potentiellement polygamique, valablement dissous, obtient le versement d'un « *mehar* » par son ancien mari, sur la base d'un contrat annexé au certificat de mariage le prévoyant; le juge a estimé qu'il s'agissait d'un contrat conclu « *in consideration of a marriage that was lawful in the eyes of English law* ». Le détournement par le contrat pourrait s'expliquer par l'irrecevabilité de l'action matrimoniale à l'époque (cf. NORTH/FAWCETT, p. 623-624).

¹⁵¹² Section 10(2).

¹⁵¹³ *Chaudhry v Chaudhry*, [1976] 1 All ER 805.

¹⁵¹⁴ *British Nationality Act 1981*, section 6(2).

¹⁵¹⁵ *Immigration Act 1971*, section 5(4), en particulier en matière d'expulsion.

¹⁵¹⁶ Cf. NORTH/FAWCETT, p. 624. Cf. également MORRIS, p. 177.

¹⁵¹⁷ NORTH/FAWCETT, p. 625; Law. Com. N° 42 (1971), § 124; prudent, MORRIS, p. 178.

¹⁵¹⁸ *Iman Din v National Assistance Board*, [1967] 1 All ER 750; cf. sct 42 *National Assistance Act 1948*: « *a man shall be liable to maintain his wife and children* ».

c) France

aa) Règle de conflit

626. *Règle de conflit. Nature de l'empêchement.* Quant à la forme, les époux étrangers ont la possibilité faire célébrer leur union devant l'officier de l'état civil français ou devant le consul de leur Etat d'origine; ceux-ci procéderont selon la loi nationale des époux. Pour les conditions de fond, la question de la validité du mariage entre dans la catégorie de l'état des personnes, également soumise à la loi nationale des époux (art. 3 al. 3 CCFr.). Il existe une controverse sur la nature distributive ou cumulative de l'empêchement à mariage fondé sur l'existence d'un précédent mariage non dissous, lorsque les époux sont de nationalité différente. La jurisprudence fait une application cumulative de l'empêchement tiré de la bigamie¹⁵¹⁹, en tenant compte de la loi nationale de la seconde épouse, lorsqu'elle prohibe la polygamie, et qu'on interprète « *comme interdisant non seulement à un homme d'avoir plusieurs épouses, mais aussi à une femme d'épouser un homme déjà marié* »¹⁵²⁰. En d'autres termes, la seconde union est valide dès lors que le statut personnel des deux futurs époux de la deuxième union admet la polygamie, l'interdiction de conclure un mariage polygamique étant considérée comme un empêchement bilatéral. La jurisprudence ne raisonne qu'en termes de formation du deuxième mariage. Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'un Français ayant épousé une femme française en premier mariage en France et acquis la nationalité algérienne par la suite avait pu contracter valablement une seconde union avec une Algérienne, sans avoir fait dissoudre la première¹⁵²¹.

627. *Nature de l'empêchement. Critique de certains auteurs.* Cette analyse a été critiquée par certains auteurs¹⁵²² qui estiment que l'exigence de la monogamie est « *surtout un caractère du premier mariage, et qui protège la première*

¹⁵¹⁹ TGI la Seine, 21 juin 1967, *Dame Courtois*, RCDIP 1968, p. 294; CA Reims, 19 janvier 1976, *Dame Chenat*, JDI 1976, p. 916; CA Paris, 14 juin 1995, RCDIP 1997, p. 41: « *considérant qu'un mariage contracté à l'étranger avec état de bigamie pour l'un des époux ou les deux n'est pas nécessairement nul en France et que certains effets peuvent être reconnus à une deuxième union; qu'il ne peut cependant en être ainsi, s'agissant d'une condition de fond du mariage, que si cette union a été valablement contractée à l'étranger au regard de la loi nationale de chaque époux (...)* ».

¹⁵²⁰ MAYER, N° 550.

¹⁵²¹ Cass. fr., 17 février 1982, *Baaziz*, RCDIP 1983, p. 275; voir également Cass. fr., 6 juillet 1988, *Baaziz*, RCDIP 1989, p. 71: la Cour de cassation a recouru à l'ordre public pour évincer certains effets du second mariage, cf. *infra*, N° 631.

¹⁵²² Voir le résumé des opinions chez LOUSSOUARN/BOUREL, N° 303, p. 337-338.

épouse »¹⁵²³. On pourrait tirer du caractère monogamique du premier mariage un empêchement du second. Pour déterminer la nature du premier mariage, certains auteurs sont partisans de la loi des effets du mariage¹⁵²⁴, d'autres de la loi du lieu de célébration. D'autres encore subordonnent la validité du second mariage à l'existence de la polygamie dans les droits nationaux de la première, de la deuxième épouse et du mari¹⁵²⁵.

bb) Célébration du mariage polygamique en France

628. *Prohibition d'une telle célébration.* Comme le relèvent H. BATIFFOL/P. LAGARDE, « le principe de la compétence de la loi nationale des futurs époux est fortement battu en brèche par l'intervention de l'ordre public: il existe une tendance à considérer comme d'ordre public l'ensemble des conditions de fond que la loi française impose aux futurs époux pour contracter mariage »¹⁵²⁶. Il est admis de façon majoritaire que l'exception d'ordre public impose l'annulation de tout mariage célébré en France en violation de la prohibition de la polygamie¹⁵²⁷. Ainsi en ont décidé les tribunaux français¹⁵²⁸. Selon P. MAYER, de tels mariages sont néanmoins fréquemment célébrés dans les consulats des pays de droit musulman¹⁵²⁹.

¹⁵²³ MAYER, N° 550; cf. également BISCHOFF, p. 91 ss, 94, Ibrahim FADLALLAH, La filiation légitime en droit international privé, Paris 1977, p. 186-187; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 303, p. 338.

¹⁵²⁴ MAYER, N° 550 citant FADLALLAH, *op. cit.* (note 1523), N° 198.

¹⁵²⁵ LEQUETTE, RCDIP 1989, p. 78 et GAUDEMET-TALLON, N° 72, p. 234.

¹⁵²⁶ BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 415.

¹⁵²⁷ MAYER, N° 551; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 415; AUDIT, N° 633, p. 527; BISCHOFF, p. 96; ANCEL, Le statut de la femme du polygame, p. 122, préfère le raisonnement fondé sur la qualité de loi d'application nécessaire de l'art. 147 CCFr.

¹⁵²⁸ CA Paris, 2 février 1956, JCP 1956 II 9229: Iranien de confession israélite marié une première fois à Bagdad; le second mariage contracté en France avec une Française est annulé; TGI de la Seine, 21 juin 1967, *dame Courtois*, RCDIP 1968, p. 294: mariage d'un Camerounais déjà marié dans son pays et d'une Française; TGI Paris, 22 janvier 1968, *Mpouma*, JDI 1969, p. 406: mariage de deux Camerounais en France, le mari étant déjà marié au Cameroun et autorisé par sa loi personnelle à se marier une seconde fois; sur le plan pénal, voir TGI Paris, 8 avril 1987, *Mme A.*, RCDIP 1988, p. 73: les consulats ne sont pas des îlots d'extraterritorialité, l'infraction de bigamie est constituée par la célébration du second mariage au consulat d'Algérie à Paris; CA Paris, 21 juin 1991, D. 1991, IR, p. 218; CA Paris, 7 juin 1994, RCDIP 1995, p. 812 (sonnaises) et D. 1994 IR, p. 177; CA Dijon, 23 mai 1995, JCP 1996 IV 176. Il faut toutefois réserver « l'enclave musulmane française » (sic DROZ, RCDIP 1998, p. 604) de Mayotte, cf. Cass. fr., 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602, rapporté *infra*, N° 632, note 1543, N° 830 et *supra*, N° 359.

¹⁵²⁹ MAYER, N° 551.

629. *L'avis de la doctrine minoritaire.* Cette opinion classique est sérieusement remise en cause par une partie de la doctrine. Se référant à l'avis de P. MERCIER¹⁵³⁰, Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL¹⁵³¹ sont d'avis que la gravité du choc résultant de l'intrusion dans les pays du for d'une institution étrangère se trouve atténuée dans la mesure où celle-ci n'est généralement ressentie par l'opinion que comme appartenant à une autre société et donc susceptible d'un règlement particulier. Ces auteurs se demandent s'il ne faudrait pas reconnaître la validité du mariage polygamique contracté en France de la même manière que sont reconnues les unions polygamiques conclues à l'étranger. Cette solution serait d'autant plus acceptable si le second mariage était célébré par des autorités consulaires sur le territoire de l'Etat du for. Quant à Hélène GAUDEMET-TALLON, elle admet la célébration de mariages polygamiques devant les autorités consulaires de l'Etat national commun des époux, pour autant que la règle de conflit qu'elle propose soit respectée; selon cet auteur, il est nécessaire que la loi nationale des trois intéressés (mari, première et seconde épouse) admette la polygamie¹⁵³². Pour Béatrice BOURDELOIS¹⁵³³, en droit positif, une autorité diplomatique ou consulaire devrait pouvoir célébrer valablement en France un mariage polygamique entre des époux ressortissants du pays dont dépend l'agent; l'ordre public n'interviendrait qu'à l'encontre de la célébration du mariage d'un homme et de plusieurs femmes simultanément.

cc) Reconnaissance des mariages polygamiques célébrés à l'étranger

630. *Jurisprudence. 1° Aliments. L'affaire Chemouni.* Il existe une jurisprudence relativement riche sur cette question qui fait l'objet d'études détaillées en France. On peut résumer la jurisprudence actuelle de la manière suivante: en premier lieu, l'ordre public ne s'oppose pas à l'attribution d'aliments à la seconde épouse. Ce premier principe découle de la célèbre affaire *Chemouni*: un époux polygame israélite de nationalité tunisienne s'était marié en 1940 et en 1945 en Tunisie, selon la loi mosaïque, avant de venir s'établir en France avec femmes et enfants. Ayant quitté sa seconde épouse et ses enfants pour ne vivre qu'avec la première, il fut condamné à servir des pensions alimentaires à sa seconde épouse qui les lui réclamait. Dans un premier arrêt, la

¹⁵³⁰ *Infra*, N° 649.

¹⁵³¹ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 305, p. 340.

¹⁵³² GAUDEMET-TALLON, N° 77 ss, citant CA Paris, 5 avril 1990, D. 1990, p. 424: Marocain marié une première fois devant le cadî au Maroc, puis une seconde fois au Consulat du Maroc à Paris; voir cependant la note de BOULANGER, relevant que l'union célébrée en France consacrait le remariage du mari avec une épouse avec laquelle il s'était marié au Maroc et qu'il avait répudiée.

¹⁵³³ BOURDELOIS, p. 186-189; voir également p. 190-193 pour le rejet de la célébration d'un mariage polygamique en France par une autorité privée.

Cour de cassation invoqua la jurisprudence *Rivière*¹⁵³⁴ et estima que l'ordre public ne devait pas intervenir, puisqu'il s'agissait de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité à la loi applicable en vertu du droit international privé français¹⁵³⁵. Dans un second arrêt¹⁵³⁶, *Chemouni* faisait valoir qu'il avait acquis la nationalité française postérieurement à son second mariage et ne pouvait plus être tenu de contribuer à l'entretien de deux épouses. La Cour de cassation a fait fi de cet argument en appliquant la loi tunisienne à la question préalable de la validité du second mariage et la loi française à la question principale de l'obligation alimentaire.

631. 2° *Protection de la première épouse française. L'arrêt Baaziz.* En revanche, la Cour de cassation estime que, lorsque la première épouse est française, aucun effet de l'union polygamique ne peut s'exercer à son détriment; en particulier, elle bénéficiera seule de la pension servie au conjoint survivant, l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci », telle est la solution retenue par la Cour de cassation dans l'affaire *Baaziz*¹⁵³⁷. Dans cette affaire, dans laquelle certains ont cru discerner une volonté de la Cour de cassation de marquer « un coup d'arrêt face à l'indulgence toujours plus grande du droit international privé français à l'égard de la polygamie »¹⁵³⁸, la seconde épouse n'a pas été admise à partager la rente du conjoint survivant avec la première épouse de nationalité française, alors que le second mariage avait été reconnu valable par une décision française antérieure et que la Convention de sécurité sociale franco-algérienne du 19 janvier 1965¹⁵³⁹ prévoyait un partage entre les différentes épouses de la rente du conjoint survivant prévue en cas d'accident du travail. Comme le relève P. LAGARDE, la doctrine de l'effet atténué telle que l'a énoncée la Cour de cassation dans l'arrêt *Rivière*¹⁵⁴⁰ laisse certes la possibilité de s'opposer à titre exceptionnel à une situation créée à l'étranger; cependant il restait difficile de justifier le rejet d'une demande de partage d'une rente de conjoint survivant sauf à considérer tout mariage polygamique comme ne pouvant être reconnu dans aucun de ses effets. Cet auteur estime que la Cour

¹⁵³⁴ Cass. fr., 17 avril 1953, RCDIP 1953, p. 413; cf. *supra*, N° 312.

¹⁵³⁵ Cass. fr., 28 janvier 1958, *Dame Chemouni*, RCDIP 1958, p. 110; MERCIER, p. 33-35.

¹⁵³⁶ Cass. fr., 19 février 1963, *Chemouni*, RCDIP 1963, p. 559.

¹⁵³⁷ Cass. fr., 6 juillet 1988, *Mme Marinette Baaziz*, RCDIP 1989, p. 71; voir dans la même affaire un premier arrêt du 17 février 1982, RCDIP 1983, p. 275; en Belgique, voir Tribunal civil de Bruxelles, 20 novembre 1990, *Revue de droit des étrangers* 1990, p. 351 cité par LAGARDE, p. 271, note 20, refusant d'accorder une pension alimentaire à la seconde épouse marocaine d'un Marocain déjà marié à une Belge.

¹⁵³⁸ LEQUETTE, note sous l'arrêt *Baaziz* précité, RCDIP 1989, p. 72.

¹⁵³⁹ Référence in RCDIP 1965, p. 587.

¹⁵⁴⁰ Cass. fr., 17 avril 1953, RCDIP 1953, p. 413; cf. *supra*, N° 312.

de cassation condamne cette demande « en raison du lien de la situation avec le territoire français »¹⁵⁴¹.

632. 3° *Successions et régimes matrimoniaux, perte de soutien*. Sous réserve de la protection de l'épouse française instaurée par la jurisprudence *Baaziz*, l'ordre public ne s'oppose pas à la reconnaissance de la vocation successorale de la seconde épouse¹⁵⁴² et des enfants¹⁵⁴³. En matière de succession et de régime matrimonial, les veuves peuvent parfaitement concourir sans que cela ne heurte l'ordre public français¹⁵⁴⁴. Des indemnités de perte de soutien peuvent être versées aux deux veuves¹⁵⁴⁵.

633. 4° *La cohabitation. Permis de séjour et expulsion*. L'obligation de cohabitation de la seconde épouse est contraire à l'ordre public. Un jugement du Tribunal de grande instance de Versailles a décidé que le mari ne pouvait pas imposer à sa première femme, Française, la présence d'une seconde épouse au domicile conjugal¹⁵⁴⁶. Pour le Conseil d'Etat en revanche, une cohabitation volontaire n'est pas contraire à l'ordre public et ne saurait faire obstacle à l'octroi d'un permis de séjour à la seconde épouse et à ses enfants mineurs¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴¹ LAGARDE, *La théorie de l'ordre public*, p. 269. Cf. *supra*, N° 357-361 sur la réception en France de la théorie de l'*Inlandbeziehung*.

¹⁵⁴² CA Paris, 22 février 1978, *Dame Benddebouche*, RCDIP 1978, p. 507.

¹⁵⁴³ Voir, implicitement, Cass. fr., 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602, estimant que ne donne pas de base légale à sa décision le tribunal qui se fonde sur la légalité de la polygamie, en droit musulman, pour en déduire que tous les enfants nés des œuvres d'une personne soumise au statut civil de droit local de Mayotte avaient qualité pour succéder à celle-ci, sans vérifier si les enfants étaient nés des mariages réguliers de leur père (cf. également *supra*, N° 359 et *infra*, N° 830).

¹⁵⁴⁴ Cass. fr., 3 janvier 1980, *Benddebouche*, RCDIP 1980, p. 331; pour la succession; CA Toulouse, 22 mars 1982, JCP 1984 II 20185; CA Paris, 22 février 1978, RCDIP 1978, p. 507 (cf. déjà CA Alger 9 février 1910, RCDIP 1913, p. 103 cité par BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 415, note 4 et MERCIER, p. 33); voir cependant *contra*: TGI Paris, 17 juin 1972, JDI 1975, p. 62; RTDC 1983, p. 332 pour la liquidation du régime matrimonial (cf. déjà CA Alger, 9 février 1910, précité). Pour la filiation légitime de l'enfant issu de la seconde union, valablement célébrée à l'étranger, voir en Belgique CA Bruxelles, 26 octobre 1983, cité par EKELMANS, *Effets atténués*, p. 290-291.

¹⁵⁴⁵ Cass. fr., 4 octobre 1965, *Régie autonome des transports de la Ville de Marseille*, RCDIP 1966, p. 688.

¹⁵⁴⁶ CA Versailles, 31 mars 1965, *Dame Benammour*, JDI 1966, p. 97, MERCIER, p. 35-36; voir également TGI Seine 12 novembre 1965, *Scialom*, RCDIP 1966, p. 624, MERCIER, p. 36-37.

¹⁵⁴⁷ Conseil d'Etat, 11 juillet 1980, RCDIP 1981, p. 658, jugeant qu'a commis une erreur de droit le préfet refusant de régulariser le séjour en France de la deuxième épouse d'un Béninois admis en séjour en France, venue rejoindre son mari après son installation en France avec sa première épouse.

La polygamie imposant des relations durables avec chacune des épouses, l'obligation du mari doit être comprise en conséquence¹⁵⁴⁸.

634. *Une sévérité accrue. Séjour des étrangers et nationalité. Défaut d'assimilation.* Plusieurs révisions législatives dans le domaine du séjour des étrangers et de la nationalité manifestent une sévérité accrue à l'égard de la polygamie. Une loi du 24 août 1993 empêche d'accorder une carte de résidence à un étranger vivant en statut polygame ainsi qu'à ses conjoints; la même loi interdit le regroupement familial polygamique¹⁵⁴⁹, dans des textes que le Conseil constitutionnel n'a pas jugés contraires à la Constitution¹⁵⁵⁰. La récente loi N° 97-396 régularisant la situation des « *sans papiers* » réserve le droit à la carte de séjour aux intéressés ne vivant pas en état de polygamie¹⁵⁵¹. De plus en plus, l'abandon de la pratique de la polygamie semble être ressentie comme une condition d'intégration en France. Le Conseil d'Etat a jugé que l'époux qui a opté pour la polygamie et qui est effectivement marié à plusieurs épouses ne peut réintégrer la nationalité française, pour défaut d'assimilation (art. 153 aCCFr.)¹⁵⁵². Les tribunaux administratifs de Paris et de Nantes avaient transposé cette jurisprudence au postulant à la réintégration marié selon un régime polygamique mais n'ayant qu'une seule épouse et à l'unique épouse d'une personne s'étant mariée selon un régime polygamique¹⁵⁵³. P. LAGARDE a

¹⁵⁴⁸ DÉPREZ, p. 163, N° 76; voir cependant: TGI Orléans, 17 mai 1984, RCDIP 1986, p. 307, prononçant aux torts du mari le divorce d'un ménage marocain établi en France, la première épouse ayant fait valoir que les deuxième et troisième mariages contractés par son mari constituaient une injure, le TGI invoquant l'égalité entre les hommes et les femmes, principe constitutionnel faisant partie de l'ordre public français.

¹⁵⁴⁹ Art. 15^{bis} et 30 de l'ordonnance N° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. L'art. 30 al. 2 prévoit le retrait du titre de séjour qui aurait pu être donné par erreur, mais seulement pour les titres délivrés après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Voir AUDIT, N° 1028, 1032 *if.* et Fabienne JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Bibliothèque de droit privé, t. 265, Paris 1996, p. 108. A noter que ces textes surmontent la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat (11 juillet 1980, *supra*, note 1547).

¹⁵⁵⁰ Conseil constitutionnel, 12-13 août 1993, décision N° 93-325 DC, Louis FAVOREU/Loïc PHILIPP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., Paris 1993, N° 47; le Conseil n'admet cette restriction qu'à la condition qu'elle vise seulement ceux qui vivent en France en état de polygamie; il est d'avis (§ 72) que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution* ».

¹⁵⁵¹ Loi N° 97-396 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, art. 6; voir Dominique TURPIN, RCDIP 1997, p. 447-454.

¹⁵⁵² Conseil d'Etat, 11 mars 1988, 28 juillet 1989 et 15 janvier 1990, cités par OLEKHNOVITCH, *La notion d'assimilation au sens des dispositions du Code civil relatives à la nationalité française*, RCDIP 1995, p. 880 ss (884).

¹⁵⁵³ TA Nantes, 23 mai 1990 et TA Paris, 1^{er} février 1990, RCDIP 1990, p. 675.

critiqué cette jurisprudence en relevant que la notion de mariage potentiellement polygamique faisait ainsi son apparition en droit français¹⁵⁵⁴. Le Conseil d'Etat a cassé ces décisions¹⁵⁵⁵, estimant que le fait qu'un postulant, marié à une seule épouse, n'ait pas opté pour le régime monogamique, alors que le régime polygamique est de droit commun dans son pays d'origine, n'établissait pas à lui seul le défaut d'assimilation. Il en va de même pour l'épouse d'un tel conjoint. L'art. 153 CCFr. a été abrogé, mais cette jurisprudence restera déterminante pour d'autres textes faisant mention du critère de l'assimilation¹⁵⁵⁶. Enfin, les demandes de naturalisation d'époux polygames sont irrecevables en France pour défaut d'assimilation à la communauté française¹⁵⁵⁷.

635. *5° Assurances sociales.* La jurisprudence est peu favorable à l'octroi de prestations de la sécurité sociale à la seconde épouse¹⁵⁵⁸. La Cour d'appel de Chambéry a refusé le bénéfice de l'assurance-maternité à l'occasion de la naissance en France d'un enfant de la seconde union contractée par le père en Algérie¹⁵⁵⁹. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation de 1990 réserve le bénéfice de l'assurance-maladie à l'épouse résidant avec le mari polygame et si les deux résident avec lui à celle pour laquelle la demande a été faite initialement¹⁵⁶⁰. Comme l'affirme J. DÉPREZ, les esprits hostiles seront plus sensibles aux prétendues charges de la sécurité sociale qu'aux effets familiaux de la polygamie, alors que rien ne permet de démontrer que celle-ci entraîne pour la collectivité un surplus de charges non couvert par des cotisations¹⁵⁶¹. Ce même auteur relève en outre que le droit social tend à ne plus subordonner le bénéfice des prestations à la « légitimité » des situations de famille¹⁵⁶².

636. *Appréciation de cette jurisprudence. 1° Effet atténué.* Il faut donc constater que ce n'est pas le mariage polygamique en tant que tel qui est examiné au regard de l'ordre public; c'est l'un ou l'autre de ses effets qui peut être jugé

¹⁵⁵⁴ RCDIP 1990, p. 677.

¹⁵⁵⁵ Conseil d'Etat, 11 février 1994, RCDIP 1994, p. 317.

¹⁵⁵⁶ Cf. OLEKHNOVITCH, *op. cit.* (note 1552), p. 884; Françoise MONÉGER, La polygamie, ch. 4.

¹⁵⁵⁷ Réponse du Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, publiée in RCDIP 1995, p. 879; Paul LAGARDE, La nationalité française, 3^e éd., Paris 1997, N° 188 et les arrêts cités en note 11.

¹⁵⁵⁸ Cass. fr. (Chambre sociale), 1^{er} mars 1973, *Sefouni*, RCDIP 1975, p. 56: refus de l'assurance-maladie et maternité à la seconde épouse.

¹⁵⁵⁹ CA Chambéry, 17 octobre 1961, RCDIP 1962, p. 496 (décision rendue dans le contexte des conflits interrégionaux avant l'indépendance de l'Algérie);

¹⁵⁶⁰ Cass. fr. (Ch. soc.), 8 mars 1990, RCDIP 1991, p. 694.

¹⁵⁶¹ DÉPREZ, p. 165, note 231.

¹⁵⁶² DÉPREZ, p. 164.

contraire à l'ordre public, dans un cas particulier. L'effet atténué joue pleinement son rôle en France, où l'on reconnaît largement les effets pécuniaires et patrimoniaux d'une union polygamique célébrée à l'étranger. L'arrêt *Chemouni* illustre cette théorie de façon spectaculaire.

637. 2° *Binnenbeziehung*. Nous avons observé qu'une partie de la doctrine française récente était très critique à l'égard de la théorie de l'effet atténué¹⁵⁶³; la théorie de la *Binnenbeziehung* commence à juste titre à attirer l'attention des auteurs français, en particulier dans le contexte de la polygamie et de la répudiation, domaines dans lesquels elle est parfois signalée comme une voie possible¹⁵⁶⁴. La jurisprudence *Baaziz* semble se rattacher à cette théorie¹⁵⁶⁵. Lorsque la première épouse est française, l'ordre public intervient avec davantage de force, puisqu'il s'oppose à la reconnaissance d'effets pécuniaires de la seconde union se déployant au détriment de l'épouse française. Tant que la jurisprudence refusera de prendre en compte la loi personnelle de la première épouse pour déterminer la validité du second mariage, l'ordre public sera appelé à intervenir, du moins lorsque la première épouse entretient un lien très étroit avec le for, celui de la nationalité. Enfin, les effets personnels sont beaucoup moins facilement reconnus en France, en particulier l'obligation de cohabiter¹⁵⁶⁶.

dd) Propositions de voies nouvelles

638. *Introduction*. Témoignant le plus souvent d'une sévérité accrue à l'égard de la polygamie, la doctrine fait preuve d'imagination créatrice pour tenter d'apporter des solutions nouvelles à une question désormais classique en droit international privé français. Nous passerons brièvement en revue quelques-unes de ces propositions.

639. 1° *Application immédiate du principe constitutionnel de l'égalité*. Pour B. ANCEL¹⁵⁶⁷, il convient de restituer au principe de l'égalité toute son autorité

¹⁵⁶³ Cf. *supra* N° 326, 360.

¹⁵⁶⁴ Voir GAUDEMET-TALLON, p. 239, BISCHOFF, p. 97 et LIBCHABER, p. 73, tous trois favorables à l'application de cette théorie.

¹⁵⁶⁵ Voir *supra*, N° 358.

¹⁵⁶⁶ Voir la critique de PONSARD (sous TGI Versailles, 31 mars 1965, JDI 1966, p. 98 ss [101]): tout en admettant que l'ordre public ne tolère pas que le juge contraigne les époux à respecter les devoirs que la loi étrangère attache au mariage polygamique (obligation de cohabitation p. ex.), PONSARD est d'avis que l'union polygamique fonde les devoirs des époux s'ils les exécutent volontairement et devrait être prise en considération.

¹⁵⁶⁷ Voir notamment ANCEL, Le statut de la femme du polygame, p. 116-118.

et de le faire intervenir en qualité de loi d'application nécessaire¹⁵⁶⁸. Le mariage célébré à l'étranger avec la seconde épouse ne doit pas être reconnu; le mari doit n'être réputé marié qu'avec la première épouse tant que cette union n'a pas été dissoute. En revanche, l'on ne devrait pas priver la seconde épouse résidant en France des quelques droits qui lui sont reconnus; dès lors qu'il serait établi que la seconde union est tenue pour régulière dans l'Etat de la nationalité des intéressés, celle-ci pourrait, au seul bénéfice de la seconde épouse, produire des effets alimentaires et successoraux, voire sociaux, en France.

640. *2° Clause spéciale d'ordre public.* P. LAGARDE¹⁵⁶⁹ propose d'adopter une clause spéciale d'ordre public faisant obstacle à l'application des dispositions de lois nationales autorisant la polygamie et la répudiation, sans pour autant remettre en cause le principe de la soumission du statut personnel à la loi nationale¹⁵⁷⁰. Cette clause permettrait de définir précisément le lien avec le territoire qui justifie l'intervention de l'ordre public. P. LAGARDE est en outre d'avis qu'il faudrait exiger de tous les étrangers demandant le droit de séjour en France la renonciation à leur statut polygamique, ce qui ne heurterait pas leur statut personnel, une telle faculté de renonciation étant prévue par de nombreuses législations. L'étranger admis en séjour en France ne pourrait se prévaloir devant aucune autorité de son statut polygamique. La seconde épouse conserverait la possibilité de poursuivre son mari en France. Il faudrait exclure le regroupement familial pour toute union contractée à l'étranger après l'admission du séjour en France¹⁵⁷¹. Pour les unions contractées antérieurement, le législateur pourrait choisir entre le maintien de la solution actuelle et le refus pur et simple de séjour à l'étranger polygame, ce qui risquerait d'inciter ces étrangers à répudier leurs épouses en surnombre ou de limiter le regroupement à une seule épouse.

641. *3° Rattachement du statut personnel à la loi du domicile.* J. DÉPREZ¹⁵⁷² se prononce pour l'abandon du rattachement du statut personnel à la loi nationale au profit du rattachement à la loi du domicile. L'application du statut musulman à titre de loi nationale à plusieurs millions d'immigrés revêtirait « *une dimension politique et sociologique inédite et comporte des implications, demeurées inaperçues tant que les cas restaient isolés, mais que le phénomène de masse ne*

¹⁵⁶⁸ Sur les rapports qu'entretiennent les droits fondamentaux et l'ordre public, cf. *supra*, N° 347 ss.

¹⁵⁶⁹ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 263 ss; cf. également *idem*, Répertoire, 2^e éd., V^e Ordre public, ch. 28.

¹⁵⁷⁰ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 279.

¹⁵⁷¹ *Op. cit.*, p. 281.

¹⁵⁷² DÉPREZ, p. 200-217.

fait qu'amplifier »¹⁵⁷³. En adoptant le critère du domicile en matière de statut personnel, on permettrait aux « *habituelles victimes du patriarcat, c'est-à-dire les femmes et les enfants, d'accéder directement au bénéfice des principes d'égalité et de liberté* »¹⁵⁷⁴. J. DÉPREZ prône la non-reconnaissance en France des mariages polygamiques conclus alors que l'étranger est établi en France avec sa famille¹⁵⁷⁵. Cela n'empêcherait pas le mari de se rendre à l'étranger en vue d'y contracter un second mariage, ou d'y répudier son épouse, mais l'impossibilité d'en faire état en France aurait un effet dissuasif certain.

642. 4° *Application cumulative des lois nationales du mari et des épouses*. Y. LEQUETTE¹⁵⁷⁶ et Hélène GAUDEMET-TALLON¹⁵⁷⁷ proposent de subordonner la validité de la seconde union contractée par un mari de statut polygamique à l'application cumulative de la loi nationale du mari et de celles de la première et de la seconde épouse, voire de la troisième ou de la quatrième. La situation de l'épouse monogamique serait toujours préservée. Ce système suppose en revanche la compatibilité de la polygamie avec l'ordre public lorsque les statuts des époux l'admettent. H. GAUDEMET-TALLON¹⁵⁷⁸ ouvre d'ailleurs la possibilité pour les agents diplomatiques en France et même pour les officiers de l'état civil français de procéder sur le territoire français à la célébration d'unions polygamiques, dès lors que le statut de tous les intéressés tolère cette institution.

643. 5° *Loi de la localisation objective du mariage*. Certains auteurs proposent de donner à la volonté des époux un rôle plus grand dans la détermination de la loi applicable au mariage polygamique. Béatrice BOURDELOIS¹⁵⁷⁹ suggère d'adopter une nouvelle règle de conflit applicable à la validité au fond de l'union polygamique¹⁵⁸⁰: si la loi nationale du mari admet la polygamie, il faudrait procéder à la localisation de son premier mariage pour en déterminer la nature et examiner si le système auquel le mariage doit être rattaché tolère la conclusion d'une autre union; l'existence d'un engagement monogamique pris par un homme de statut personnel polygamique doit être considéré comme une « *présomption irréfragable de la nature monogamique du mariage pour lequel il a été pris* »¹⁵⁸¹. Il y aurait donc application cumulative de règles de conflit à la

¹⁵⁷³ DÉPREZ, p. 205.

¹⁵⁷⁴ DÉPREZ, p. 210.

¹⁵⁷⁵ DÉPREZ, p. 166-167.

¹⁵⁷⁶ Note RCDIP 1989, p. 73 ss, 77 ss sous Cass. fr., 6 juillet 1988, *Baaziz*.

¹⁵⁷⁷ GAUDEMET-TALLON, N° 72, p. 234.

¹⁵⁷⁸ GAUDEMET-TALLON, N° 79 ss, p. 238 ss.

¹⁵⁷⁹ Béatrice BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris 1993.

¹⁵⁸⁰ BOURDELOIS, p. 72 ss.

¹⁵⁸¹ BOURDELOIS, p. 83.

formation du mariage, « l'une pour l'aptitude à être polygame (loi nationale), l'autre pour la détermination de la nature du premier mariage (loi de localisation) »¹⁵⁸². La localisation du premier mariage pourra également résulter de divers indices, comme la coïncidence de la loi du domicile commun et la loi de la première épouse, un engagement de polygamie limitée ou la nature de précédentes unions dissoutes. A défaut d'indices, la nature du mariage sera déterminée par la *lex loci celebrationis*. Lorsque le premier mariage est de nature monogamique, tout mariage subséquent sera nul, même si le statut personnel du mari lui permet de pratiquer la polygamie¹⁵⁸³. Au contraire, si le premier mariage est virtuellement polygamique, l'épouse, ressortissante d'un pays monogamique, ne pourra reprocher à son époux un mariage subséquent.

644. 6° *Faculté d'option*. 7° *Droit international matériel*. Terminons cette brève liste de procédés nouveaux en signalant, pour leur originalité, deux dernières propositions d'auteurs ne provenant pas de France. Justifiant l'intervention de l'autonomie de la volonté par la sécularisation du droit familial et par son transfert dans la sphère privée, J.-Y. CARLIER¹⁵⁸⁴ propose que les intéressés acquièrent, en matière de statut personnel, une faculté d'option entre leur loi nationale et la loi de leur résidence habituelle, cette dernière étant déclarée applicable en l'absence de choix exprimé. Quant à F. RIAD¹⁵⁸⁵, il propose l'élaboration d'un code de droit matériel entièrement inspiré de la *Shari'a* « dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les principes de valeur universelle », c'est-à-dire élaguée de la polygamie, de la répudiation inégalitaire et de l'empêchement successoral pour disparité de culte. Ce code régirait les Musulmans établis en Europe.

C. Mariage polygamique en droit international privé suisse

a) *Effet direct*

aa) *Doctrine et jurisprudence*

645. *Situations internes et internationales*. Art. 44 al. 2 LDIP ? S'il s'agit d'une situation purement interne (mariage de ressortissants suisses domiciliés en Suisse), les art. 96 et 105 ch. 1 CC¹⁵⁸⁶ (101 et 120 ch. 1 aCC), de nature

¹⁵⁸² BOURDELOIS, p. 88.

¹⁵⁸³ BOURDELOIS, p. 102.

¹⁵⁸⁴ Jean-Yves CARLIER, *Autonomie de la volonté*, p. 261 ss (en général) et p. 328-330 (polygamie).

¹⁵⁸⁵ Fouad RIAD, *Pour un Code européen de droit musulman*, in CARLIER/VERWILGHEN, p. 379 ss (380).

¹⁵⁸⁶ Afin d'éviter qu'il soit périmé dans un proche avenir, nous avons choisi de traiter ce chapitre comme si la LF du 26 juin 1998 (RO 1999, p. 1118), révisant profondément le droit de la conclusion du mariage et du divorce, était déjà en vigueur. Il le sera le 1^{er} janvier 2000.

impérative, font obstacle à la célébration d'une union polygamique en Suisse. Si une telle union est néanmoins célébrée, elle sera dissoute, l'action en annulation étant intentée d'office par l'autorité cantonale compétente (art. 106 al. 1 CC, 121 al. 1 aCC). Si le premier mariage a été dissous dans l'intervalle, l'action en annulation n'est pas introduite d'office, mais à la demande de toute personne intéressée (art. 106 al. 2 CC). Lorsqu'il s'agit d'un mariage international, l'art. 44 al. 1 LDIP désigne le droit suisse, de sorte que les dispositions précitées, qui prohibent la bigamie, s'appliquent. L'art. 44 al. 2 LDIP permet-il de célébrer une union entre des fiancés étrangers dont la loi nationale tolérerait la polygamie, l'un d'eux étant déjà valablement marié ?

646. *Prohibition de la célébration d'unions polygamiques en Suisse.* La doctrine majoritaire est d'avis qu'un officier de l'état civil suisse ne peut, en aucune circonstance, célébrer un mariage polygamique. Pour P. MERCIER, il est « *fermement admis en Suisse qu'aucun mariage ne peut être célébré en Suisse si l'un des conjoints, quelle que soit sa nationalité, est encore tenu par les liens d'un précédent mariage* »¹⁵⁸⁷. Selon cet auteur, « *cette rigueur est tolérable, car elle n'entraîne nullement des conséquences aussi fâcheuses que la non-reconnaissance des mariages polygamiques régulièrement célébrés à l'étranger* »¹⁵⁸⁸. C'est également l'opinion du Département fédéral de justice et police, qui a édicté une circulaire à l'adresse des officiers de l'état civil mentionnant expressément la prohibition de la célébration d'une union polygamique sur le territoire suisse¹⁵⁸⁹.

647. *Les art. 96 et 105 ch. 1 CC (101 et 120 ch. 1 aCC): règles d'application nécessaire ?* Faut-il reconnaître aux art. 96 et 105 ch. 1 CC (101 et 120 ch. 1

¹⁵⁸⁷ MERCIER, p. 77.

¹⁵⁸⁸ MERCIER, p. 92. Voir également VAUCHER, p. 541 et 542; SCHNITZER, p. 344; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 364; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 19 ad art. 44; GÖTZ, Berner Kommentar, N° 12 ad art. 101, est d'avis que l'interdiction de l'art. 101 est « *d'ordre public und wirkt mithin absolut* »; ALDEEB ABU-SAHLIEH, La Suisse, p. 20.

¹⁵⁸⁹ DFJP, Circulaire du 1^{er} juin 1963, Manuel de l'état civil, Recueil des circulaires, N° 63-06-05: « *Prohibition de la bigamie. La bigamie est contraire à l'ordre public suisse. Un ressortissant étranger, dont le droit national autorise la bigamie, ne peut donc conclure un nouveau mariage en Suisse, tant que son mariage actuel subsiste* ». Voir également l'avis de la Division de la justice, 6 mai 1977, JAAC 1978, N° 46, p. 209 ss (212): « *L'ordre public, en pareille hypothèse, fait donc échec à l'application de la lex patriae des intéressés (...). Bien entendu, un tel mariage ne pourrait d'ailleurs pas être célébré en Suisse sans que l'officier de l'état civil ait été induit en erreur, car il doit toujours exiger la preuve de l'inexistence d'un mariage antérieur* »; voir déjà la Circulaire du DFJP du 10 septembre 1937, FF 1937 III 139 (141), N° 8: « *Bien que cela paraisse évident, répétons qu'un étranger autorisé par sa loi nationale à contracter plusieurs mariages en même temps ne peut conclure un second mariage en Suisse tant que le premier n'a pas été dissous. La bigamie est contraire à nos mœurs et à l'ordre public* ».

aCC) le caractère de loi d'application nécessaire (art. 18 LDIP) ou s'agit-il ici de l'intervention de la réserve d'ordre public (art. 17 LDIP), la participation d'une autorité suisse constituant un lien suffisant avec la Suisse pour que l'atteinte aux principes d'ordre public de la dignité de la femme et de l'égalité des époux soit sanctionnée ? Dans un arrêt de 1966, qui concernait un cas de bigamie prohibée par la *lex causae*, le Tribunal fédéral a paru se rallier à la première de ces conceptions; il a considéré que la bigamie était une cause de nullité (pour reprendre la terminologie de l'ancien droit) appartenant à l'ordre public suisse, de sorte que l'art. 120 ch. 1 aCC s'appliquait en matière internationale¹⁵⁹⁰. La doctrine majoritaire fonde son raisonnement sur l'art. 18 LDIP¹⁵⁹¹. Il est concevable d'affirmer que la prohibition de la bigamie est un principe fondamental si fortement ancré dans notre société que son expression, à l'art. 96 CC, relève de l'ordre public positif. Les défenseurs de cette thèse pourraient arguer du fait que la bigamie est un délit réprimé par le Code pénal (art. 215 CP), ce qui pourrait constituer un indice de la nature absolument impérative de la norme prohibitive civile.

648. *Forme de la célébration: mariage consulaire et religieux.* S'agissant de la forme de la célébration, les époux n'ont aucun choix: l'art. 44 al. 3 LDIP, consacrant le caractère exclusivement laïc de l'état civil suisse, soumet la forme du mariage célébré en Suisse au droit suisse¹⁵⁹². Selon la doctrine majoritaire¹⁵⁹³, les étrangers dont le statut personnel autoriserait la polygamie n'ont jamais la possibilité de faire célébrer une union polygamique devant une autorité consulaire ou diplomatique, un tel mariage étant nul, à mesure que l'exercice des fonctions de l'état civil est considéré comme un acte officiel qui relève de la souveraineté territoriale. Il en irait de même pour le mariage célébré exclusivement devant un ministre du culte."

649. *De lege ferenda. Opinion de P. MERCIER.* Faut-il admettre, de *lege ferenda*, la célébration dans l'Etat du for, en la forme privée ou religieuse, d'un mariage polygamique entre deux époux dont la loi admet ce type de

¹⁵⁹⁰ Cf. ATF 92 II 217, *Ackermann, infra*, N° 668.

¹⁵⁹¹ Dans ce sens, semble-t-il, BUCHER, DIP II, N° 347, au vu des termes utilisés: « L'art. 101 exige impérativement (...) ». Plus clairs VOLKEN, IPRG-Kommentar, N° 4 ad art. 44 LDIP; DUTOIT, Le nouveau droit international, p. 31; *idem*, FJS N° 942, p. 9, ch. 40; *idem*, Commentaire, N° 9 ad art. 44; SCHWANDER, Familienrecht, p. 661 et surtout, SCHWANDER, Lois d'application immédiate, p. 257, invoquant des raisons pratiques et non théoriques; *contra*, se fondant sur l'art. 17 LDIP, SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 19 ad art. 44: « Im übrigen verstösst die Zulassung einer Doppelhehe (...) gegen den inländischen Ordre public, und zwar auch dann, wenn die Inlandsbeziehung in Fällen des Art. 43 Abs. 2 und des Art. 44 Abs. 2 verhältnismässig gering ist ».

¹⁵⁹² Cf. *supra*, N° 550.

¹⁵⁹³ *Supra*, N° 646.

célébration ? Cette proposition de P. MERCIER est audacieuse, comme il le reconnaît lui-même¹⁵⁹⁴. Cet auteur est d'avis qu'un mariage privé ou religieux devrait être « *reconnu* » lorsque les parties gardent avec leur pays d'origine des liens suffisamment étroits et que cette union y a été admise et reconnue. Il estime que cette situation est comparable à celle qui se présente au juge lorsqu'il s'agit de reconnaître des situations régulièrement acquises à l'étranger; les conséquences d'un refus de reconnaissance seront les mêmes puisque les parties se satisferont de la reconnaissance de l'union dans leur Etat d'origine et que le refus de reconnaissance dans l'Etat de célébration ne les empêchera pas de se considérer comme mari et femme et de donner le jour à des enfants qui seront tenus pour légitimes dans leur pays d'origine. P. MERCIER est d'avis que ces conséquences devraient pouvoir être évitées par la reconnaissance de ce mariage célébré dans l'Etat du for en la forme religieuse ou civile, ce qui assurerait aux époux le même statut, aussi bien dans leur pays d'origine que dans leur pays de résidence.

bb) Notre conception

650. *Unions virtuellement polygamiques.* Si le mariage est célébré en Suisse en application du droit national de l'un des fiancés, plus libéral que le droit suisse (p. ex. majorité matrimoniale), en vertu de l'art. 44 al. 2 LDIP, la possibilité offerte par ce droit à l'un des fiancés de se marier une seconde fois avant la dissolution de la première union ne doit pas faire obstacle à la célébration du mariage en Suisse¹⁵⁹⁵. En d'autres termes, il est possible de célébrer en Suisse une union virtuellement polygamique. Un refus de célébration constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté du mariage. Le principe de l'appréciation concrète de la conformité à l'ordre public¹⁵⁹⁶ interdit d'anticiper le comportement de l'époux en sanctionnant ce qui ne constitue, au moment de la conclusion de l'union, qu'une atteinte hypothétique à l'ordre public; si le conjoint se marie à l'étranger une seconde fois, la compatibilité à l'ordre public suisse de son second mariage sera examinée sous l'angle de la reconnaissance, en prenant en considération les liens que les intéressés (épouses, mari) entretenaient avec la Suisse au moment de la conclusion de la seconde union et à celui de la reconnaissance. Nous observerons que la réaction de la réserve sera plus forte lorsque la première épouse est ou était domiciliée en Suisse.

651. *Unions effectivement polygamiques.* Les art. 96 et 105 ch. 1 CC (art. 101 et 120 ch. 1 aCC) ne constituent pas des règles d'application nécessaire.

¹⁵⁹⁴ MERCIER, p. 93. Proposition reprise en France par LOUSSOUARN/BOUREL, cf. *supra*, N° 629.

¹⁵⁹⁵ En ce sens, BUCHER, DIP II, N° 398; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 45.

¹⁵⁹⁶ Cf. notamment *supra*, N° 215-218, 223-226.

S'agissant des unions effectivement polygamiques, nous ne pensons pas que les art. 96 et 105 ch. 1 CC (art. 101 et 120 ch. 1 aCC) constituent des règles d'application nécessaire; l'incrimination pénale de la bigamie¹⁵⁹⁷ ne nous paraît pas déterminante pour fixer le champ d'application territorial de ce texte. Rien ne permet d'affirmer d'emblée que le législateur, en adoptant la disposition pertinente du Code civil, entendait en imposer l'application dans toutes les situations internationales.

652. *La mise en œuvre de la prohibition par le biais de la réserve d'ordre public est techniquement possible et préférable.* Il ne fait guère de doute que l'on peut considérer que la prohibition de la polygamie constitue un principe fondamental de l'ordre juridique suisse, de sorte que sa mise en œuvre par le biais de la réserve de l'art. 17 LDIP est techniquement possible. Dans ce contexte, nous pensons que le recours à la réserve de l'art. 17 LDIP est plus judicieux que l'utilisation du procédé visé à l'art. 18 LDIP. En effet, qualifier les art. 96 et 105 ch. 1 CC (art. 101 et 120 ch. 1 aCC) de lois d'application nécessaire conduit à refuser tout effet, en toutes circonstances, aux unions polygamiques célébrées en Suisse. Or il nous semble qu'un mariage polygamique célébré en Suisse devrait parfois y être reconnu dans certaines hypothèses, certes exceptionnelles. Dans ces cas, le recours à l'art. 17 LDIP apporte de meilleures solutions, en raison notamment de la souplesse qu'entraîne l'application de la théorie des liens avec le for et du principe de l'appréciation concrète¹⁵⁹⁸.

653. *Situations dans lesquelles les effets d'un mariage polygamique célébré en Suisse doivent être reconnus.* 1^o *Mariage consulaire et religieux.* Nous avons observé précédemment¹⁵⁹⁹ qu'il est des cas dans lesquels il convenait de reconnaître certains effets à un mariage célébré en Suisse en la forme religieuse, consulaire ou privée, en droit positif. Nous sommes d'avis qu'il doit en aller de même des unions polygamiques, célébrées en ces formes en Suisse, lorsque les

¹⁵⁹⁷ Art. 215 CP, qui prévoit une peine d'emprisonnement. A noter que l'infraction n'est pas réalisée lorsque le mariage est conclu à l'étranger, dans un pays tolérant la polygamie, cf. ATF 105 IV 326, *Ministère public du canton de Neuchâtel*: Suisse marié en Suisse, épousant une seconde femme au Cameroun, acquittement de l'inculpé en application de l'art. 6 ch. 1 i.f. CP; Cour de cassation pénale NE, 6 juin 1979, RJN 7 II 158; Division de la justice, 6 mai 1977, JAAC 1978, N° 46, p. 209; H.F. PFENNINGER, *Die Strafbarkeit der mehrfachen Ehe* (Bigamie), SJZ 1967, p. 369 ss; Francis GAUTSCHI, *Die mehrfache Ehe im schweizerischen Strafrecht*, th., Zurich 1953, p. 41; Jörg REHBERG, *Strafrecht IV*, 2^e éd., 1996, p. 5; Stefan TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 2^e éd., Zurich 1997, N° 2 ad art. 217; Message du Conseil fédéral, FF 1985 II 1021 ss (1068).

¹⁵⁹⁸ Cette conception est en harmonie avec celle que nous défendons en matière de répudiation prononcée en Suisse (cf. *infra*, N° 759).

¹⁵⁹⁹ Cf. *supra*, N° 572 et 574.

époux n'entretiennent que des liens très lâches avec la Suisse au moment de la célébration et qu'ultérieurement leur vie conjugale est entièrement localisée dans un Etat qui reconnaît la validité de leur union. Encore faut-il en outre que la première épouse n'ait pas non plus de liens avec la Suisse. En ce cas, lorsque les époux vivant à l'étranger nourrissent des attentes (filiation, entretien) fondées sur le fait que leur statut polygamique y est reconnu, il est envisageable que l'ordre public suisse ne fasse pas obstacle à la reconnaissance ultérieure de l'union en Suisse. On peut raisonner par le biais de la théorie des liens avec le for ou soutenir que la reconnaissance à l'étranger de la validité de cette union produit des effets guérisseurs¹⁶⁰⁰; dans les deux cas, il convient de traiter l'union comme si elle avait été célébrée à l'étranger.

654. *2° Mariage devant l'officier de l'état civil suisse.* Nous pensons qu'il conviendrait de reconnaître, aux mêmes conditions, le mariage polygamique célébré par erreur par un officier de l'état civil suisse. Au contraire des mariages polygamiques consulaires, cette hypothèse est certes plutôt théorique, dès lors que l'officier contrôlera toujours que les époux ne sont pas liés par les liens d'un précédent mariage et refusera de collaborer à la création d'un mariage polygamique en Suisse. Une erreur des autorités de l'état civil n'est cependant pas exclue. Lorsque le mari et ses épouses ont une nationalité étrangère, qu'ils ne sont pas domiciliés en Suisse (art. 43 al. 2 LDIP) et qu'après la célébration ils vivent à l'étranger, durant une certaine période, dans des Etats reconnaissant pleinement la validité de l'union, il pourrait être injuste et excessivement sévère de la tenir pour inexistante en Suisse. L'ordre social suisse ne serait guère davantage heurté par la reconnaissance de l'union polygamique célébrée entre des époux qui résidaient passagèrement en Suisse que par celle d'époux polygames s'étant mariés à l'étranger: dans les deux cas, la vie conjugale s'est trouvée entièrement localisée à l'étranger pendant une certaine période; l'absence de liens des époux avec la Suisse, diminuant l'intérêt du for au respect de ses valeurs, pourrait justifier la reconnaissance de certains effets d'une union qui n'aurait pas été reconnue si les époux avaient été plus étroitement liés à notre pays, au moment de la célébration notamment.

655. *Illustration.* Alfred, anciennement français, ressortissant de la République islamique de X., Etat connaissant la polygamie, est marié avec Bertha, également ressortissante de la République islamique de X., par naturalisation; les époux sont domiciliés en X. En 1970, Alfred se rend en Suisse pour un voyage d'affaires. Durant le trajet qui l'amène en Suisse, Alfred rencontre Leïla, ressortissante de la République arabe de Y., dont il s'éprend. Ils décident de se marier, ce qu'ils font devant les autorités du consulat de la République islamique de X. en Suisse; Leïla sait qu'Alfred est déjà marié à Bertha. Alfred profite de son séjour en Suisse pour déposer son portefeuille d'actions dans les coffres d'une banque privée genevoise. Après la célébration du mariage, Leïla vient s'établir, avec son mari et la première

¹⁶⁰⁰ Sur ces effets guérisseurs, SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 18 et 19 ad art. 45.

épouse de celui-ci, en République islamique de X., où le mariage est reconnu. En 1980, Alfred épouse Daniela, une compatriote, qui s'installe dans le foyer polygamique. Alfred, Bertha, Leïla, Daniela et leurs enfants viennent chaque année, en janvier, à Zermatt pour s'adonner aux joies de la glisse. En décembre 1995, Alfred prend domicile dans l'Etat Z. En janvier 1996, Alfred fait une chute mortelle à ski à Zermatt. Les autorités de Z. refusent de s'occuper de la succession d'Alfred, récemment établi dans cet Etat. Celles de X ne s'en préoccupent pas, dès lors qu'il n'y était plus domicilié et n'y a aucun bien. La loi de Z. prévoit que les successions sont régies par la loi nationale du défunt. Les autorités genevoises (art. 88 LDIP) sont appelées à liquider les biens de la succession se trouvant à Genève, en application de la loi de X. (91 al. 1 LDIP), qui prévoit des prétentions successorales pour les enfants et chacune des épouses d'une union polygamique.

656. Les mariages polygamiques valablement célébrés à l'étranger entre Alfred, Bertha et Daniela devraient être reconnus, l'ordre public de l'art. 27 al. 1 LDIP n'étant pas heurté par l'effet successoral de ces unions, comme nous le verrons⁶⁰¹. Le juge doit-il tirer des effets des unions polygamiques entre Alfred, Bertha et Daniela et dénier la qualité de veuve à Leïla, au motif qu'elle a épousé Alfred en Suisse, devant une autorité consulaire, alors qu'il était déjà marié, en soutenant que la norme suisse prohibant la polygamie a qualité de loi d'application nécessaire ? S'il estime que l'art. 105 ch. 1 CC (120 ch. 1 aCC) est une loi d'application nécessaire, le juge devra statuer en ce sens et répartir la succession entre Bertha et Daniela. Ce résultat ne serait pas équitable, à mesure que Leïla se considère à juste titre comme l'épouse d'Alfred, qu'elle a vécu son mariage durant de nombreuses années en des Etats qui l'ont reconnu et qu'elle nourrit des attentes quant à la reconnaissance de cette union. Il serait injuste de distinguer la situation de Leïla de celle de Bertha et Daniela. La compatibilité à l'ordre public du mariage célébré en Suisse en application de la loi nationale des fiancés doit être examinée au regard des liens de la cause avec la Suisse. En l'espèce, la reconnaissance des effets successoraux du mariage polygamique conclu en Suisse entre Alfred et Leïla s'impose également, à tout le moins dans le cadre de la question préjudicielle que doit résoudre le juge, au vu des liens extrêmement ténus que les parties entretenaient avec la Suisse au moment de la célébration du mariage au consulat d'une part et au moment du décès d'autre part, et du fait de sa reconnaissance dans les Etats des domiciles successifs des époux. On peut raisonner un peu différemment et affirmer que la reconnaissance du mariage dans l'ordre juridique d'origine des parties y a déployé un effet guérisseur. Il s'agirait d'insister davantage sur la reconnaissance d'un statut, d'une situation vécue par les parties à l'étranger, que de statuer sur la validité d'un acte qui s'est produit en Suisse.

657. *Cas d'intervention de la réserve.* Dès que les liens avec la Suisse seront plus étroits, la réserve d'ordre public fera obstacle à la reconnaissance de l'union polygamique célébrée en Suisse. Si nous reprenons le même exemple, l'union ne sera pas forcément reconnue en Suisse si l'un des intéressés, en particulier la première épouse, est ressortissant suisse ou est domicilié en Suisse au moment de la célébration. En outre, la réserve interviendra si l'union célébrée en Suisse n'est pas vécue par les parties comme une union valable, par exemple si les époux polygames (ou l'un des époux) s'établissent après la célébration dans un autre Etat qui ne tolère pas cette institution. Les effets

⁶⁰¹ Cf. *infra*, N° 693.

guérisseurs dont il a été question ne se produiront pas, faute de reconnaissance du mariage par l'Etat avec lequel les intéressés sont liés.

658. *Avantages de notre proposition.* La solution que nous préconisons permet d'apprécier l'incidence réelle qu'une union polygamique célébrée en Suisse déploie sur l'ordre public suisse. Il est possible que la réserve s'oppose à la reconnaissance d'un mariage polygamique célébré à l'étranger, parce que les liens avec la Suisse sont ou étaient étroits¹⁶⁰², ou encore, faute de liens, parce que le mariage polygamique constitue une atteinte au noyau dur de l'ordre public suisse¹⁶⁰³; il est également possible que la réserve ne fasse pas obstacle à la reconnaissance d'une union polygamique célébrée en Suisse, faute de liens particuliers avec cet Etat, de sorte que son ordre public n'est pas véritablement heurté. La théorie des liens avec le for nous enseigne qu'il n'y a pas de parallélisme obligatoire entre un effet direct - la célébration de l'union en Suisse - qui impliquerait l'intervention de l'ordre public et un effet indirect - la célébration d'un mariage polygamique à l'étranger - qui l'empêcherait d'intervenir. L'opinion inverse, fruit d'une conception rigide et dépassée de la théorie de l'effet atténué, procède d'une approche peu nuancée et entraîne parfois des résultats inévitables. Certes, dans la grande majorité des cas, les liens avec la Suisse seront plus étroits lorsque le mariage est célébré en Suisse, de sorte que la réserve interviendra plus fréquemment; inversement, ces liens seront généralement moins étroits lorsque le mariage a été conclu à l'étranger, ce qui affaiblira la réaction de l'ordre public. Il n'en demeure pas moins que cette forme de corrélation entre l'espace et le temps sur laquelle est fondée la distinction entre l'effet direct et l'effet indirect de la réserve d'ordre public ne sera pas toujours réalisée; la conception défendue ici permet de résoudre ces cas atypiques.

b) Effet indirect

aa) Introduction

659. *Problème.* Lorsque seul le mari peut être polygame, il est indéniable que l'institution de la polygamie heurte les valeurs éthiques fondamentales de la Suisse, en ce qu'elle se fonde sur un type d'organisation conjugale qui consacre l'infériorité de la femme par rapport à l'homme au sein du couple. Comme l'écrit J. DÉPREZ¹⁶⁰⁴, la polygamie reste une institution peu compatible avec l'évolution générale de la condition de la femme dans le monde contemporain. Lorsqu'elle est possible pour les deux conjoints, ce qui est très rare, qu'elle ne présente aucun caractère inégalitaire, la polygamie heurte tout de même les

¹⁶⁰² Cf *infra*, N° 697-710.

¹⁶⁰³ Cf. *infra*, N° 691 sur l'obligation de cohabitation.

¹⁶⁰⁴ DÉPREZ, N° 77, p. 165.

valeurs essentielles de notre société, celle-ci concevant l'essence du mariage comme la consécration de l'union d'un seul homme avec une seule femme. Notre société tolère qu'une personne entretienne des relations affectives et sexuelles avec plusieurs personnes, mais prohibe la consécration institutionnelle des unions multiples.

660. *Une approche comparatiste.* Il n'existe en Suisse que très peu de jurisprudence publiée sur la question de la réaction du droit international privé suisse face aux unions polygamiques valablement célébrées à l'étranger. La doctrine traite de la polygamie en proposant parfois la transposition de certaines solutions acquises à l'étranger. L'aperçu de droit comparé qui précède nous permet de constater que la polygamie est devenue un sujet classique du droit international privé de plusieurs pays d'Europe. En ce domaine, il est sans doute utile de privilégier une approche comparatiste, en s'inspirant de solutions acquises à l'étranger, dans des pays dont les valeurs sont proches des nôtres, pour autant qu'il soit possible de les transposer en Suisse en respectant les exigences de notre droit international privé.

bb) Quelques positions doctrinales

661. *Introduction.* Nous n'exposerons pas les opinions de tous les auteurs suisses qui se sont exprimés sur la polygamie en droit international privé suisse¹⁶⁰⁵. Il nous a toutefois semblé utile d'illustrer la diversité des positions en présentant celles de quatre auteurs qui ont consacré quelques développements à cette question.

662. *Opinion de P. MERCIER.* P. MERCIER, qui est le premier en Suisse à avoir abordé le sujet de manière détaillée¹⁶⁰⁶, est favorable à une très large reconnaissance de l'union polygamique célébrée à l'étranger. Il affirme que la non-reconnaissance ne supprime pas le mariage en tant que fait, elle ne le prive que de son cadre juridique et des droits et obligations qui en découlent¹⁶⁰⁷. L'idée de justice devrait guider le juriste dans la recherche de la meilleure solution à donner à ce « *conflit de civilisations* »¹⁶⁰⁸. P. MERCIER préconise de

¹⁶⁰⁵ Voir p. ex. SCHNITZER, p. 345; DUTOIT, FJS N° 942, p. 3, ch. 12; *idem*, L'ordre public, p. 458, Commentaire, N° 5 ad art. 45; LALIVE, ASDI 1962, p. 390; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 364-365; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 45; SCHWANDER, Einführung BT, N° 123.

¹⁶⁰⁶ MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève 1972.

¹⁶⁰⁷ MERCIER, p. 95, un refus de reconnaissance « *livre l'institution à l'anarchie et l'éloigne davantage des conceptions qui prévalent dans l'ordre juridique du for, alors que la pleine reconnaissance l'en rapprocherait davantage* ».

¹⁶⁰⁸ MERCIER, p. 91.

prendre en compte ce conflit au niveau des parties plutôt qu'à celui des collectivités, « *de manière à éviter le sacrifice paradoxal des intérêts concrets de certains justiciables au nom même du respect dû aux principes* »¹⁶⁰⁹. Il n'y aurait pas de raison de s'en tenir à la seule reconnaissance des rapports pécuniaires du mariage polygamique. La recherche, de cas en cas, d'une solution au conflit de civilisations devrait permettre de consacrer une plus large reconnaissance des effets personnels de l'union polygamique, voire une reconnaissance complète lorsque les parties sont toutes ressortissantes du pays dont la loi autorise la polygamie et quand elles appartiennent à cette civilisation¹⁶¹⁰. Lorsque les parties appartiennent à des civilisations différentes, quelle que soit leur nationalité, P. MERCIER estime qu'une prudence plus grande s'impose, l'ordre public pouvant être appelé à intervenir, mais devant alors être utilisé comme un instrument d'adaptation et de coordination¹⁶¹¹. L'ordre public pourrait même paralyser l'application de la loi du for lorsque la règle de conflit la désignerait et que son application au cas d'espèce aboutirait à des résultats choquants; la clause de réserve permettrait de « *suppléer à l'insuffisance de la règle de conflit* »¹⁶¹². Le juge pourrait faire appel à la loi qui, bien que non désignée par la règle de conflit, a une « *vocation de nature sociologique* » à régir le rapport juridique litigieux. Dans le domaine des assurances sociales et de la responsabilité civile, cet auteur préconise une large assimilation des mariages polygamiques aux mariages monogamiques. Le juge devrait être investi d'une large liberté d'appréciation et pourrait octroyer des montants différents aux épouses.

663. *Opinion de R. F. VAUCHER*. R. F. VAUCHER¹⁶¹³ défend une conception strictement opposée à celle de P. MERCIER. R. F. VAUCHER distingue selon que l'étranger de statut polygamique ne fait que « *traverser rapidement la Suisse en compagnie de ses deux épouses* » ou y réside de manière permanente. Dans la première hypothèse, le mariage polygamique serait reconnu; en revanche, si un étranger de statut polygame s'établit en Suisse avec deux épouses, une seule d'entre elles « *y sera considérée comme épouse légitime, en principe celle avec laquelle il s'est marié en premier lieu. On pourra exiger de lui qu'il se sépare de l'autre, faute de quoi - abstraction faite de la sanction indirecte que constituerait un retrait du permis de séjour - il encourra peut-être les peines dont certains cantons frappent le concubinage* »¹⁶¹⁴. Seule la première femme pourrait prétendre à une indemnité pour perte de soutien. Les enfants de

¹⁶⁰⁹ MERCIER, p. 94.

¹⁶¹⁰ MERCIER, p. 94.

¹⁶¹¹ MERCIER, p. 96.

¹⁶¹² MERCIER, p. 96-97.

¹⁶¹³ VAUCHER, p. 552-553.

¹⁶¹⁴ A noter que ces dispositions sont aujourd'hui abrogées, cf. *supra*, N° 255.

la seconde union pourraient demander un dédommagement. L'intervention de l'ordre public dépendrait de « *l'ampleur de la discordance entre la conception étrangère et notre conception du mariage et, d'autre part, de la mesure dans laquelle l'étranger ou sa famille entendent faire appel à nos institutions* ». Pour résoudre certaines questions préalables, il faudrait néanmoins tenir compte du mariage polygamique dont la reconnaissance doit être refusée au nom de l'ordre public.

664. *Opinion de P. PIOTET*. P. PIOTET¹⁶¹⁵ considère que la seconde union n'est pas nulle *ex lege*, mais elle qu'est simplement annulable judiciairement, sans effets rétroactifs, au sens des art. 120 et 132 aCC. Il faut donc combler la lacune créée par l'intervention de l'ordre public, évinçant la loi étrangère au profit de la loi suisse. Ce serait la seule solution satisfaisante et équitable. Après l'annulation, les enfants de la seconde épouse conserveraient le statut d'enfants nés pendant le mariage (art. 109 CC, 133 aCC); la seconde épouse disposerait de tous les droits d'une épouse jusqu'à l'annulation, puis sa position serait analogue à celle d'une femme divorcée. Une indemnité pour perte de soutien pourrait lui être accordée, même si l'on tient le mariage pour inexistant, puisqu'il s'agit d'un avantage de fait¹⁶¹⁶. Selon P. PIOTET, « *on n'imagine guère que l'autorité cantonale compétente intente d'office une action en annulation, comme elle le pourrait (art. 121 al. 1 CC)* ».

665. *Opinion de A. BUCHER*. Selon A. BUCHER, le refus de reconnaissance du mariage polygamique a pour conséquence qu'il ne peut déployer en Suisse les effets attribués au mariage monogamique, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il sera considéré comme inexistant en Suisse: « *l'atteinte au sentiment de la justice sera moindre si l'équivalence se limite à certains effets seulement. Le mariage polygamique pourra alors être substitué au concept préjudiciel du mariage monogame dans la mesure où la polygamie n'est pas mise en évidence de manière à choquer les sensibilités généralement présentes dans la population* »¹⁶¹⁷. Selon cet auteur, l'art. 45 al. 2 LDIP interdit de conférer au mariage polygamique en Suisse des effets aussi étendus qu'en France. Lorsque les liens avec la Suisse sont aussi étroits que ceux définis à l'art. 45 al. 2 LDIP, le mariage ne produira aucun effet en Suisse¹⁶¹⁸. Cette hostilité à l'égard du

¹⁶¹⁵ Paul PIOTET, Des effets en Suisse d'un mariage polygamique, REC 1976, p. 123-126.

¹⁶¹⁶ PIOTET, p. 125, citant l'ATF 82 II 36, *Rossier et consorts*; l'ATF 114 II 144, *André M. et consorts*, le rejoint concernant les concubins.

¹⁶¹⁷ BUCHER, DIP II, N° 398.

¹⁶¹⁸ *Op. cit.*, N° 400: « *il n'y a pas de raison de privilégier un tel mariage par rapport à un mariage contracté à l'étranger de mauvaise foi, non reconnu ou annulé par la suite en Suisse; il convient au moins d'étendre la présomption de paternité du mari aux enfants de la seconde épouse* ».

mariage polygamique n'est toutefois pas de mise, même dans les hypothèses en principe visées par ce texte, lorsque les liens avec la Suisse ne sont pas prépondérants. Lorsque ces liens sont de faible intensité, notamment lorsque le mariage est reconnu dans les Etats étrangers les plus étroitement concernés, les effets d'un tel mariage peuvent être plus largement accueillis en Suisse pour la pension alimentaire, l'indemnité de perte de soutien, le régime matrimonial et les droits de succession. La polygamie n'est pas mise en évidence de la même manière selon qu'il s'agit d'une famille établie en Suisse de façon permanente ou non¹⁶¹⁹. A. BUCHER estime d'autre part que le recours à l'équité s'avère indispensable, devant l'impossibilité de concilier des conceptions aussi opposées du mariage. Lorsque l'on admet certains effets du mariage polygamique, alors qu'ils sont régis par une loi fondée sur la monogamie, il faut procéder à des adaptations, en tenant compte d'une charge d'entretien plus lourde du mari ou d'un partage des parts revenant au conjoint survivant dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial et de la succession¹⁶²⁰.

cc) Jurisprudence et pratique

666. *Jurisprudence fédérale sur la bigamie internationale.* A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas rendu de décision en matière de reconnaissance d'une union polygamique valablement célébrée à l'étranger; il s'est en revanche prononcé à quelques reprises dans des affaires de bigamie, soit de mariages conclus alors que, d'une part, la précédente union n'était pas dissoute ou que la dissolution n'était pas susceptible d'être reconnue en Suisse et que, d'autre part, le statut personnel des intéressés n'admettait pas la polygamie.

667. 1° *L'arrêt Weber.* Dans l'arrêt *Weber*¹⁶²¹, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur la transcription d'une union conclue en Roumanie; M. Weber, domicilié à Bucarest, y avait ouvert action en divorce, s'y était remarié avec Dame Lederer et avait obtenu la transcription, dans les registres de l'état civil suisse, de son divorce, de son second mariage et de la naissance comme légitime de l'enfant né du second lit. Dame Weber, qui était domiciliée en Suisse, avait pris connaissance du divorce en découvrant la publication des transcriptions dans la feuille officielle genevoise. Le Tribunal fédéral a considéré que la décision de divorce roumaine était contraire à l'ordre public procédural, de sorte qu'elle ne pouvait être reconnue en Suisse; il a dès lors estimé que le second

¹⁶¹⁹ BUCHER, DIP I/2, N° 484.

¹⁶²⁰ BUCHER, DIP II, N° 401.

¹⁶²¹ ATF 74 II 54, *Weber*.

mariage ne devait pas être inscrit en Suisse¹⁶²². Relevons que les lois nationales et du domicile des époux n'admettaient pas la polygamie, pas plus que les règles de l'Etat du lieu de célébration du second mariage.

668. 2° *L'affaire Ackermann*. Dans un autre arrêt¹⁶²³, Antonin Kumpéra, ressortissant tchécoslovaque, avait épousé une Suissesse, Anna Ida Ackermann, à Mexico; le mariage avait été inscrit au registre des familles du lieu d'origine de l'épouse, qui avait conservé sa nationalité suisse. Les registres de l'état civil suisse indiquaient que M. Kumpéra était divorcé, alors que les registres de Prague, où il était alors domicilié, ne mentionnaient pas que son précédent mariage, dont étaient issus trois enfants, était dissous. La mère de Anna Ida agit en nullité du mariage devant les autorités tessinoises, les époux étant selon elle domiciliés dans ce canton. Les époux soulevèrent un déclinatoire, prétendant être domiciliés à Montevideo. Le Tribunal fédéral estima qu'il convenait de combler une lacune de la LRDC: le tiers intéressé qui alléguait un cas de nullité absolue du mariage, devait être en mesure, en tout cas lorsque la cause de nullité invoquée faisait partie de l'ordre public suisse, et tel était le cas du mariage antérieur non dissous, d'intenter action aux deux conjoints devant le juge suisse du domicile de l'époux suisse ou, faute de domicile en Suisse, devant le juge du lieu d'origine du conjoint suisse.

669. 3° *Arrêt H*. Dans un arrêt *H*¹⁶²⁴, un ressortissant marocain avait obtenu le divorce de son épouse, marocaine également, auprès de l'Ambassade du Maroc à Berne et désirait se remarier avec une ressortissante suisse. Suite au refus de l'officier de l'état civil de Lausanne de procéder à la célébration, les fiancés s'étaient rendus à Londres pour y faire célébrer leur mariage et avaient requis sa transcription dans les registres suisses de l'état civil. Le Tribunal fédéral confirma le refus de transcription de l'autorité cantonale de surveillance, estimant que le divorce prononcé par l'Ambassade du Maroc à Berne ne pouvait être invoqué devant des autorités suisses, seuls les tribunaux suisses étant compétents pour prononcer un divorce en Suisse. Puisque ce divorce ne pouvait déployer d'effets en Suisse, le premier mariage de l'intéressé était encore valable, de sorte que le second devait être tenu pour inexistant en Suisse. A nos yeux, c'est à juste titre que le Tribunal fédéral n'a pas examiné la reconnaissance de cette union sous l'angle de l'admission de la polygamie dans l'Etat national du mari et de la première épouse, dès lors que le mari ne cherchait pas à se prévaloir d'un statut polygamique.

¹⁶²² ATF précité, p. 58: « *La reconnaissance du second mariage supposerait nécessairement que le premier ait été déclaré valablement dissous à l'étranger, faute de quoi le recourant devrait être, d'après le registre lui-même, tenu pour bigame (art. 120 ch. 1 CC)* ».

¹⁶²³ ATF 92 II 217, *Ackermann*.

¹⁶²⁴ ATF 110 II 5 (7), *H*.

670. 4° Arrêt X. Dans un arrêt rendu en 1991, le Tribunal fédéral devait à nouveau se prononcer sur des mariages conclus par un époux suisse dans des pays n'autorisant pas la polygamie¹⁶²⁵; l'affaire concernait un couple de Suisses qui s'étaient mariés en Suisse en 1970. Avant que sa première union ne soit finalement dissoute par le divorce, en 1978, l'époux (X.) s'était marié une deuxième fois, en 1977, en Thaïlande avec une ressortissante de cet Etat. Enfin, il s'était marié une dernière fois, en 1983, avec une ressortissante espagnole. La deuxième épouse avait déposé un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral contre le refus d'inscription, dans les registres de l'état civil suisse, de son mariage avec X. et de sa paternité sur l'enfant qu'elle déclarait avoir eu de lui. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, estimant que la seconde union heurtait l'ordre public suisse¹⁶²⁶. Le Tribunal fédéral se référait à l'art. 101 aCC (art. 96 CC) et relevait que le droit thaïlandais (§ 1452 du Code civil), lieu de la célébration de la deuxième union, n'admettait pas non plus la célébration d'une union avant la dissolution de la précédente. Quant à la filiation de X. sur l'enfant de la recourante, elle ne découlait d'aucun document, de sorte que la recourante était renvoyée à agir en paternité. L'autorité de surveillance cantonale s'était demandé, en répondant par la négative, si la transcription du mariage devait être refusée dès lors que la première union était dissoute au moment où elle était appelée à statuer, de sorte que l'inscription ne déployait pas d'effet négatif. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, en relevant qu'en l'espèce, la recourante ne vivait plus avec X., qu'il ressortait de ses écritures qu'elle était prête à divorcer si elle obtenait une compensation pécuniaire; l'inscription de la seconde union aurait pour conséquence de porter préjudice à l'épouse espagnole de X. et à leur enfant.

671. *Jurisprudence cantonale*. 1° Deux décisions argoviennes. L'Autorité de surveillance de l'état civil du canton d'Argovie a refusé de transcrire au registre des familles un mariage célébré à l'étranger entre une Suissesse et un ressortissant musulman déjà marié, au motif que la polygamie violait l'ordre public suisse¹⁶²⁷. L'autorité a renoncé à inscrire l'enfant comme illégitime dans le registre suisse des familles, en considérant que cette constatation officielle pourrait lui porter préjudice, indépendamment du fait qu'il serait considéré comme légitime dans son pays d'origine. Dans un *obiter dictum* d'une décision

¹⁶²⁵ TF, 6 novembre 1991, REC 1992, p. 178; voir les observations de BUCHER, RSDIE 1998, p. 278.

¹⁶²⁶ Arrêt cité, REC 1992, p. 179: « Die neue Ehe widersprach daher eindeutig dem schweizerischen ordre public (GÖTZ, N. 12 zu Art. 101 ZGB); nach Art. 101 ZGB ist die Eingehung einer neuen Ehen ausgeschlossen bevor die frühere Ehe aufgelöst ist ».

¹⁶²⁷ Affaire rapportée in REC 1960, p. 311, MERCIER, p. 77.

concernant une répudiation¹⁶²⁸ le Département de l'Intérieur du même canton s'est prononcé pour un refus sans exception de la reconnaissance des mariages polygamiques¹⁶²⁹.

672. 2° *Un obiter dictum tessinois*. Dans un *obiter dictum*, le Département des Institutions tessinois a estimé que l'ordre public suisse ne pouvait tolérer d'exception à la prohibition des mariages bi- ou polygamiques¹⁶³⁰.

673. 3° *Décision du Tribunal civil du district de Lausanne*. P. MERCIER¹⁶³¹ cite une décision non publiée du Tribunal civil du district de Lausanne datant de 1967. Un ressortissant jordanien avait épousé successivement deux ressortissantes suisses, en 1950 et 1955; en 1956, l'époux avait répudié sa première épouse en Arabie saoudite; en 1962, il avait également répudié, dans le même pays, sa deuxième épouse; en 1965, de retour en Suisse, la première épouse demanda la transcription, en tant que divorce, de la répudiation dans les registres de l'état civil, ce qui fut ordonné par l'administration vaudoise; la seconde épouse, également revenue s'établir en Suisse, obtint la transcription de son mariage dans les registres de l'état civil et ouvrit action en divorce. Le Tribunal de Lausanne rejeta ses conclusions, considérant que la répudiation unilatérale de la première épouse ne pouvait être reconnue en Suisse, de sorte que le premier mariage devait être considéré comme seul valable en Suisse; étant d'avis que la demanderesse aurait dû agir en nullité du mariage et non en divorce, le Tribunal a rejeté sa demande. Afin d'éviter un nouveau procès, l'épouse obtint finalement des autorités de l'état civil la transcription en tant que divorce de la répudiation prononcée à son encontre par son mari¹⁶³².

674. 4° *Décision du Président du Tribunal du district de Vevey*. Dans une décision non publiée du 9 juin 1995¹⁶³³, le Président du Tribunal civil du district de Vevey a dû se prononcer, à titre préalable, sur la validité d'une union polygamique célébrée à l'étranger. En 1990, la demanderesse, ressortissante marocaine domiciliée en Suisse, avait épousé au Maroc un ressortissant algérien. A cette époque, l'époux était déjà marié à une autre femme; ce mariage

¹⁶²⁸ Sur cette décision, cf. *infra*, N° 786.

¹⁶²⁹ *Département des Innern* AG, 4 mai 1971, AGVE 1971, p. 514, RSJ 1973, p. 25, REC 1973, p. 40; voir la note de LALIVE in ASDI 1972, p. 388, critiquant la décision sur ce point (p. 390).

¹⁶³⁰ Département des Institutions TI, 27 novembre 1992, REC 1994, p. 20 (23).

¹⁶³¹ MERCIER, p. 81; Tribunal civil du district de Lausanne, 16 juin 1967, *Abed c. B.*

¹⁶³² Cf. *supra*, N° 229, 248 sur les liens (et le risque de contradictions) entre la décision administrative de transcription dans les registres et celle de l'autorité ordinaire de la reconnaissance.

¹⁶³³ Tribunal civil du district de Vevey, décision non publiée du 9 juin 1995. Cette décision est également examinée *infra*, N° 798 en rapport avec la répudiation.

fut dissous en 1992 par le Tribunal civil du district de Grandson. En 1994, le mari prononça, au Maroc, une « *répudiation révoquée* » de sa deuxième épouse. En 1995, cette dernière ouvrit action en divorce devant le Tribunal de Vevey. Le mari, également domicilié en Suisse, souleva les exceptions de chose jugée et subsidiairement de litispendance, en concluant principalement à l'invalidation de l'instance et, subsidiairement, à la suspension de la cause en divorce jusqu'à droit connu sur le sort de la procédure de répudiation pendante au Maroc. Le Tribunal considéra que le défendeur « *était certes marié avec une autre femme lors de la conclusion du mariage avec l'intimée, qu'il résulte toutefois des pièces produites que les parties ont été considérées comme mariées au Maroc, qu'elles ne contestent d'ailleurs pas l'existence de leur mariage* »¹⁶³⁴. Le Tribunal a donc implicitement reconnu la validité de la seconde union. En second lieu, le tribunal considéra que la décision de répudiation ne pourrait vraisemblablement pas être reconnue en Suisse en raison de sa contrariété à l'ordre public¹⁶³⁵. Le Tribunal considéra dès lors qu'il n'y avait pas lieu de suspendre la procédure en divorce et rejeta la requête du défendeur.

675. 5^e *Arrêt du Tribunal cantonal vaudois*. La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois¹⁶³⁶, saisie d'un recours interjeté contre ce jugement par l'époux défendeur, examina très attentivement la question de la validité du mariage polygamique. Le Tribunal cantonal releva que, le Tribunal fédéral ne s'étant pas encore prononcé sur la reconnaissance d'unions polygamiques célébrées à l'étranger, deux thèses s'affrontaient en doctrine. Selon un premier courant, les causes d'annulation absolues font partie de l'ordre public suisse et devraient être relevées d'office par le juge. Au sein de ce courant, certains soutiennent toutefois que l'on ne saurait poser une règle de rejet absolu des mariages polygamiques célébrés à l'étranger; la conformité à l'ordre public devant s'apprécier au jour où se pose la question, c'est-à-dire, dans le cas litigieux, au plus tôt à la date du dépôt de la demande en divorce; en l'espèce, à cette date, le précédent mariage du recourant était dissous par divorce, de sorte que si l'on suivait cette thèse, rien ne s'opposerait à la reconnaissance en Suisse du mariage des parties. Se référant ensuite à l'opinion de P. PIOTET, le Tribunal cantonal retint que le recourant n'avait pris aucune conclusion au fond pour demander, à titre préjudiciel, que le mariage soit annulé. Le droit applicable à l'action en annulation était en l'espèce le droit suisse (art. 61 al. 1 LDIP par analogie); même si le mariage des parties devait être annulé postérieurement pour bigamie par un tribunal suisse, ce qui supposerait que

¹⁶³⁴ Jugement précité, p. 11.

¹⁶³⁵ Sur cette répudiation, cf. *infra*, N° 798.

¹⁶³⁶ Chambre des recours du Tribunal cantonal VD, 21 octobre 1996, JT 1997 III 87, RSDIE 1998, p. 273 (note BUCHER).

l'épouse ait été de mauvaise foi (art. 122 al. 3 aCC), une telle décision n'aurait pas d'effet rétroactif (art. 132 al. 1 CC). Pour le Tribunal cantonal, « *en conclusion, que l'on soutienne qu'il appartient au juge de relever d'office son incompatibilité avec l'ordre public ou aux intéressés d'en demander l'annulation, le mariage des parties doit être reconnu en Suisse* »¹⁶³⁷. Pour le reste, le Tribunal a rejeté le recours en considérant, comme la juridiction de première instance, que la décision de répudiation marocaine heurtait manifestement l'ordre public suisse, de sorte qu'elle ne pouvait fonder l'exception de chose jugée ou de litispendance¹⁶³⁸. Le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en réforme interjeté par le défendeur contre cette décision incidente, considérant qu'il n'avait pas démontré que les conditions de l'art. 50 al. 1 OJ étaient réunies¹⁶³⁹. Le Tribunal fédéral sera peut-être appelé à statuer au fond s'il est saisi d'un recours contre le jugement final.

676. *Avis de la Division de justice.* Dans un avis du 6 mai 1977, la défunte Division de la justice se prononçait sur la bigamie en droit pénal international et, plus brièvement, en droit international privé suisse¹⁶⁴⁰. Selon la Division, le mariage célébré à l'étranger entre une Suissesse et un ressortissant d'un pays admettant la polygamie serait nul en Suisse alors même qu'on le tiendrait pour valable dans le pays du mari; quant au mariage célébré entre étrangers dont le statut personnel admet la polygamie, la Division soutenait qu'il ne devait pas être reconnu, mais que certains de ses effets devaient l'être.

677. *Avis de l'Office fédéral de la justice (1981).* Dans un avis du 9 novembre 1981 relatif à un mariage polygamique célébré à l'étranger entre des Tibétains venus s'installer en Suisse comme réfugiés politiques¹⁶⁴¹, l'Office fédéral de la justice passa en revue les positions doctrinales suisses relatives au mariage polygamique. Il écarta la thèse de R. F. VAUCHER, qui lui paraissait trop sévère et incertaine, et l'opinion de P. PIOTET: pour l'Office, l'art. 132 aCC aurait été conçu pour résoudre des litiges internes et non pour résoudre des cas internationaux de mariages pluraux; en deuxième lieu, cette opinion méconnaîtrait les graves inconvénients qui résulteraient pour les époux d'une procédure en annulation du mariage en Suisse; en dernier lieu, P. PIOTET se

¹⁶³⁷ Arrêt précité, JT 1997 III 87 (90).

¹⁶³⁸ *Infra*, N° 799 sur les développements que le Tribunal cantonal a consacrés à la répudiation.

¹⁶³⁹ TF, arrêt non publié, 10 avril 1997 (5C.239/1996).

¹⁶⁴⁰ JAAC 1978, N° 46, p. 209-213; cf. Cour de cassation pénale NE, 6 juin 1979, RJN 7 II 158, confirmé par l'ATF 105 IV 326, *Ministère public du canton de Neuchâtel*.

¹⁶⁴¹ JAAC 1981, N° 72, p. 408-418; s'agissant des réfugiés, l'Office constate à titre préliminaire que l'art. 12 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés permet à la Suisse de ne pas reconnaître les mariages polygamiques de réfugiés si elle tient ceux-ci pour contraires à son ordre public, les réfugiés domiciliés en Suisse étant assimilés à des étrangers.

fonderait à tort sur le fait que les autorités n'intenteraient pas l'action en annulation contre de tels mariages et sous-estimerait les dangers pour les époux d'une action en annulation introduite par des tiers intéressés (art. 121 al. 2 aCC, 106 al. 1 CC). Après avoir exposé la jurisprudence française, l'Office se prononça pour le système français de l'époque, soit pour la reconnaissance de principe de l'union polygamique, limitée à certains effets, solution qui sans aller aussi loin que les propositions de P. MERCIER assurerait en tout cas la reconnaissance en Suisse des enfants nés en Suisse de la seconde union. En énumérant la liste des effets qu'une union polygamique serait admise à déployer en France¹⁶⁴², tout en affirmant se rallier au système français, l'Office fédéral souhaitait-il transposer en Suisse les cas dans lesquels les effets d'une union polygamique étaient reconnus en France à l'époque ? Sans être d'une clarté absolue, l'avis peut se comprendre de la sorte. Il doit en aller ainsi pour « certains effets »¹⁶⁴³, en tout cas pour la reconnaissance des enfants nés en Suisse, question soumise à l'Office.

678. *Avis de l'Office fédéral de la justice (1992)*. Dans un avis de 1992¹⁶⁴⁴, l'Office fédéral de la justice s'est prononcé sur la reconnaissance d'une union polygamique conclue en 1992 au Soudan. Le mari, ressortissant soudanais, était domicilié à Zurich depuis 1971. La première épouse n'avait séjourné que peu de temps à Zurich et vivait au Soudan; le mari polygame souhaitait que sa seconde épouse, avec laquelle il s'était marié en 1992, le rejoigne en Suisse. L'Office releva tout d'abord que l'art. 45 al. 2 LDIP ne s'appliquait pas en l'espèce, aucun des intéressés n'étant suisse et seul le mari étant domicilié en Suisse; après avoir souligné que le principe de monogamie appartenait à l'ordre public suisse, mais que la doctrine était divisée sur la reconnaissance d'unions polygamiques en Suisse, l'Office se prononça pour la reconnaissance, à titre préalable, de certains effets de l'union polygame, notamment la légitimité de enfants et les droits successoraux; l'Office, se référant à la théorie de la *Binnenbeziehung*, ajoutait: « *allerdings kann man unseres Erachtens eine ausländische polygame Ehe als solche in unserem Land nicht anerkennen, ohne unseren Ordre public zu verletzen, zumindest wenn die Anknüpfungspunkte des einen oder anderen "Ehegatten" mit unserem Land als genügend stark erscheinen (bzw. wegen der [ebenfalls] schweizerischen Staatsangehörigkeit eines von ihnen, des Wohnsitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthaltes eines von*

¹⁶⁴² Selon l'Office (p. 415), en France, la seconde épouse est prise en considération pour la liquidation du régime matrimonial et de la succession (malgré une décision critiquée), pour l'obligation alimentaire, l'indemnisation consécutive à un accident, mais pas en matière d'allocations de la sécurité sociale.

¹⁶⁴³ Avis précité, p. 418; ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 62, comprend l'avis de l'Office de cette manière.

¹⁶⁴⁴ Office fédéral de la justice, avis non publié du 27 février 1992.

ihnen in der Schweiz oder weil die erste Ehe in unserem Land geschlossen wurde) ». En l'espèce, au vu du domicile en Suisse du mari depuis 1971, l'Office a estimé que le mariage ne devait pas être reconnu en Suisse aux fins de permettre à la seconde épouse de rejoindre son mari.

679. *Avis de l'Office fédéral de la justice (1997)*. Dans une autre affaire¹⁶⁴⁵, l'Office examinait la reconnaissance d'un mariage polygamique. Un fonctionnaire international originaire de Syrie, était venu s'établir en Suisse en 1979 avec son épouse et ses enfants. Au mois de décembre 1995, l'époux avait demandé à son épouse de retourner en Syrie, souhaitant vivre à Genève avec sa nouvelle épouse, de nationalité syrienne également, avec laquelle il s'était marié en la forme religieuse en Syrie peu avant. La première épouse était restée en Suisse où elle avait obtenu une autorisation de séjour à titre indépendant. Le mari polygame acquit la nationalité suisse en avril 1996 et resta à Genève avec la seconde épouse et leur enfant commun. L'Office était invité à examiner si le second mariage pouvait être reconnu en Suisse. En premier lieu, l'Office relevait que l'art. 45 al. 2 LDIP n'entraînait pas en ligne de compte, l'époux n'étant devenu suisse qu'après la conclusion du second mariage; en outre, la seconde épouse était encore domiciliée en Syrie à cette date. S'agissant de l'intervention de l'art. 27 LDIP, l'Office estimait qu'« (...) un mariage polygamique ne saurait être reconnu en tant que tel en Suisse, quand bien même il aurait été valablement conclu à l'étranger, car il heurte manifestement l'ordre public (...). Toutefois, en dehors du cas (...) de l'art. 45, 2ème alinéa, LDIP, où les liens avec la Suisse sont si étroits que le mariage polygamique ne devrait en principe pas y produire d'effets, sauf en ce qui concerne la légitimité des enfants, cela ne signifie pas que les mariages polygamiques soient privés de tout effet en Suisse, par exemple en ce qui concerne la légitimité des enfants issus de telles unions, la pension alimentaire ou l'indemnité pour perte de soutien, le régime matrimonial ou le droit successoral (...) ». En conséquence, l'Office estimait que le second mariage ne pouvait être reconnu en tant que tel en Suisse, ce qui ne signifiait toutefois pas qu'il y soit dénué d'effet.

680. *Avis de l'Office fédéral de l'état civil (1995)*¹⁶⁴⁶. L'Office fédéral de l'état civil a considéré que l'ordre public suisse devait intervenir à l'encontre d'un mariage polygamique, contracté au Cameroun, par lequel un ressortissant de ce pays avait pris pour seconde épouse, de façon conforme au droit camerounais, une double nationale suisse et camerounaise domiciliée au Cameroun. L'Office était d'avis que la nationalité suisse de l'épouse, bien qu'elle ne fût pas

¹⁶⁴⁵ Office fédéral de la justice, avis non publié du 18 mars 1997.

¹⁶⁴⁶ Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 26 août 1995.

effective, constituait une *Binnenbeziehung* suffisante pour que la réserve intervienne¹⁶⁴⁷.

681. *Avis de l'Office fédéral de l'état civil (1997)*¹⁶⁴⁸. Interrogé au sujet de la validité en Suisse d'une union célébrée au Zimbabwe alors que la précédente union du mari n'était pas dissoute, mais l'avait été par la suite, l'Office déclarait: « *Selbst wenn die vorliegende Ehe als gültig zu betrachten ist, könnte deren Anerkennung an der Tatsache scheitern, dass der Ehemann zum Zeitpunkt der Eheschliessung bereits in der Schweiz verheiratet war. Denn eine Anerkennung hätte aus Schweizer Sicht zur Folge, dass X. bigamisch verheiratet wäre, was nicht mit dem schweizerischen Ordre public im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG vereinbar wäre* ». Soulignant que ce sont les effets et non la décision en tant que telle qui doivent être appréciés au regard de l'ordre public, l'Office ajoutait « *unseres Erachtens sind die Anerkennungsvoraussetzungen einer Entscheidung in Bezug auf den Zeitpunkt der Anerkennung, nicht bezüglich des Zeitpunkts der Entscheidung zu beurteilen. (...) Zum heutigen Zeitpunkt ist X. nicht mehr bigamisch verheiratet, da seine frühere Ehe durch Scheidung im Dezember 1995 zur Auflösung gelangt war. (...) Es folgt aus dem Gesagten, dass die Ehe zwischen X. und Y. unseres Erachtens in der Schweiz anerkannt werden kann, wenn sie in Zimbabwe aus der Sicht des staatlichen Rechts gültig geschlossen wurde, ungeachtet der Tatsache, dass der Ehemann zum Zeitpunkt der Eheschliessung bereits verheiratet war* »¹⁶⁴⁹.

682. *Avis de l'ISDC*. S. ALDEEB ABU-SAHLIEH¹⁶⁵⁰ cite un avis du 4 décembre 1989 de l'Institut suisse de droit comparé se prononçant sur le mariage d'un Egyptien et d'une Marocaine, qui avait été célébré après que l'époux avait fait répudier par procuration sa première femme en Egypte. Selon l'Institut, le mariage célébré au Maroc devait être reconnu en Suisse en vertu de l'art. 45 al. 1 LDIP, à supposer que la répudiation ne soit pas reconnue.

¹⁶⁴⁷ Avis précité, p. 2: « *Bei dieser klaren Rechtslage erübrigen sich nach unserer Ansicht Erwägungen zur Frage eines überwiegenden "Auslandsbezugs". Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Besitz des Schweizer Bürgerrechts der zweiten Ehefrau, das diese durch mütterliche Abstammung erwarb, jedenfalls einen erheblichen "Binnenbezug" zur Schweiz darstellt* ».

¹⁶⁴⁸ Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 6 janvier 1997.

¹⁶⁴⁹ Voir dans le même sens Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 9 octobre 1996.

¹⁶⁵⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Le droit international privé*, p. 61; *idem*, *La Suisse*, p. 23.

dd) Notre conception du droit positif suisse

683. *Reconnaissance de principe.* Nous estimons que les effets d'une union polygamique valablement célébrée à l'étranger doivent en principe être reconnus, parce qu'un rejet absolu de cette institution conduirait souvent à des situations hautement choquantes pour les intéressés, notamment pour les épouses et pour les enfants. Il faut éviter que le conflit de civilisations ne joue au préjudice des intéressés. Comme pour le partenariat homosexuel¹⁶⁵¹, il convient d'élargir la catégorie de rattachement de « mariage » (art. 45 LDIP) pour y soumettre l'union polygamique valablement conclue à l'étranger, les catégories du droit interne devant être élargies de façon à permettre la réception d'institutions étrangères inconnues du for¹⁶⁵².

684. *Nécessité de la conclusion d'une union valable.* A titre préalable, il faudra bien entendu s'assurer que l'union polygamique dont la reconnaissance est demandée est valable du point de vue du statut personnel des époux. On peut se demander si l'union doit être valable selon leur droit national, selon le droit de leur domicile ou encore selon le droit du lieu de la célébration. Nous pensons que l'un ou l'autre de ces rattachements suffit¹⁶⁵³. Il convient en effet de se référer, dans ce contexte également, à l'art. 45 LDIP qui consacre le principe du *favor matrimonii*¹⁶⁵⁴, tout en précisant que les époux doivent entretenir certains liens (nationalité ou domicile) avec l'Etat qui en admet la validité. Enfin, si une union polygamique est célébrée dans un pays ne l'admettant pas, alors que les époux entretiennent des liens très lâches avec cet Etat, mais qu'ils sont domiciliés dans un pays reconnaissant la validité de l'union, cette reconnaissance pourra déployer des effets guérisseurs dans la mesure où l'union polygamique est vécue par les intéressés sous l'empire de ce régime¹⁶⁵⁵.

685. *Rôle cardinal de la Binnenbeziehung.* L'affirmation de la reconnaissance de principe des effets de l'union polygamique doit immédiatement être tempérée: la réserve d'ordre public de l'art. 27 al. 1 LDIP doit intervenir lorsque la

¹⁶⁵¹ *Infra*, N° 722.

¹⁶⁵² Cf. LOUSSOUARN/BOUREL, N° 192; MAYER, N° 160; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 417: « L'union des sexes est un problème commun à toute l'humanité, les solutions qu'il reçoit peuvent être classées dans la catégorie "mariage" malgré des différences notables entre elles, à conditions sans doute qu'il s'agisse d'une institution comportant des obligations suffisamment définies »; BUCHER, DIP I/2, N° 637, DIP II, N° 398.

¹⁶⁵³ Cf., au sujet de l'art. 45 LDIP, *supra*, N° 575.

¹⁶⁵⁴ Cf. *supra*, N° 578.

¹⁶⁵⁵ Sur les effets guérisseurs SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 18-19 ad art. 45, prenant l'exemple d'un mariage de Juifs polonais devant le Rabbin en Allemagne et qui deviennent Israéliens et *supra*, N° 653 ss sur l'union polygamique célébrée en Suisse devant une autorité religieuse ou consulaire.

reconnaissance d'un effet déterminé d'une union polygamique entraîne une atteinte aux valeurs fondamentales de notre société. Nous estimons que la théorie de la *Binnenbeziehung* joue un rôle cardinal en ce domaine. Il ne s'agit pas de porter un jugement sur l'institution de la polygamie, qui est sans doute en contradiction avec les valeurs fondamentales de notre ordre juridique, mais de soupeser, au regard de ces valeurs, l'incidence que déploierait en Suisse la reconnaissance d'une situation concrète de polygamie. Lorsque les liens des parties avec l'Etat de la reconnaissance sont ténus, l'intervention de la réserve peut se révéler inadéquate, car elle conduirait à priver de tout effet un acte, parfaitement valable à l'étranger, qui y a été vécu comme tel par les conjoints et leurs enfants, pendant une longue période, ceux-ci nourrissant parfois des attentes fondées sur ce statut, en ce qui concerne l'entretien, le régime matrimonial, les successions ou d'autres effets. Faute d'intégration des intéressés en Suisse, la reconnaissance n'y entraînerait pas un véritable trouble social.

686. *Absence de liens étroits avec la Suisse.* Lorsqu'un mariage polygamique a été célébré à l'étranger, alors que les parties y étaient domiciliées et qu'elles n'entretenaient pas de liens particuliers avec la Suisse, de larges effets doivent être reconnus à cette union en Suisse, ce d'autant plus que les intéressés ont vécu valablement cette situation polygamique à l'étranger pendant une longue durée; en ce cas, la reconnaissance sera de mise, même si les époux ont acquis ultérieurement un domicile en Suisse et le conservent au moment où la question de la reconnaissance se pose. Le juge suisse reconnaîtra l'existence et la validité du mariage valablement célébré à l'étranger, conformément à l'art. 45 LDIP. Cette reconnaissance ne risque guère de heurter les conceptions fondamentales de notre société, à mesure que les époux ne sont pas insérés dans notre tissu social. Il faut toutefois réserver l'obligation de réintégrer le domicile conjugal, qu'un juge suisse ne saurait sanctionner, comme nous le verrons, parce qu'elle porte atteinte au noyau dur de l'ordre public (Illustration 1).

687. *Liens relativement étroits avec la Suisse.* En revanche, si le mariage a été célébré à l'étranger, alors que les parties entretenaient des liens étroits avec la Suisse, l'union polygamique pourrait déployer des effets moins larges, l'intervention de la réserve se justifiant plus aisément. Lorsque les époux sont intégrés en Suisse, en particulier lorsqu'ils y ont leur domicile, qu'ils y travaillent, que leurs enfants y vivent et que le séjour à l'étranger était d'emblée limité dans le temps, la réserve pourrait intervenir plus facilement à l'encontre des effets d'une union polygamique célébrée à l'étranger, étant entendu que la reconnaissance reste la règle, le refus de reconnaissance constituant une exception limitée au strict nécessaire de la défense de l'ordre public. Ainsi, la réserve interviendra avec davantage de vigueur à l'encontre du mariage

polygamique d'un ressortissant suisse marié à une Suissesse avec laquelle il a des enfants en Suisse, tous deux étant domiciliés en Suisse, le second mariage ayant été célébré à l'occasion d'un séjour ponctuel du mari à l'étranger. (Illustration 2.1) ou lorsque les deux époux de nationalité étrangère sont domiciliés en Suisse au moment de la célébration.

688. *Fraude à une cause d'annulation du droit suisse (art. 45 al. 2 LDIP).* L'union polygamique ne sera pas reconnue en Suisse lorsqu'il est établi qu'elle a été contractée à l'étranger pour éluder la prohibition de la bigamie (art. 45 al. 2 LDIP)¹⁶⁵⁶. Comme le relève K. SIEHR¹⁶⁵⁷, le fait qu'un époux polygame soit suisse ou domicilié en Suisse ne permet pas d'affirmer d'emblée que l'union a été célébrée à l'étranger à seule fin d'éluder la prohibition de la polygamie. Lorsque l'art. 45 al. 2 LDIP n'intervient pas, parce que l'intention frauduleuse des parties n'est pas établie, la réserve d'ordre public pourra entraîner un refus de reconnaissance si les effets de l'union polygamique se révèlent inacceptables, au vu des liens de la cause avec la Suisse (Illustrations 2.1, 2.2 et 2.3).

689. *Protection de la première épouse de nationalité suisse ?* Nous ne pensons pas qu'il soit souhaitable de transposer en Suisse la jurisprudence *Baaziz*¹⁶⁵⁸. La nationalité des parties ne nous paraît pas toujours déterminante pour juger des liens de la cause avec le for; il convient plutôt d'examiner, en fonction de toutes les circonstances, les incidences que déploie concrètement le statut polygamique sur l'ordre public suisse, sans adopter, par la voie prétorienne, une règle stricte quant au degré de proximité conditionnant l'intervention de la réserve. Dans certaines circonstances, il pourrait être indiqué de reconnaître certains effets d'une union polygamique en présence d'une première épouse de nationalité suisse (Illustration 2.2.b et 7). Inversement, il est possible que l'union polygamique déploie un effet contraire à l'ordre public du fait de la domiciliation en Suisse d'une épouse de nationalité étrangère. En d'autres termes, la nationalité ne nous paraît pas être une condition nécessaire et suffisante à l'intervention de la réserve d'ordre public. La stabilité du domicile suisse de la première épouse, tant durant la période précédant le second mariage que pendant celle qui le suit, nous paraît constituer un indice plus net de l'intensité des liens avec le for conditionnant l'intervention de la réserve.

¹⁶⁵⁶ Si l'ATF 110 II 5 (7), H. (cf. *supra*, N° 669) avait été rendu après l'entrée en vigueur de la LDIP et que le mari avait cherché à faire reconnaître cette union comme une union polygamique, sans avoir tenté d'obtenir la dissolution de la première, nul doute que le Tribunal fédéral eût examiné s'il fallait faire application de cette disposition; sur l'art. 45 al. 2 LDIP, cf. notamment *supra*, N° 576.

¹⁶⁵⁷ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 45.

¹⁶⁵⁸ *Supra*, N° 631.

690. *Appréciation concrète. Problèmes d'adaptation.* L'autorité examinera dans chaque cas qui lui est soumis si la reconnaissance de l'union heurte concrètement l'ordre public suisse. Elle évaluera la compatibilité à l'ordre public en fonction de l'effet particulier que l'union doit produire en Suisse. Lorsque l'autorité décide de reconnaître l'union polygamique, elle devra le plus souvent procéder à une adaptation de la *lex causae* applicable à l'effet particulier (entretien, régime matrimonial, succession, etc.), si celle-ci, à l'instar de la loi suisse, ne connaît pas l'union polygamique.

691. *Les différents effets de l'union polygamique. Le noyau dur. Réintégration du domicile conjugal.* La réaction de l'ordre public ne sera pas identique pour tous les effets personnels et patrimoniaux de l'union. Il est possible que l'effet particulier de l'union polygamique que les époux désirent faire sanctionner par le juge matérialise une atteinte au noyau dur de l'ordre public, à des principes absolument fondamentaux de l'ordre juridique suisse, qui ne souffrent aucune relativisation, quels que soient les liens avec le for. Ainsi, l'obligation, pour les épouses, de réintégrer le domicile conjugal du mari polygame heurte gravement nos propres valeurs¹⁶⁵⁹. On imagine sans peine le trouble à l'ordre social que pourrait causer la révélation au public d'une décision du juge des mesures protectrices (art. 46 LDIP) ordonnant à une épouse de réintégrer le domicile conjugal pour y rejoindre son mari polygame, ordre prononcé sur le fondement d'une loi étrangère (art. 48 LDIP) autorisant la polygamie. A nos yeux, la saisine d'un juge suisse constitue une *Binnenbeziehung* suffisante pour que la réserve d'ordre public intervienne. En revanche, le maintien en Suisse d'une cohabitation volontaire, fondée sur un statut polygamique créé à l'étranger, ne nous semble pas contraire à l'ordre public. Lorsque les époux ont une résidence en Suisse et que l'un d'eux saisit le juge d'une requête de mesures protectrices (art. 46 LDIP), la *Binnenbeziehung* devrait être jugée suffisante, au vu de la gravité de l'atteinte, pour que l'ordre public fasse obstacle à la reconnaissance de l'union et s'oppose à ce qu'un juge suisse offre son pouvoir d'exécution forcée à un effet personnel de l'union polygamique dont la réalisation se révélerait aussi choquante dans l'Etat du for. Il en va de même lorsque l'un des époux fait appel au for d'origine de l'art. 47 LDIP, la nationalité étant un lien suffisant ou au for de nécessité de l'art. 3 LDIP qui présuppose un lien suffisant avec la Suisse (Illustration 1).

692. *Nom.* Même des effets de l'union visibles pour des tiers ne heurteront pas toujours l'ordre public. Le nom fournit une excellente illustration de cette affirmation; les enfants (consanguins et non utérins) des différentes unions d'un

¹⁶⁵⁹ Pour la France, *supra*, N° 633.

époux polygame portent généralement le nom de leur père commun en vertu de la loi admettant la polygamie; ce nom qui est donc un effet personnel de l'union polygamique sera évidemment reconnu en Suisse. L'ordre public ne devrait pas davantage faire obstacle à l'acquisition en Suisse du nom du mari polygame par ses enfants, qu'elle soit soumise au droit suisse (art. 37 al. 1 LDIP, 160 al. 1 et 270 al. 1 CC) ou à un droit étranger (art. 37 al. 2 LDIP) (Illustration 3).

693. *Successions et régime matrimonial.* Les unions polygamiques devraient être largement reconnues dans le domaine des successions, à moins que les liens avec le for ne soient particulièrement étroits. Il est en effet relativement aisé de reconnaître la validité d'une union au moment où elle est dissoute sans causer de véritable trouble à l'ordre public du for, les effets qu'elle déploie n'étant plus que patrimoniaux et destinés à être liquidés à brève échéance. Lorsque la loi applicable à la liquidation de la succession (art. 90 al. 2, 91 LDIP) contient des règles spéciales sur la répartition de l'actif entre les épouses, elles devraient être respectées, à moins que leur application concrète ne heurte l'ordre public du for, compte tenu des liens que les époux entretiennent avec la Suisse. La réserve pourrait faire obstacle aux règles consacrant des discriminations inacceptables, fondées sur la religion ou l'appartenance ethnique des épouses; le juge devrait également évincer la loi qui privilégierait l'une des épouses. Le juge pourra parfois appliquer de façon résiduelle la *lex causae*, après avoir écarté l'empêchement successoral contraire à l'ordre public; à défaut, il pourrait créer une règle internationale matérielle attribuant à chacune des épouses une part égale sur la succession, à moins que l'intensité des liens avec le for ne le conduise à appliquer le droit du for¹⁶⁶⁰. Lorsque la *lex causae* ne contient aucune règle sur la répartition d'une succession entre les veuves d'un mari polygame et que la reconnaissance des effets successoraux du mariage ne paraît pas heurter l'ordre public du for, le juge sera confronté à un délicat problème d'adaptation. Le juge pourrait partager à parts égales la succession ou la part du conjoint survivant entre les différentes épouses du mari polygame, lorsque cette solution est équitable et respecte les attentes des parties. Les mêmes principes devraient pouvoir être transposés en matière de liquidation du régime matrimonial (voir Illustration 4).

694. *Entretien.* S'agissant d'un effet purement patrimonial, la réserve ne devrait guère intervenir à l'encontre de la reconnaissance (à titre préalable) d'une union polygamique célébrée à l'étranger, à moins que l'intensité des liens avec le for, notamment au moment de la célébration de la première union, ne le justifie. L'intervention de la réserve pourrait être plus fréquente lorsque les époux sont domiciliés en Suisse au moment du jugement. Lorsqu'ils sont domiciliés à

¹⁶⁶⁰ Sur les différentes méthodes à disposition de l'interprète, voir *supra*, N° 427 ss.

l'étranger, les tribunaux suisses ne seront de toute façon saisis que de façon exceptionnelle. Si la réserve ne fait pas obstacle à la reconnaissance et que la *lex causae* ne connaît pas la polygamie, celle-ci doit pouvoir être adaptée de façon à octroyer une pension équitable aux différentes épouses; le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui lui permet de tenir compte des besoins des épouses et des facultés du débiteur. Le minimum vital du débiteur peut être largement entamé, au vu des responsabilités qu'il a décidé d'assumer dans son Etat d'origine (Illustration 5).

695. *Perte de soutien*. L'octroi d'une indemnité de perte de soutien à plusieurs épouses ne heurte pas l'ordre public suisse lorsque le mari est leur soutien de fait. Le droit suisse prévoit du reste une indemnisation de la perte de soutien du fiancé, lorsqu'un mariage ultérieur paraissait très probable, et du concubin, en cas de relation durable et stable¹⁶⁶¹. Quand le droit suisse s'applique à l'acte illicite (art. 132 ss LDIP), le juge devrait reconnaître à la victime la qualité de soutien (art. 45 al. 3 CO) de ses différentes épouses, cela même si les époux sont domiciliés en Suisse; il devrait en aller de même pour les enfants de la seconde épouse, la notion de soutien étant une notion de fait en droit suisse¹⁶⁶² (Illustration 6). Lorsqu'un droit étranger s'applique et qu'il alloue une indemnité de perte de soutien aux différentes épouses d'une union polygamique, l'union devrait être reconnue en Suisse. Si la *lex causae* ne tolère pas la polygamie et ne connaît pas la notion de soutien de fait, une adaptation de ce droit au statut d'époux polygames nous paraît raisonnablement soutenable. Le juge pourrait répartir entre les différentes épouses l'indemnité de perte de soutien qui aurait dû être allouée à l'épouse unique.

696. *Autres effets*. Nous n'examinerons pas le statut de la polygamie dans d'autres domaines du droit, en particulier en droit des assurances sociales, qui sortent du cadre que nous nous sommes tracé. Notons qu'en matière de naturalisation, on pourrait soutenir que le fait pour des époux de vivre en situation polygamique pourrait constituer un indice selon lequel le requérant ne s'est « pas intégré dans la communauté suisse » ou « ne s'est pas accoutumé au mode de vie et aux usages suisses » (art. 14 lit. a et b LN). Nous n'avons pas connaissance de décisions statuant en ce sens. En revanche, le fait pour un époux d'avoir opté pour le statut polygamique au moment de son mariage ne suffit pas à dire que le requérant ne s'est pas intégré en Suisse, si cette union n'est que virtuellement polygamique.

¹⁶⁶¹ ATF 114 II 144, *André M. et consorts*; Roland BREHM, *Berner Kommentar*, Art. 41-61 CO, 2^e éd., Berne 1998, N° 145-153a ad art. 45 CO.

¹⁶⁶² Ce que soulignait déjà PIOTET en 1976 (*supra*, N° 664).

c) Illustrations

697. *Illustration 1 a).* A., ressortissant de X. est marié à B., C. et D., toutes nationales de l'Etat X. A. est domicilié en X. avec ses trois épouses depuis 15 ans. A. loue un chalet à Chaumont où il vient s'installer pour des vacances de 6 mois. Pendant ces vacances, C. quitte le domicile conjugal et dépose une demande d'asile politique en Suisse. A. saisit le Président du tribunal de district de Neuchâtel d'une requête tendant à sommer C. de réintégrer le domicile conjugal (en application du droit de l'Etat X.); le juge est compétent (art. 46 LDIP), la loi de X. s'applique (art. 48 al. 1 LDIP); le juge estime que l'effet que l'union polygamique déploierait en application de la loi de X. porterait en l'espèce atteinte au noyau dur de l'ordre public qui doit être respecté en dépit du caractère ténu des liens avec la Suisse; il refuse dès lors de reconnaître l'union et rejette la requête.

698. *Illustration 1 b).* Mêmes faits et mêmes parties; C. saisit le Président d'une requête de mesures protectrices en fixation de contributions d'entretien; le juge de Neuchâtel est compétent (art. 46 LDIP); la règle de conflit désigne la loi suisse (art. 49 LDIP, art. 4 de la Convention de La Haye (1973) sur la loi applicable aux obligations alimentaires); le juge estime que la reconnaissance de l'union célébrée à l'étranger ne heurte pas l'ordre public suisse au vu des liens lâches que la cause entretient avec le for et de l'effet patrimonial sur lequel il doit se prononcer. Il condamne A. à verser une pension alimentaire à C.

699. *Illustration 2.1.* A. est le mari de B. depuis 10 ans. Tous deux sont domiciliés en Suisse; A. est de nationalité espagnole, B. de nationalité italienne. En 1995, A. rencontre en Suisse Dame C., ressortissante de l'Etat X. et de religion musulmane. A. et C. désirent se marier et ne veulent pas attendre que B. renonce à s'opposer au divorce; en 1996, à l'occasion de leurs vacances d'été, A. et C. se rendent dans l'Etat X. où A. se convertit à l'Islam et se marie avec C.; A. et C. vivent une année dans l'Etat X. En 1997, A. retourne vivre à son domicile conjugal initial, en Suisse. Il décède en 1999. C. ouvre action en pétition d'hérédité contre B. et réclame la moitié de la réserve du conjoint survivant. Le juge examine, à titre préalable, la reconnaissance du mariage entre A. et C. Il est d'avis que l'art. 45 al. 2 LDIP ne s'applique pas en l'espèce; la création d'un nouveau foyer conjugal dans l'Etat X., dans lequel A. est resté domicilié un an, lui paraît exclure que la célébration soit intervenue à l'étranger dans le seul but d'éluder les causes d'annulation du droit suisse. Il estime en revanche que, compte tenu des liens étroits de la cause avec la Suisse, la réserve d'ordre public doit intervenir. Il refuse dès lors de reconnaître la qualité de conjoint survivant à C.

700. *Illustration 2.2 a).* A., enfant adoptif de ressortissants suisses, est musulman et de nationalité suisse. En 1982, il s'est marié avec B., Suissesse et domiciliée à Lausanne, où ils élèvent leur enfant. A. réalise un revenu mensuel brut de 5500.-; B., qui travaille à temps partiel, gagne Fr. 1000.-. En janvier 1996, l'employeur de A. l'envoie 6 mois dans l'Etat X. pour procéder à l'installation du nouveau système informatique d'une entreprise étatique. A. rencontre C., ressortissante de Y., Etat connaissant la polygamie, tout comme X. Il se marie avec elle dans l'Etat X, puis revient à Lausanne en octobre 1996. Il ne souffle mot de son mariage à son épouse. En janvier 1997, C., qui n'a plus revu son époux depuis le mariage, saisit le juge vaudois d'une demande en contribution d'entretien et dépose un certificat de mariage de l'Etat X. Le juge refuse de reconnaître le mariage polygamique compte tenu des liens étroits avec la Suisse et de la durée très brève du séjour de A. en X.

701. *Illustration 2.2 b).* Mêmes faits, mais A. est resté trois ans en X., Etat dans lequel il a trouvé du travail. Durant cette période, B. a accepté de vivre séparée de fait, A. lui versant 2000.- mensuellement. En 1999, A. décide de retourner au domicile de sa première épouse. C. ouvre action en Suisse en paiement de prestations d'entretien. Le juge reconnaît le mariage polygamique, estimant que la prestation alimentaire réclamée ne déploie pas un effet contraire à l'ordre public, au vu de l'écoulement du temps depuis la célébration du mariage et des attentes légitimes de C. Il attribue à C. en application de la loi suisse, dès lors que la loi de X ne prévoit pas de prestations (voir art. 6 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) une contribution d'entretien mensuelle de Fr. 2'000.-, compte tenu du solde à disposition de A. après déduction du montant nécessaire à l'entretien du ménage d'A. et de B.

702. *Illustration 2.2 c).* A. est marié à B. et domicilié en Suisse depuis 13 ans; A. et B. sont au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Ils ont tous deux la nationalité de X., Etat connaissant la polygamie; A. veut se marier avec C. également ressortissante de X. et domiciliée en Suisse. B., convaincue des avantages du statut du mariage polygamique, accepte que son mari se marie une seconde fois. A. se rend avec C. dans l'Etat X. aux seules fins de célébrer leur mariage; C. intègre le domicile conjugal en 1995. Saisi d'une action en contributions d'entretien que C. a ouverte en 1997, le juge la déclare irrecevable, estimant que le second mariage ne peut être reconnu, au vu de l'art. 45 al. 2 LDIP.

703. *Illustration 3.* Ahmed Nassehr, de nationalité de X., Etat connaissant la polygamie, est valablement marié à B. et C. et D., ressortissantes de X. Tous sont domiciliés en X. Liamine Nassehr est le fils de la troisième épouse de Ahmed Nassehr. En vertu du droit de l'Etat X., il porte le nom de son père. A l'âge de vingt ans, Liamine Nassehr prend domicile à Neuchâtel où il se marie avec Sibylle Matthey-de-l'Etang, ressortissante suisse; après le mariage, celle-ci portera le nom de Sibylle Matthey-de-l'Etang Nassehr si elle effectue la déclaration de l'art. 160 al. 2 CC et de Sibylle Nassehr si elle ne l'effectue pas. Leurs enfants s'appelleront Nassehr (art. 37 al. 1 LDIP; 270 al. 1 CC). Variante: Liamine naît en Suisse, Ahmed, B., C. et D. étant domiciliés en Suisse: il sera inscrit sous le nom de son père, soit en vertu de la loi de X. si une *professio juris* a été effectuée (art. 37 al. 2 LDIP), soit en vertu du droit suisse (art. 37 al. 1 LDIP, 160 al. 1 et 270 al. 1 CC).

704. *Illustration 4.* A., ressortissant de l'Etat X, musulman, domicilié depuis sa naissance en X., s'y est marié successivement avec trois épouses (B., C et D.) entre 1975 et 1980; B. et D. sont des ressortissantes de X., C. est italienne. Ces unions sont inscrites dans les registres de l'état civil de X. Les quatre conjoints vivent dans l'Etat X.; en 1976, B. et C. mettent chacune au monde un enfant; en 1986, A. prend domicile en Suisse avec ses trois épouses et ses deux enfants.

705. *Variante a)* A. meurt à Neuchâtel en 1996. Dans un testament valable, A. a soumis sa succession au droit successoral de X.; le droit de X. prévoit que la succession se répartit à parts égales entre les épouses, à l'exception de celles qui n'ont pas mis d'enfants au monde. Saisi d'une action en partage, le juge neuchâtelois applique le droit de X. (art. 90 al. 2 LDIP). Selon la *lex causae*, B. et C. ont droit chacune à la moitié de la succession, D. qui n'a pas eu d'enfant, est exclue de la succession; le juge estime que la reconnaissance des unions polygamiques n'est pas contraire à l'ordre public *in casu* pour liquider la succession; cependant, la discrimination dont est victime D. lui paraît contraire à l'ordre public, compte tenu du domicile des intéressées en Suisse depuis plusieurs années; il décide d'attribuer 1/3 à

B., C. et D., procédant à une adaptation de la *lex causae*, après avoir écarté l'empêchement qui frappait D.

706. *Variante b)* A. meurt *ab intestat*. Le droit successoral suisse s'applique (art. 90 al. 1 LDIP); en présence d'enfants, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession (art. 462 ch. 1 CC); saisi d'une action en partage, le juge estime que la reconnaissance des effets successoraux des trois unions n'est pas contraire à l'ordre public, dès lors que ceux-ci disparaîtront une fois la succession liquidée. Il décide d'adapter la loi suisse en répartissant la part revenant au conjoint survivant entre les trois épouses. Chaque épouse reçoit ainsi 1/6 et chacun des enfants 1/4.

707. *Illustration 5.* A., riche ressortissant de X., s'est marié avec B. en 1965, avec C. en 1966, puis avec D. en 1995 et E. en 1996. B., C., D. et E. ont toutes la nationalité de l'Etat X. En janvier 1997, A. abandonne B. et C. et vient s'établir en Suisse avec ses deux plus jeunes épouses, D. et E. Courroucées, B. et C. prennent un mandataire commun, agissent en divorce en Suisse (art. 59 lit. a LDIP) et réclament des pensions importantes à A. Le juge suisse, après avoir jugé à titre préalable que les deux unions pouvaient être reconnues en Suisse sans heurter l'ordre public, compte tenu de l'écoulement du temps et des attentes légitimes des parties, applique le droit de X. (art. 61 al. 2 LDIP), prononce le divorce de A. et de ses deux épouses, et condamne A à verser à B. et C. une indemnité de Fr. 4000.- prévue dans leurs contrats de mariage respectifs (auxquels s'applique le droit de X. en vertu de l'art. 54 al. 1 lit. b LDIP); à mesure que le droit de X., désigné par la règle de conflit (art. 63 al. 2, 49 LDIP et art. 4 de la Convention de La Haye (1973) sur la loi applicable aux obligations alimentaires) ne prévoit pas de pension alimentaire, le juge applique le droit suisse (art. 6 de la Convention de La Haye) soit les art. 125 ss CC; il alloue un montant mensuel de Fr. 2'500.- à chacune des épouses.

708. *Illustration 6 a).* A., ressortissant de l'Etat X. et marié à B., C. et D. qui sont domiciliées dans ce pays, décède d'un accident de circulation dont la faute repose sur F., Français domicilié en Suisse; le droit suisse s'applique (*lex loci commissi delicti*, art. 3 Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, par le jeu de l'art. 134 LDIP). Le juge attribue une indemnité de perte de soutien à B., C. et D. L'assurance responsabilité civile de F. est condamnée à servir une pension mensuelle à chacune des épouse B., C. et D.

709. *Illustration 6 b).* F., Français domicilié en Suisse, envoie un colis piégé à A., ressortissant de X. qui décède. Ses veuves, B., C. et D. ouvrent action contre F. qui vient d'être condamné pénalement en Suisse; le juge applique le droit de l'Etat X. en vertu de l'art. 133 al. 2, 2ème phrase LDIP. La loi de X. prévoit qu'une indemnité de perte de soutien doit être attribuée à chacune des épouses d'un mari polygame; le juge applique cette loi qu'il ne juge pas contraire à l'ordre public; il condamne F. à servir une pension de Fr. 600.- à chacune des épouses de X.

710. *Illustration 7.* En 1950, A., Suisse domicilié en Suisse, se marie avec B., ressortissante suisse; en 1960, il quitte son épouse et s'établit dans l'Etat X. où il se convertit à l'Islam et se marie avec C. et D., ressortissantes de X. En 1996, il meurt en X., en laissant des biens en Suisse. Les tribunaux de l'Etat X. liquident la succession *ab intestat* de A, en attribuant un tiers de la succession à B., C. et D. Les épouses C. et D. demandent l'*exequatur* de la décision en Suisse, s'agissant des biens qui y sont situés. Le juge ordonne l'*exequatur* de cette décision

sur la base de l'art. 96 al. 1 lit. a LDIP; il est d'avis qu'en l'espèce, l'effet des unions polygamiques de C. et D. ne porte pas atteinte à l'ordre public. B. a droit à un tiers de la succession.

6. Partenariat de couples homosexuels: champ d'intervention de la réserve d'ordre public

A. Introduction

711. *Le partenariat en droit comparé. Danemark, Norvège, Suède, Islande et Pays-Bas.* Les législateurs de quelques Etats ont accordé un statut légal aux couples de partenaires homosexuels¹⁶⁶³. En 1989, le Danemark¹⁶⁶⁴ a introduit une forme d'union de partenaires homosexuels. Indifféremment ouverte aux hommes et aux femmes, enregistrée officiellement, l'union déploie les mêmes effets légaux que le mariage, excepté le droit d'adopter des enfants¹⁶⁶⁵ et d'obtenir la garde conjointe d'enfants. Les dispositions patrimoniales, successorales et fiscales sont identiques à celles du mariage traditionnel. La présence d'une relation de parenté en ligne directe à l'infini ou en ligne collatérale au second degré ainsi que l'existence d'un précédent mariage ou partenariat non dissous font obstacle à l'établissement d'un partenariat. La procédure de dissolution est semblable à celle qui met un terme au mariage. Craignant un afflux de requérants attirés par le libéralisme de cette législation, le législateur a prévu que l'une des parties au moins devait être domiciliée au Danemark et jouir de la citoyenneté danoise pour qu'un partenariat puisse être enregistré. Cette règle sera prochainement modifiée: dès le 1^{er} juillet 1999, des personnes n'ayant pas la nationalité danoise pourront faire enregistrer leur partenariat

¹⁶⁶³ Sur l'état des législations, voir récemment Dagmar COESTER-WALTJEN/Michael CDESTER, IECL IV/3 (1997), p. 50-51; Bea VERSCHRAEGEN, Gleichgeschlechtliche « Ehen », Vienne 1994; Office fédéral de la justice (ci-après OFJ), La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse - Problèmes et propositions de solution, Berne 1999, ch. 2, p. 7-25.

¹⁶⁶⁴ Loi N° 372 du 7 juin 1989, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1989. Voir Linda NIELSEN, Family rights and the « registered partnership » in Denmark, Int. J. of Fam. Law 1990, p. 297 ss; Martin D. DUPUIS, Society and History on the Legal Process: an Analysis of the Legal Status of Same-Sex Relationship in the United States and Denmark, Int. J. of Fam. Law 1995, p. 86-118; Marianne Hojgaard PEDERSEN, Le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation, in Jaqueline RUBELLIN-DEVICHI (édit.), Regards sur le droit de la famille dans le monde, Paris 1991, p. 127-131; Andreas WACKE Die Registrierung homosexueller Partnerschaften, FamRZ 1990, p. 347 (avec le texte de la loi danoise); Erik JAYME, Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht, IPRax 1990, p. 197; BRANLARD, N° 2005, note 304; NORRIE, p. 770; DFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 212.

¹⁶⁶⁵ L'adoption de l'enfant du conjoint sera possible depuis le 1^{er} juillet 1999, cf. DFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 212.

lorsqu'elles vivent au Danemark depuis deux ans¹⁶⁶⁶. En Norvège, une loi entrée en vigueur en 1993 a repris le modèle danois¹⁶⁶⁷. La Suède qui appliquait, depuis 1987, les dispositions d'une loi régissant la vie commune hors mariage aux couples homosexuels a adopté, en 1995, une loi sur les partenariats enregistrés¹⁶⁶⁸. L'Islande a suivi en 1996¹⁶⁶⁹. En 1998, les Pays-Bas¹⁶⁷⁰ ont adopté une loi sur le partenariat enregistré; les partenaires de même sexe ou de sexe différent peuvent faire enregistrer leur partenariat, qui déploie les mêmes effets qu'un mariage, à l'exception des liens de la filiation¹⁶⁷¹. Pour pouvoir faire enregistrer un partenariat, les étrangers doivent être au bénéfice d'une autorisation de résidence temporaire ou permanente. Dans ces pays, sans être qualifiés de mariages, les unions homosexuelles déploient presque tous les effets d'un mariage.

712. *France. Autres Etats. Perspectives.* En France, le pacte civil de solidarité (PACS) fait l'objet de débats mouvementés¹⁶⁷²; l'Assemblée nationale a adopté,

¹⁶⁶⁶ Voir OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 212.

¹⁶⁶⁷ Pour plus de détails, voir DUPUIS, *op. cit.* (note 1664), p. 104 ss; Marianne ROTH, The norwegian act on registered partnership for homosexual couples, JFL 1997, p. 467 ss; VERSCHRAEGEN, *op. cit.* (note 1663), p. 118 ss; OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 213.

¹⁶⁶⁸ Voir OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 214; sur le système d'avant l'entrée en vigueur de la loi de 1995, voir le compte-rendu de Bertil COTTIER in Droit étranger et international/Aperçu établi par l'Institut suisse de droit comparé, SJZ 1988, p. 184 et Anders AGELL, Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1990, p. 817 ss, 820 sur l'extension aux couples homosexuels; VERSCHRAEGEN, *op. cit.* (note 1663), p. 126 ss.

¹⁶⁶⁹ OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 215.

¹⁶⁷⁰ Cf. OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 22; voir également la brochure éditée par le Ministère de la justice des Pays-Bas, Registered partnership, *s.l.*, 1997. Pour le débat aux Pays-Bas avant l'adoption de la loi, voir Caroline FORDER, Re-thinking marriage, parenthood and adoption, The International Survey of family Law 1995, La Haye/Boston/Londres 1995, p. 359 ss (360-361).

¹⁶⁷¹ Cette question fait toutefois l'objet de débats au Parlement, cf. OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 22.

¹⁶⁷² Le PACS se fonde sur une proposition de loi tendant à créer un contrat d'union civile pour les couples homosexuels et hétérosexuels, présentée par les députés AUTEXIER et MICHEL, citée par BRANLARD, N° 1938. Le 9 octobre 1998, l'Assemblée nationale a adopté, à l'initiative de la minorité de droite et en l'étonnante absence de nombreux députés de la majorité, une exception d'irrecevabilité, pour contrariété à la Constitution, à l'encontre du premier projet de pacte civil de solidarité, issu d'une initiative parlementaire soutenue par le gouvernement. Le texte a ensuite été adopté en première lecture le 9 décembre 1998. L'opposition a annoncé vouloir soumettre le projet de loi à la censure du Conseil constitutionnel. Suite aux importantes modifications du projet apportées par le Sénat, qui avait supprimé la notion de PACS, le texte a été adopté, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, le 7 avril 1999, avec des modifications mineures par rapport au texte voté en décembre 1998. Le texte a été rejeté par le Sénat. L'Assemblée nationale a adopté la loi N° 341-99 en troisième lecture, le 15 juin 1999.

en troisième lecture, le 15 juin 1999, une loi (N° 341-99) relative au pacte civil de solidarité, modifiant le Code civil (art. 515-1 à 515-7 CCFr.), le Code des impôts et le Code de la Sécurité sociale. Si le Sénat devait encore rejeter ce texte, ce qui est probable, l'Assemblée nationale aura le dernier mot. Selon ce texte, les personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent conclure un PACS pour organiser leur vie commune. Le PACS n'est en revanche pas ouvert, d'une part, aux personnes dont l'une est mariée ou déjà liée par un PACS et, d'autre part, à un ascendant et un descendant en ligne directe, à deux alliés en ligne directe et à deux collatéraux jusqu'au troisième degré. Les partenaires en font la déclaration conjointe au greffe du Tribunal d'instance de leur résidence commune ou, s'ils résident à l'étranger et que l'un d'eux est Français, auprès des agents diplomatiques et consulaires français. Ils déposent un original de la convention les liant. Les partenaires doivent s'apporter une aide mutuelle et matérielle dont les modalités sont fixées par le pacte; ils sont tenus solidairement des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement. Les partenaires font l'objet d'une imposition commune à compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire de l'enregistrement et bénéficient d'avantages sociaux; ainsi, le PACS est pris en compte pour apprécier les liens personnels de l'étranger en France, liens qui peuvent lui ouvrir un droit de séjour temporaire. Le pacte cesse par la volonté commune des partenaires, par la volonté de l'un des partenaires, par le mariage de l'un des partenaires ou par le décès de l'un d'eux. Les parties déterminent elles-mêmes les conséquences que la rupture du pacte entraîne à leur égard; à défaut d'accord, le juge tranche et peut allouer des dommages-intérêts pour réparer le dommage éventuellement subi. Sauf disposition particulière, les biens du partenaire décédé vont à ses descendants, ascendants et collatéraux; lorsqu'il est gratifié, le partenaire bénéficie d'un abattement fiscal important. En outre, le partenaire peut se réclamer des règles successorales sur les attributions préférentielles (art. 832 ss CCFr.) à l'exception de celles relatives aux exploitations agricoles. Dans d'autres Etats, les unions homosexuelles sont reconnues de manière plus limitée. Certains pays assimilent les partenaires homosexuels aux conjoints hétérosexuels dans le cadre de lois particulières¹⁶⁷³. Dans un autre registre, plusieurs institutions européennes se sont penchées sur cette question: la Cour européenne des droits de l'homme, contrairement à la Commission européenne des droits de l'homme¹⁶⁷⁴, est d'avis

¹⁶⁷³ Voir les exemples cités par NORRIE, p. 771, notamment CA New York, *Braschi v Stahl Associates* (1989) 74 N.Y. 2d 201, 543 N.E.2d 49 et *Supreme Court of British Columbia* (1991) 6 W.W.R. 7280 déclarant discriminatoire la limitation du terme « spouse » aux partenaires de couples de sexes opposés dans les règles sur l'assurance-maladie.

¹⁶⁷⁴ Affaire *Rees contre Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A, N° 106; Arrêt *Cossey*, du 27 septembre 1990, série A, N° 184 § 46: « elle voit en outre dans l'attachement audit concept traditionnel un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour

que l'interdiction de célébrer un mariage entre personnes du même sexe ne viole ni le droit à la vie privée ni celui de fonder une famille; quant au Parlement européen, il a invité la Commission européenne, en février 1994, à préparer une recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels, qui mette notamment fin à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier¹⁶⁷⁵. Il est dès lors possible que d'autres Etats rejoignent prochainement le groupe d'Etats ayant ouvert la porte au partenariat homosexuel¹⁶⁷⁶.

713. *La Suisse. Objet de notre étude.* La Suisse n'échappe pas à la tendance actuelle et nombreux sont ceux qui réclament l'adoption d'une législation spécifique tendant à réglementer l'union libre et le partenariat homosexuel¹⁶⁷⁷.

déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage, cette matière relevant du pouvoir dont jouissent les Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier ». Voir cependant l'avis contraire de la Commission (rapport du 9 mai 1989) et les opinions dissidentes du juge S.K. MARTENS, p. 30 ss; Jochen Abr. FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, EMRK-Kommentar, 2^e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 1996, N° 2 ad art. 12; hésitant: P. VAN DIJK/G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Boston 1984, p. 331. Cf. *supra*, N° 531-534.

¹⁶⁷⁵ JOCE N° C 61/40, cité par DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N° 76 et OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 25.

¹⁶⁷⁶ Voir également l'arrêt de la Cour suprême de Hawaii, *Baehr v Lewin* 852 P.2d 44 (Ha. Sup. Ct. 1993), estimant que le refus légal de célébrer des mariages entre personnes du même sexe constitue une restriction à l'égalité des droits constitutionnels des citoyens se fondant sur un critère suspect et renvoyant l'Etat d'Hawaii à faire la preuve, devant la juridiction de première instance, de l'existence d'un intérêt public prépondérant; cette dernière a nié cet intérêt (*Baehr v Miike*, Hawaii Circ. Ct. 1st, N° 91-1394); sur cette affaire toujours pendante, voir DUPUIS, *op. cit.* (note 1664), p. 95 ss et Sandford N. KATZ in *The International Survey of Family Law* 1996, La Haye/Boston/Londres 1998, p. 496-500; DÖRJG, note 1283; Edward ERRANTE *Le mariage homosexuel (...) in* Oavid BORRILLO, *Homosexualités et droit*, Paris 1998, p. 293-314; voir également, en réaction, la loi fédérale américaine *Defense of Marriage Act (1996)* aux termes de laquelle « *no State (...) shall be required to give effect to any public act (...) of any other State (...) respecting a relationship between persons of the same sex (...) or a right or a claim arising from such relationship* » et précisant que « *in determining the meaning of any Act of Congress (...) the word "marriage" means only a legal union between one man and one woman as husband and wife (...)* ». Pour l'état des discussions dans d'autres pays, voir OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 233 ss.

¹⁶⁷⁷ Voir notamment une pétition du Comité « *les mêmes droits pour les couples du même sexe* » munie de 85'181 signatures réclamant l'égalité sous une forme à définir, telle que le mariage ou le partenariat (N° 96.2011, BOCN 1996, p. 911) et une pétition (N° 96.2012, BOCN 1996, p. 914) « *pour une famille saine et contre l'égalité juridique des couples homosexuels* » munie de 88'098 signatures; le Conseil national a adopté un postulat du 27 février 1996 donnant mandat au Conseil fédéral d'examiner la suppression des discriminations frappant les homosexuels (BOCN 1996, p. 913). Voir également les démarches de parlementaires recensées in OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 12. L'Office fédéral de la justice a publié son rapport en juin 1999. Dans la doctrine, voir p.ex. Cyril HEGNAUER/Peter BREITSCHMID, *Grundriss des Eherechts*, 3^e éd., Berne 1993, p. 34;

En droit interne suisse, il est admis que le mariage entre personnes d'un même sexe est inexistant, radicalement nul, ne déploie aucun effet juridique même s'il a été contracté devant un officier de l'état civil¹⁶⁷⁸. Cette opinion devrait toutefois être revue si la pratique admettait en droit interne, à l'instar du *Bezirksgericht* de Saint-Gall¹⁶⁷⁹, que l'action en changement de sexe d'un requérant marié est recevable: à moins de tolérer que ce type d'union puisse être maintenu, la sanction de l'inexistence pourrait tout au plus entrer en ligne de compte à partir de l'entrée en force de la décision de changement de sexe du conjoint; la jurisprudence pourrait alors tenter de créer un régime d'annulation d'office, adapté à cette situation particulière. Dans le cadre de notre travail, nous devons examiner si, en l'état actuel du droit suisse, la réserve d'ordre public est appelée à intervenir pour faire obstacle à la reconnaissance d'une union homosexuelle contractée à l'étranger et à l'application en Suisse d'une législation connaissant le partenariat homosexuel.

B. Reconnaissance des unions homosexuelles conclues à l'étranger

a) Introduction

714. *Jurisprudence actuelle.* A notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé à ce jour sur la reconnaissance d'un partenariat homosexuel valablement contracté à l'étranger. Nous examinerons un arrêt, qui, sans répondre directement à la question, donne toutefois quelques indices sur la

Ingeborg SCHWENZER, *Familienrecht im Umbruch*, RJB 1993, p. 274, les propositions de Ivo SCHWANDER, *Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?* PJA 1994, p. 918 ss, ainsi que les deux projets des associations Pink Cross/Lesbenorganisation Schweiz, d'octobre 1997 (contenant les contributions de GEISER, *Partnerschaft* et RAMSAUER, *Partnerschaft*), l'un tendant à autoriser le partenariat homosexuel enregistré, l'autre à permettre à des conjoints homosexuels de se marier; voir également le compte-rendu du débat organisé par le Département de justice de Bâle-Ville le 8 mai 1996, REC 1996, p. 413. Certaines Constitutions cantonales reconnaissent expressément le droit de choisir une autre forme de vie commune que le mariage (art. 13 al. 2 Cst. BE, 10 al. 2 Cst. AR; Avant-projet de Cst. NE du 8 juin 1998, art. 10 [sur ce dernier texte, voir Jean-François AUBERT, *La révision totale de la Constitution cantonale*, RJN 1998, p. 13 ss, 24-28]). L'art. 8 al. 2 Cst. féd. (1999) précise que « nul ne doit subir de discrimination du fait (...) de son mode de vie »; sur l'incidence du droit constitutionnel en la matière, voir OFJ, *op. cit.* (note 1663), ch. 6.

¹⁶⁷⁸ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, N° 74; HEGNAUER/BREITSCHMID, *op. cit.* (note 1677), N° 7.05; GÖTZ, *Berger Kommentar*, art. 90-136, 3^e éd., Beme 1964, N° 5 Vorbem. zum 4. Abschnitt; *Bezirksgericht* ZH, 25 septembre 1981, cité in *Obergericht* ZH, 24 novembre 1981, RSJ 1982, p. 273.

¹⁶⁷⁹ *Bezirksgericht* SG, 26 novembre 1996, REC 1997, p. 161, SJZ 1997, p. 442 cité *supra*, N° 519; voir, en réaction, la circulaire de l'Office fédéral de l'état civil publiée in REC 1997, p. 241. Un recours auprès du Tribunal fédéral est pendant.

position du Tribunal fédéral, avant d'effectuer un survol des opinions de quelques auteurs; nous exposerons enfin notre conception.

b) ATF 119 II 264, X.

715. *Les faits.* Dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral devait statuer sur le refus de transcription dans les registres suisses de l'état civil d'un mariage célébré à Copenhague, le 15 décembre 1988, entre un ressortissant brésilien transsexuel et un citoyen suisse. Il faut d'emblée relever qu'il s'agissait d'un mariage ordinaire et non d'un partenariat homosexuel au sens de la loi de 1989: le fiancé transsexuel, de sexe biologique masculin, avait donné de faux papiers et s'était fait passer pour une femme, alors que son changement de sexe n'avait jamais été constaté officiellement. En raison du refus des autorités suisses de transcrire cette union dans les registres de l'état civil, le recourant invoqua une violation de l'art. 45 LDIP ainsi que des art. 54 Cst. féd. (1874) et 12 CEDH.

716. *Le sort réservé au recours par le Tribunal fédéral.* Le Tribunal fédéral a rejeté le recours, estimant que l'autorité de surveillance de l'état civil du canton d'origine du ressortissant suisse avait refusé avec raison d'ordonner la transcription de cette union (art. 32 LDIP), dès lors que sa reconnaissance eût contrevenu à l'ordre public (art. 27 al. 1 LDIP). L'autorité cantonale de surveillance s'était fondée sur l'état civil du requérant tel qu'il était véritablement inscrit à l'étranger et avait assimilé à juste titre les liens de ce couple à une union de deux personnes du même sexe. Selon notre juridiction suprême, « *nach dem schweizerischen Rechtsempfinden ist die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von Mann und Frau, mit andern Worten von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts* ». Selon le Tribunal fédéral, ce principe d'ordre public s'opposait à la reconnaissance d'une union entre deux personnes du même sexe. Le Tribunal fédéral soulignait que les communautés de vie entre personnes du même sexe ne pouvaient être mises au bénéfice de la protection du droit au mariage (art. 54 Cst. féd. [1874] et 12 CEDH)¹⁶⁸⁰. En dernier lieu, le Tribunal fédéral écartait la violation prétendue de l'art. 8 CEDH en affirmant que le respect de la vie privée et le droit à l'identité sexuelle étaient suffisamment pris en compte en Suisse par la possibilité d'un changement de sexe, également ouverte au domicile en Suisse du requérant de nationalité étrangère¹⁶⁸¹.

¹⁶⁸⁰ ATF 119 II 264 (267), X.: « *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften fallen dagegen nicht unter den Schutz von Art. 54 BV (...). Die angeführten Grundsätze decken sich mit dem Gehalt von Art. 12 EMRK* ». Le TF se réfère en particulier à l'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Cossey* précité (*supra*, note 1674).

¹⁶⁸¹ Sur la jurisprudence des organes de la CEDH, voir *supra*, N° 531-534.

717. *La critique de SCHWANDER.* Ainsi que le relève I. SCHWANDER¹⁶⁸², le Tribunal fédéral aurait dû examiner le point de savoir si la célébration du mariage n'était pas nulle et donc non susceptible de reconnaissance *per se*, en vertu du droit danois, du fait de la falsification des documents présentés par les « fiancés ». Si ce mariage était frappé de nullité en vertu du droit danois, il ne s'agissait plus d'un acte susceptible de reconnaissance. Si le droit danois prévoyait une procédure en rectification de l'état civil ayant des effets guérisseurs, l'autorité aurait dû rejeter la demande en l'état, en laissant le requérant introduire une telle procédure au Danemark.

718. *L'enseignement de l'arrêt.* Il est regrettable que le Tribunal fédéral ait déclaré, de façon relativement abstraite et figée, que le mariage litigieux constituait une union entre personnes de même sexe « *deren Anerkennung gegen den schweizerischen Ordre public verstossen würde* », sans faire référence au critère des liens avec la Suisse (*Binnenbeziehung*) et à la théorie de l'effet atténué. Il aurait été préférable qu'il précise en quoi la situation qui lui était soumise heurtait concrètement l'ordre public, après avoir examiné si le mariage litigieux constituait bien un acte susceptible de reconnaissance en dépit de la falsification commise par les parties. Cette décision a toutefois le mérite de souligner que le problème de la reconnaissance des partenariats homosexuels se pose sous l'angle de la violation de l'ordre public suisse. En soi, le partenariat est un acte étranger dont la reconnaissance pourrait être demandée en Suisse aux conditions ordinaires.

c) *Opinions de quelques auteurs*

719. *I. SCHWANDER.* Selon I. SCHWANDER¹⁶⁸³, le détour par la réserve d'ordre public est superflu dès lors que la qualification de mariage doit être réservée à des unions entre personnes de sexe différent. L'application directe ou analogique de l'art. 45 LDIP serait exclue; le *favor matrimonii* qui sous-tend cette disposition s'expliquant notamment par le désir du législateur de diminuer les cas de filiation hors mariage, cette *ratio legis* ne pourrait pas être transposée aux partenariats homosexuels. L'art. 45 LDIP ne s'appliquant pas, il y aurait lieu de combler une lacune de la loi en exigeant, pour qu'une telle union soit reconnue, que l'un des partenaires au moins soit domicilié ou ait sa résidence habituelle dans l'Etat de l'enregistrement, règle qui tendrait à créer un parallèle avec l'art. 50 LDIP sur la reconnaissance des décisions étrangères relatives aux effets du mariage, dès lors que la reconnaissance d'un partenariat déploierait avant tout des conséquences qui s'apparentent aux effets du mariage. L'union

¹⁶⁸² SCHWANDER, PJA 1993, p. 1265.

¹⁶⁸³ SCHWANDER, PJA 1993, p. 1265.

ainsi reconnue ne pourrait déployer davantage d'effets que dans l'Etat de son enregistrement; la reconnaissance d'un partenariat n'empêcherait pas la célébration en Suisse du mariage de l'un des partenaires. Le partenariat ne pourrait pas être inscrit à l'état civil suisse dès lors qu'aucun registre *ad hoc* n'existe dans ce pays¹⁶⁸⁴; la reconnaissance du partenariat devrait toutefois être examinée à titre préjudiciel (art. 29 al. 3 LDIP) par les autorités appelées à statuer sur des litiges entre partenaires concernant les prestations d'entretien ou le droit successoral. Le partenariat ne pouvant être dissous en Suisse par le divorce, l'on pourrait envisager de le liquider comme une société; en outre, rien ne s'opposerait à l'application de certaines dispositions du droit des effets généraux du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions ou, parce que la plupart des droits ne connaissent pas de règles spéciales, à l'application du droit danois, le cas échéant en dérogeant aux règles de conflit (art. 15 al. 1 LDIP)¹⁶⁸⁵.

720. *A. BUCHER.* A. BUCHER¹⁶⁸⁶ relève qu'en édictant l'art. 45 LDIP, le législateur n'avait certainement pas à l'esprit la reconnaissance du partenariat homosexuel. La matière « *relève[rait] de l'ordre public* », celui-ci s'opposant à la reconnaissance d'une telle union en tant qu'institution équivalente au mariage. Ce refus de reconnaissance ne signifierait toutefois pas que le partenariat ne pourrait produire aucun effet en Suisse. Si le droit étranger applicable prévoit des prestations d'entretien ou des droits successoraux en faveur de l'un des partenaires, la question préalable de l'existence d'une union pourrait être soumise à la même loi étrangère si l'espèce présente des liens prépondérants avec elle. Lorsque le droit suisse s'applique, il serait envisageable de transposer certaines solutions retenues en matière de concubinage.

721. *K. SIEHR.* K. SIEHR¹⁶⁸⁷ est également d'avis que l'art. 45 LDIP n'est pas applicable à la reconnaissance des partenariats. Cet auteur suggère de s'inspirer des règles qu'il propose pour la reconnaissance des unions libres. La reconnaissance de l'union serait soumise à la loi sous l'empire de laquelle elle a été contractée. Pour les différents effets, il faudrait se référer en outre à la loi choisie par les parties (art. 150 al. 2, 116 LDIP) ou au droit avec lequel le partenariat était le plus étroitement lié au moment de sa conclusion (art. 117 LDIP), soit, dans le doute, le droit du lieu de la résidence habituelle commune des partenaires. Pendant l'union, les décisions sur les effets seraient reconnues

¹⁶⁸⁴ Cf. en ce sens également SCHWANDER, Einführung BT, N° 123.

¹⁶⁸⁵ SCHWANDER, Einführung BT, N° 123, note 32.

¹⁶⁸⁶ BUCHER, RSDIE 1994, p. 281.

¹⁶⁸⁷ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 17-21 Vorbem. zu Art. 43-45. Voir en outre GEISER, Partnerschaft, p. 8.

en application des art. 50 et 58 LDIP. En cas de dissolution au Danemark, la décision pourrait être reconnue en application de l'art. 65 LDIP¹⁶⁸⁸.

d) Notre conception

722. 1° *Extension de la catégorie de rattachement de l'art. 45 LDIP.* Il convient tout d'abord de déterminer sur quelle règle l'autorité de la reconnaissance devra se fonder. A première vue, l'art. 45 LDIP ne peut s'appliquer à la reconnaissance de partenariats homosexuels que la lettre de cette disposition ne vise pas. A l'instar de la reconnaissance des mariages polygamiques¹⁶⁸⁹, il nous semble envisageable d'étendre le concept de mariage figurant à l'art. 45 LDIP à des unions entre partenaires de même sexe. En effet, les catégories du droit interne ne doivent pas être purement et simplement transposées aux actes étrangers; il faut parfois les élargir de façon à permettre la réception d'institutions étrangères inconnues du for¹⁶⁹⁰. La défense des valeurs du for ne devrait pas intervenir au stade de la qualification de l'institution étrangère. L'on pourrait soutenir que le mariage polygamique n'est pas une institution plus proche de notre conception du mariage que ne l'est le partenariat homosexuel, qu'il s'agit de deux réponses différentes à la même question, celle de l'union des sexes¹⁶⁹¹. A l'appui de l'extension du rapport de base de l'art. 45 LDIP, l'on pourrait relever que si les mariages polygamiques donnent certes naissance à de véritables cellules familiales formées par le mari polygame, ses épouses et leurs enfants, un mariage célébré à l'étranger entre des conjoints hétérosexuels ne souhaitant (ou ne pouvant) pas avoir d'enfants ne perd pas la qualité de mariage au sens de l'art. 45 LDIP de ce seul fait. En outre, il n'est pas exclu que des législations étrangères autorisent des partenaires homosexuels à adopter des enfants¹⁶⁹² ou leur permettent d'établir des liens de filiation avec des enfants conçus par les

¹⁶⁸⁸ En Allemagne, les opinions sont contrastées: voir p. ex. Erik JAYME, *Dänisches Partnerschaftsgesetz und Internationales Privatrecht*, IPRax 1990, p. 197, propose, sans autre précision, d'appliquer par analogie l'art. 13 EGBGB (soumettant la conclusion du mariage à la loi nationale de chaque époux), dès lors que ces unions ne produisent pas uniquement des effets patrimoniaux; selon WACKE, *op. cit.* (note 1664), p. 347, ces unions ne seront pas reconnues en Allemagne lorsqu'elles concernent des ressortissants allemands; VON BAR, IPR II, N° 139, note 210, suggère d'appliquer les principes régissant la reconnaissance des unions libres; l'existence d'un partenariat enregistré n'empêcherait pas un Allemand de se marier en Allemagne.

¹⁶⁸⁹ *Supra*, N° 683.

¹⁶⁹⁰ Cf. p. ex. LOUSSOUARN/BOUREL, N° 192; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 417; MAYER, N° 160-162; BUCHER, DIP I/2, N° 637.

¹⁶⁹¹ Voir également, comme ancien exemple d'extension, l'opinion du DFJP, 31 mars 1925, FF 1925 II 152 (156), RCDIP 1925, p. 584, jugeant que les unions de Suisses avec des Japonaises « de classe inférieure », mariages limités, selon l'usage, à la durée du séjour de l'étranger au Japon, auraient valeur de mariages malgré leur caractère temporaire au Japon.

¹⁶⁹² Voir *infra*, N° 927.

voies de l'insémination artificielle, donnant naissance à de véritables cellules familiales.

723. 2° *Arguments pour l'application analogique de l'art. 45 LDIP.* Subsidiairement, si l'on refuse de procéder à l'extension de la catégorie de rattachement de l'art. 45 LDIP, en soulignant que le législateur n'a certainement pas envisagé les unions homosexuelles, au contraire des unions polygamiques, en adoptant l'art. 45 LDIP, la loi présente une lacune qu'il convient de combler en créant des règles par la voie prétorienne (art. 1 al. 2 CC). En premier lieu, nous pensons qu'il n'est pas judicieux de se référer aux règles proposées pour le concubinage, lorsque le partenariat fait l'objet d'un enregistrement à l'étranger et qu'il est régi par la plupart des règles applicables aux conjoints mariés. Il est peu conforme à la réalité de vouloir nier la nature institutionnelle du partenariat homosexuel, tel qu'il est prévu dans les législations le connaissant. En second lieu, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'exiger, comme à l'art. 50 LDIP, que les partenaires résident habituellement ou soient domiciliés dans l'Etat d'enregistrement comme le propose I. SCHWANDER, ceci probablement dans le but d'éviter tout *forum shopping*. Si l'on estime que l'art. 45 LDIP ne peut s'appliquer directement, par simple extension de la catégorie de rattachement, il nous semble que l'application de cette disposition par analogie est défendable car elle fournit une solution satisfaisante. Nous pensons que l'application par analogie de l'art. 45 LDIP se justifie par l'étroite parenté existant entre le partenariat et le mariage dans les lois qui connaissent les deux institutions; les législateurs de ces pays entendaient assurer le même traitement aux couples homosexuels qui font enregistrer leur partenariat qu'aux couples hétérosexuels qui désirent se marier. Il nous paraît soutenable de traiter cette institution de façon identique au mariage dans le cadre de la détermination de la règle de compétence indirecte, en laissant la réserve d'ordre public jouer son rôle de gardienne des valeurs de notre société au stade de la reconnaissance. De surcroît, la cautèle de l'art. 45 al. 2 LDIP présenterait l'avantage d'offrir une base expresse à la sanction de certaines fraudes. Nous avons certes observé¹⁶⁹³ que ce texte visait les causes absolues d'annulation. Or, selon la doctrine dominante, le mariage célébré en Suisse entre des personnes du même sexe est inexistant et radicalement nul et non simplement annulable. Il nous paraît cependant envisageable d'appliquer l'art. 45 al. 2 LDIP par analogie à cette situation. Un partenariat serait ainsi en principe reconnu en Suisse, à moins qu'il n'ait été enregistré à l'étranger par des partenaires suisses ou ayant leur domicile en Suisse à seule fin de créer un statut qui n'existe pas dans notre pays. Ne serait ainsi pas reconnu en Suisse le partenariat unissant des intéressés liés de façon prépondérante à la Suisse. Lorsque l'union est reconnue en Suisse,

¹⁶⁹³ *Supra*, N° 576.

l'art. 65 LDIP, appliqué par analogie, régira la reconnaissance d'une décision de dissolution prononcée à l'étranger.

724. 3° *Intervention de la réserve (art. 27 LDIP)*. Lorsque les conditions de l'art. 45 al. 1 LDIP, appliqué directement ou par analogie, sont réunies et que l'enregistrement n'est pas frauduleux, la réserve d'ordre public pourrait néanmoins faire obstacle à la reconnaissance d'un partenariat; il y aurait lieu de nuancer l'intervention de la réserve en fonction de l'intensité des liens que la cause entretient avec la Suisse et de l'effet particulier que le partenariat serait appelé à y déployer. Ainsi, la mise en balance de liens étroits, durant une période relativement longue, avec un Etat sur le territoire duquel le partenariat est reconnu d'une part et de l'absence de liens entre les intéressés et l'Etat de la reconnaissance durant la même période d'autre part, pourrait affaiblir la réaction de l'ordre public, en particulier lorsque l'union doit déployer des effets patrimoniaux (entretien, régime patrimonial, successions). Quant aux effets personnels, certains pourraient être admis, par exemple le nom¹⁶⁹⁴, sans que la réserve ne soit appelée à intervenir lorsque les points de contact avec l'Etat de la reconnaissance sont relativement lâches. En d'autres termes, la reconnaissance de certains effets patrimoniaux et personnels découlant du partenariat ne serait pas toujours contraire à l'ordre public. En revanche, la transcription de l'union dans les registres suisses de l'état civil paraît difficilement envisageable du fait qu'il n'existe, pour l'instant, aucun registre adapté à une telle inscription en Suisse¹⁶⁹⁵. La méthode proposée s'apparenterait à celle que nous préconisons en matière de reconnaissance d'unions polygamiques¹⁶⁹⁶.

725. *Illustration 1*. S. et M. sont deux partenaires homosexuelles, domiciliées à Zurich; S. est double nationale syldave et suisse, M. a la nationalité italienne; durant l'été 1995, S. et M. se rendent en Syldavie, pays reconnaissant les partenariats homosexuels, à seule fin de faire inscrire un partenariat. Elles passent l'été en Syldavie et reviennent à leur domicile en Suisse,

¹⁶⁹⁴ Cf., pour le nom, lettre du Préposé du Service de l'état civil et de l'indigénat du canton de Berne à l'auteur, du 16 avril 1998: « *toutefois, si un tel partenariat entraîne le changement de nom de l'un des partenaires, originaire d'une commune bernoise, nous ordonnons la transcription du changement de nom sans qu'il soit renvoyé au motif de ce changement de nom* ». Approuvant cette pratique, Martin JÄGER/Toni SIEGENTHALER, *Das Zivilstandswesen in der Schweiz*, Berne 1998, p. 402; voir également Circulaire du 30 septembre 1998 de l'Office fédéral de l'état civil aux Représentations suisses à l'étranger et aux Autorités cantonales de surveillance in *Manuel de l'état civil pour les représentations suisses*, ch. 311, au sujet des faits d'état civil inconnus du droit suisse, tels que la séparation de mariage du droit brésilien (« *desquite* ») et les partenariats enregistrés: « *sous réserve d'effets sur le nom des intéressés, l'OFEC est d'avis que ces événements ne peuvent être transcrits en Suisse* ».

¹⁶⁹⁵ En ce sens, lettre du Préposé du Service de l'état civil et de l'indigénat du canton de Berne à l'auteur, du 16 avril 1998.

¹⁶⁹⁶ *Supra*, N° 683 ss.

après avoir obtenu l'inscription de leur partenariat dans les registres de l'état civil syldave. S. décède en janvier 1996; par testament olographe de juillet 1995, S. a soumis sa succession à la loi syldave, s'en remettant à l'application de ce droit pour la répartition de la succession et en précisant que sa partenaire devrait recevoir autant que la loi syldave le permet. M. agit en pétition d'hérédité contre les parents de S. qui ont vidé le compte de leur fille en présentant une procuration *post mortem* qu'elle avait rédigée en 1991. M. réclame les 5/8^e de la succession, part légale du partenaire homosexuel selon la loi syldave. Le juge zurichois (art. 86 al. 1 LDIP) constate que le droit syldave est applicable à la question successorale en vertu de la *professio juris* (art. 90 al. 2 LDIP). Le juge examine à titre préalable si le partenariat peut être reconnu en Suisse, dans son effet successoral. Après avoir interrogé M. sur les buts et les circonstances du voyage en Syldavie, le juge parvient à la conclusion que l'opération était frauduleuse; à titre subsidiaire, il est d'avis que la reconnaissance des effets de ce partenariat heurterait de toute façon l'ordre public suisse compte tenu des liens étroits que les intéressées entretenaient avec la Suisse au moment de son enregistrement; il relève en outre que les parties n'ont jamais entretenu de véritable lien avec le seul Etat ayant reconnu ce partenariat, à savoir la Syldavie. Pour tenir compte de la volonté de la défunte, le juge attribue à M. la quotité disponible selon la loi syldave en présence d'un défunt célibataire et non lié par un partenariat, soit la moitié de la succession; l'autre moitié constitue la réserve des parents en vertu du droit syldave.

726. *Illustration 2.* Un ressortissant allemand (A.) et un ressortissant danois (B.) ont fait enregistrer un partenariat au Danemark, en 1990. En 1995, le couple quitte ce pays pour la Suisse; en 1996, A. et B. retournent prendre domicile au Danemark. En 2002, A. décède *ab intestat* en laissant des biens au Danemark et un important portefeuille de titres placé auprès d'une fiduciaire genevoise. Pour la part de la succession située au Danemark, les autorités danoises appliquent la loi danoise du dernier domicile du défunt¹⁶⁹⁷ qui prévoit des prétentions successorales pour le conjoint homosexuel¹⁶⁹⁸. La fiduciaire a toutefois remis à C., mère de A, domiciliée en Suisse, le portefeuille de titres, sur la base d'une procuration *post mortem*. B. saisit les tribunaux genevois d'une action en pétition d'hérédité contre C., réclamant la délivrance des biens situés en Suisse. La compétence des autorités suisses se fonde sur l'art. 88 LDIP, les autorités danoises ne s'occupant pas, par hypothèse, des biens successoraux situés en Suisse. Le juge suisse constate que le droit international privé danois (art. 91 al. 1 LDIP) désigne la loi danoise du dernier domicile du défunt. Le juge estime que la loi danoise ne doit pas être écartée au nom de l'ordre public, dès lors que la cause ne présente que des liens peu étroits avec la Suisse; le domicile d'une année en Suisse ainsi que la présence de biens dans ce pays ne permettent pas d'affirmer que l'ordre social serait troublé. En outre, il estime que le partenariat a déployé des effets durables au Danemark, pays avec lequel les intéressés entretenaient des liens étroits. A noter que la situation serait la même si le partenariat avait été reconnu dans un autre Etat¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹⁷ Sur le droit international privé danois, cf. p. ex. BERGMANN/FERID, V^o Dänemark, 98^e livraison, p. 15.

¹⁶⁹⁸ Cf. NIELSEN, *op. cit.* (note 1664), p. 303-304.

¹⁶⁹⁹ Voir l'exemple parallèle donné par NORRIE (p. 772) pour la Grande-Bretagne, concluant, après avoir constaté que la loi applicable à la liquidation de la succession prévoyait l'attribution de droits successoraux au partenaire homosexuel survivant: « *There is no policy of the Scottish or English court that can be used to prevent this result, for the State has no interest in inhibiting personal relationships through a refusal to countenance succession rights given by a different legal system* ».

727. *Excursus: capacité matrimoniale en Suisse. 1° Introduction.* En Norvège et au Danemark, les partenaires homosexuels enregistrés ne peuvent conclure un autre partenariat ou un mariage tant que le partenariat n'est pas dissous. Doit-on tenir compte de cet empêchement lorsqu'un individu, dont le partenariat homosexuel n'est pas dissous, entend se marier en Suisse ? Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse (art. 44 al. 1 LDIP); celui-ci ne prévoit pas un tel motif d'empêchement. Il n'est pas possible d'assimiler le partenariat au mariage non dissous, qui constitue un empêchement absolu en droit suisse (art. 96 et 105 ch. 1 CC; 101 et 120 ch. 1 aCC). Par conséquent, même si le partenariat conclu par l'un des fiancés remplit les conditions de sa reconnaissance, en particulier qu'il ne heurte pas l'ordre public suisse, le mariage pourra être célébré en Suisse. Cette affirmation appelle deux observations, l'une en rapport avec l'art. 19 LDIP, l'autre liée à l'application de l'art. 43 al. 2 LDIP.

728. *2° Art. 19 LDIP.* En premier lieu, si le mariage célébré en Suisse est soumis à la loi suisse (art. 44 al. 1 LDIP), l'on pourrait imaginer qu'un juge souhaite tenir compte de l'empêchement danois, au titre de disposition impérative du droit non désigné par la règle de conflit, au sens de l'art. 19 LDIP. Ainsi, lorsqu'un ressortissant danois partie à un partenariat non dissous officiellement désire se marier en Suisse avec une Suissesse domiciliée dans ce pays, l'on pourrait soutenir qu'il faut prendre en considération l'empêchement du droit danois au titre de l'art. 19 LDIP si le fiancé n'est que de passage en Suisse et désire retourner au Danemark ou, au contraire, ne pas en tenir compte si le fiancé souhaite s'établir en Suisse, le droit danois n'ayant alors plus d'intérêt légitime et prépondérant à s'appliquer, faute de liens étroits¹⁷⁰⁰. Nous ne pensons pas que cette approche soit la bonne: indépendamment de l'extrême difficulté à poser un pronostic quant à la domiciliation future des intéressés, il nous semble difficile d'affirmer que la prise en considération de l'empêchement danois conduit à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit (art. 19 al. 2 LDIP). Les politiques législatives actuelles du Danemark et de la Suisse en ce domaine ne convergent pas. Or, « *l'Etat du for n'a pas un intérêt prépondérant à favoriser une politique législative contraire à la sienne* » (A. BUCHER)¹⁷⁰¹. L'empêchement du droit danois n'a pas un intérêt à s'appliquer qui serait supérieur à la règle libérale du droit suisse.

¹⁷⁰⁰ Cf., pour l'application de l'art. 19 LDIP dans le contexte d'un mariage bigame, BUCHER, DIP II, N° 350.

¹⁷⁰¹ BUCHER, DIP I/2, N° 567; cf. également DUTOIT, Commentaire, N° 7 ad art. 19 et VISCHER, IPRG Kommentar, N° 21 ad art. 19; KNOEPFLER/SCHWEIZER, N° 397a et *supra*, N° 187.

729. 3° *Art. 43 al. 2 LDIP*. La seconde remarque a trait au mécanisme de l'art. 43 al. 2 LDIP. Les autorités danoises considéreront que le mariage célébré en Suisse par un Danois, déjà lié à un partenariat enregistré au Danemark, est une union bigame et refuseront sans doute de la reconnaître. Il s'agira donc d'un mariage boiteux, l'un des conjoints étant considéré comme valablement marié à une femme ou uni à un homme selon qu'il se trouve en Suisse ou au Danemark ! Si les fiancés ne sont ni Suisses ni domiciliés en Suisse, le mariage ne peut être célébré que s'il est reconnu dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national des fiancés (art. 43 al. 2 LDIP). Cette disposition qui tend à éviter que des mariages soient conclus en Suisse dans le seul but d'éluder des empêchements à mariage existant dans l'Etat de domicile ou de la nationalité des fiancés¹⁷⁰² remplira parfaitement son but dans notre exemple. Dès lors, si la fiancée est également danoise et que les conjoints sont domiciliés au Danemark, l'autorité devra examiner si le mariage sera reconnu au Danemark. Si ce n'est pas le cas, elle devra refuser de donner l'autorisation prévue à l'art. 43 al. 2 LDIP. En revanche, si les fiancés sont domiciliés dans un Etat admettant, comme la Suisse, la validité du mariage, l'autorisation sera accordée. On peut reprocher à un tel système les conséquences pénibles qu'il pourrait entraîner (entretien, effets pécuniaires et successoraux) pour le deuxième conjoint si les parties, domiciliées en Suisse au moment de la célébration, s'établissent par la suite dans un Etat jugeant bigame la seconde union. Il s'agit là d'une conséquence découlant de la règle de compétence directe de l'art. 43 al. 1 LDIP et à laquelle le droit international privé étranger concerné peut seul remédier, en cherchant une solution équitable tenant compte des attentes légitimes des conjoints de la seconde union.

C. Impossibilité de la création d'un partenariat en Suisse

730. *La création d'un partenariat en Suisse est impossible en droit positif*. Des ressortissants étrangers ne peuvent se prévaloir de l'art. 44 al. 2 LDIP pour être autorisés à faire célébrer en Suisse une union homosexuelle en application de la loi nationale de l'un d'eux. La doctrine estime qu'il est impossible de célébrer des unions de personnes de même sexe en Suisse; la référence à l'ordre public suisse lui paraît superflue, dès lors que la célébration du mariage (art. 43 et 44 LDIP) viserait les unions entre personnes de sexe différent¹⁷⁰³. La notion de

¹⁷⁰² Sur cette règle, voir notamment DUTOIT, Commentaire, N° 9 ss ad art. 43 et BUCHER, OIP II, N° 318 ss; l'autorité compétente est l'autorité de surveillance en matière d'état civil dans le canton de l'officier de l'état civil devant lequel la célébration doit avoir lieu, art. 168a OEC.

¹⁷⁰³ SCHWANDER, PJA 1993, p. 1267; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 17 Vorbem. zu Art. 43-65 et N° 8 ad art. 43. En Allemagne, voir OLG Köln, 15 mars 1993, NJW 1993, p. 1997; LG Frankfurt, 22 mars 1993, NJW 1993, p. 1998; BayObLG, 12 mars 1993, NJW

mariage dont il est question à l'art. 44 LDIP devrait être qualifiée au regard du droit suisse (*qualification lege fori*). Si, d'aventure, l'on décidait de procéder à une qualification *lege causae*, au regard du droit national des fiancés, l'ordre public (art. 17 LDIP) ferait obstacle à la célébration¹⁷⁰⁴. Si le Tribunal fédéral était appelé à se pencher sur la question, il est probable qu'il ne permettrait pas la célébration. A notre connaissance, il ne s'est pas encore prononcé.

731. *Notre opinion.* L'inscription constitutive d'un partenariat homosexuel n'est pas possible en Suisse faute de registre adapté à cette fin. Si l'on soutient qu'il faut élargir le concept de mariage dans ce cadre, comme nous le suggérons pour la reconnaissance, la réserve d'ordre public fera obstacle à la conclusion d'un partenariat en Suisse. A l'instar du mariage, le partenariat présente la particularité de dépendre d'un acte créateur, qui suppose la collaboration d'autorités étatiques; en l'état actuel des valeurs prévalant en Suisse, un officier de l'état civil ou toute autre autorité étatique ne peuvent prêter valablement leur concours à la création d'un partenariat. Le lien avec le for que constitue la collaboration d'un organe étatique (ne serait-ce qu'aux fins d'enregistrement) à la consécration d'une relation juridique est sans aucun doute suffisant pour que la réserve intervienne.

732. *Partenariats enregistrés auprès d'une représentation étrangère en Suisse.* Comme pour les unions polygamiques, on peut éprouver quelque hésitation quant à la valeur à attribuer à l'enregistrement d'un partenariat par une représentation diplomatique ou consulaire étrangère en Suisse, conformément à la loi de l'Etat qu'elle représente mais au mépris de la prohibition d'exercice de fonctions d'état civil. Ici également¹⁷⁰⁵, il nous paraît envisageable de reconnaître, de façon exceptionnelle, un partenariat enregistré auprès d'une représentation étrangère en Suisse comme s'il avait été créé à l'étranger, lorsque les relations des intéressés avec la Suisse étaient fortuites au moment de l'enregistrement, que l'union a été localisée de façon prépondérante avec un Etat (Etat d'envoi de la représentation ou Etat tiers) qui l'a reconnue comme parfaitement valable durant une période relativement longue suivant l'enregistrement.

733. *Perspectives d'avenir.* Il est possible que les conceptions évoluent rapidement en Suisse. Si la pratique devait admettre, en droit interne, comme l'a

1993, p. 1996, RSJ 1993, p. 332 et surtout BVerfG, 17 novembre 1992, BVerfGE 87, p. 234 (264), confirmé par BVerfG, 4 octobre 1993, NJW 1993, p. 3058.

¹⁷⁰⁴ SIEHR, IPR Kommentar SPR, réservant l'ordre public au N° 19 ad art. 44.

¹⁷⁰⁵ Cf. les solutions équivalentes *supra*, N° 572, 574, 653 et *infra*, N° 879 et 926.

fait le *Bezirksgericht* de Saint-Gall¹⁷⁰⁶, que l'action en changement de sexe d'un requérant marié est recevable et n'a pas de conséquence sur la validité de ce mariage, des mariages internes uniraient valablement des individus du même sexe; il serait alors plus difficile d'opposer l'ordre public à la reconnaissance de partenariats homosexuels valablement contractés à l'étranger. Le contenu de l'ordre public pourrait enfin être fort différent selon la suite que donnera le législateur au rapport de l'Office fédéral de la justice de juin 1999¹⁷⁰⁷. Dans ce document, l'Office fédéral de la justice présente plusieurs solutions envisageables, dont le contrat de partenariat, le partenariat enregistré et l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Si le législateur introduisait dans la loi une forme de partenariat apparentée à celle qui existe au Danemark, l'ordre public se trouverait transformé, à moins que l'évolution du droit soit en avance sur celle des conceptions de l'ensemble de la population¹⁷⁰⁸. Pour autant que le législateur prévoie l'application d'un droit étranger¹⁷⁰⁹ et la reconnaissance des partenariats contractés à l'étranger¹⁷¹⁰, la réserve continuerait de jouer son rôle sur le fondement de valeurs sociales adaptées. Ainsi, elle pourrait faire obstacle, comme dans le domaine du mariage, à des unions valablement conclues à l'étranger entre de proches parents, entre des partenaires incapables de discernement ou n'ayant pas consenti à l'union.

¹⁷⁰⁶ *Bezirksgericht* SG, 26 novembre 1996, REC 1997, p. 161, cité *supra*, N° 519 et note 1679.

¹⁷⁰⁷ Cité *supra*, note 1663.

¹⁷⁰⁸ Sur ce problème, voir *supra*, N° 254.

¹⁷⁰⁹ Contrairement à la proposition de GEISER, *Partnerschaft*, p. 11 et 13, art. 2, soumettant la création d'un partenariat en Suisse au droit suisse.

¹⁷¹⁰ Voir p. ex. la proposition législative de GEISER, *Partnerschaft*, art. 3.

Chapitre VII: Divorces, divorces privés, répudiations et réserve d'ordre public

1. Généralités

A. Introduction

734. *Délimitation de notre étude.* Après avoir émis quelques remarques générales sur l'intervention de l'ordre public dans le domaine du divorce¹⁷¹¹, nous examinerons de façon relativement détaillée la réaction de la réserve à l'encontre des divorces privés et des répudiations, problématique qui a le mérite d'illustrer plusieurs aspects théoriques traités dans la partie générale.

B. Application du droit étranger (effet direct)

a) En général

735. *La règle de conflit.* La sphère d'intervention de la réserve d'ordre public dans le domaine du divorce est étroitement circonscrite par les règles de conflit déterminantes. En effet, le divorce est régi par le droit suisse (art. 61 al. 1 LDIP)¹⁷¹²; ce n'est que lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et que seul l'un d'eux est domicilié en Suisse, que leur droit national s'applique (art. 61 al. 2 LDIP). Par ailleurs, l'intervention de la clause d'exception (art. 15 al. 1 LDIP) peut conduire à la désignation d'un droit étranger¹⁷¹³. La réserve d'ordre public peut être alors appelée à fonctionner pour évincer un droit étranger qui déploierait des effets incompatibles avec les valeurs de l'ordre juridique suisse; relevons que le domicile de l'un des époux en Suisse, qui conditionne l'application du droit étranger (art. 61 al. 2 LDIP), constituera fréquemment un lien relativement étroit avec le for (*Binnenbeziehung*). La portée du droit étranger est restreinte par le jeu du renvoi en faveur du droit suisse (art. 14 al. 2 LDIP)¹⁷¹⁴. En outre, le juge dont la

¹⁷¹¹ La LF du 26 juin 1998 (RO 1999, p. 1118), révisant profondément le droit de la conclusion du mariage et du divorce, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Afin d'éviter une obsolescence prématurée du présent texte, nous avons pris le parti d'anticiper l'entrée en vigueur de cette révision de quelques mois. Dans le présent chapitre, l'abréviation « CC » signifie qu'il s'agit d'une référence à la teneur du Code civil modifié par la LF du 26 juin 1998; l'abréviation « aCC » correspond à la version antérieure.

¹⁷¹² Il s'agit d'un rattachement à la *lex fori*, voir ATF 118 II 79 (81), W. et DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 61; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 1 ad art. 61; SCHWANDER, Einführung BT, N° 127 et note 3.

¹⁷¹³ Voir notamment SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 61; SCHWANDER, Einführung BT, N° 130.

¹⁷¹⁴ Le divorce est une matière d'état civil au sens de l'art. 14 al. 2 LDIP, seul le renvoi-retour est admis, cf. BUCHER, DIP II, N° 526; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 16 et 17 ad art. 61.

compétence se fonde sur l'origine (art. 60 LDIP) applique le droit suisse (art. 61 al. 4 LDIP), de sorte que la réserve ne peut intervenir. L'intervention de la réserve d'ordre public est également envisageable pour les effets accessoires, lorsque la règle de conflit désigne un droit étranger (art. 63 al. 2 LDIP).

736. *Intervention exceptionnelle de la réserve. Droit plus libéral que le droit suisse (ordre public prohibitif).* Les cas d'intervention de la réserve sont exceptionnels en matière de divorce; il est rare qu'elle intervienne à l'endroit d'une législation ouvrant le divorce plus largement que le droit suisse. De simples différences, même substantielles, entre la *lex causae* et le droit du for ne justifient pas l'éviction de la première. Ainsi, un droit qui serait plus libéral que le droit suisse ne heurte pas de principes d'ordre public¹⁷¹⁵. Largement connu des pays voisins de la Suisse, le divorce par consentement mutuel existait déjà de fait dans notre pays avant l'introduction du divorce sur requête commune dans le Code civil (art. 111 ss CC). Avant l'admission de ce type de divorce en droit positif, il était admis qu'un droit étranger qui se contentait, pour qu'un divorce soit prononcé, du constat que l'union n'était plus viable, sans procéder à des investigations sur les fautes éventuelles des conjoints, ne heurtait pas de principes d'ordre public¹⁷¹⁶. Le principe de l'unité du jugement de divorce ne relève pas de l'ordre public¹⁷¹⁷, pas plus que l'opposition au divorce de l'art. 142 al. 2 aCC¹⁷¹⁸. Le juge examinera l'incidence concrète de l'application de la loi étrangère, en tenant compte de l'ensemble de ses dispositions. Ainsi, il est admis que le droit qui règle l'attribution des enfants en cas de divorce de façon schématique, en fonction de leur sexe, de leur âge, de la religion des parents¹⁷¹⁹, sans tenir compte du bien des enfants, heurte un principe d'ordre public suisse¹⁷²⁰; toutefois, il est parfaitement possible que l'application d'une

Contra, pour le renvoi au deuxième degré: HEINI, IPRG Kommentar, N° 16 et 20 ad art. 14; DUTOIT, Commentaire, N° 5 ad art. 61.

¹⁷¹⁵ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 61; CANDRIAN, p. 185; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 65 (effet indirect).

¹⁷¹⁶ CANDRIAN, p. 160, 185 ss; DUTOIT, L'ordre public, p. 460; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 61; ATF 94 Ib 247, *Boujon*; 109 Ib 238, *dame B*. Dans son Message relatif à la révision du droit du divorce (Message du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1, p. 85), le Conseil fédéral relevait que le divorce par consentement mutuel était déjà largement répandu en Suisse dans les faits, de sorte que le projet «*formalis[ait] la réalité juridico-sociale*». L'on ne saurait dès lors parler d'atteinte au sentiment du droit en Suisse.

¹⁷¹⁷ Voir *infra*, N° 749 en matière d'effet indirect.

¹⁷¹⁸ ATF 103 Ib 69 (73), *Sprecher*; 94 I 235 (247), *Boujon*.

¹⁷¹⁹ Voir p. ex. ALDEEB ABU-SAHLEH, Le droit de famille, p. 183-185 et *idem*, La Suisse, p. 40-41, sur les inégalités frappant la mère non musulmane d'enfants nés d'un père musulman.

¹⁷²⁰ Cf. ATF 86 II 323 (333-334), S.; 96 I 387 (391), *Nowak*; TF, 8 novembre 1976, *Dame C.*, SJ 1977, p. 599 (606); *Obergericht* BL, 11 mars 1975, BJM 1975, p. 240 et ASDI 1976, p. 215; CANDRIAN, p. 159; DUTOIT, L'ordre public, p. 458.

loi attribuant l'autorité parentale à l'un des parents sur la base d'un critère heurtant en soi des valeurs essentielles du for (p. ex. attribution au père si la mère est de confession chrétienne) ne heurte pas l'ordre public parce qu'elle conduit, dans le cas d'espèce, à un résultat concret parfaitement compatible avec le bien des enfants (p. ex. si la disponibilité et l'aptitude éducative du père sont manifestement plus importantes que celles de la mère)¹⁷²¹.

737. *Importance des liens avec le for.* L'appréciation du juge ne sera pas forcément identique selon que seul l'un des conjoints est domicilié en Suisse depuis peu de temps (une année au moins s'il s'agit du demandeur, en vertu de l'art. 59 lit. b LDIP), le domicile commun des époux étant fixé durant longtemps dans leur Etat national commun, ou que les époux ont eu un domicile commun dans l'Etat du for durant plusieurs années avant que l'un d'eux ne quitte la Suisse, que l'un des conjoints y réside avec la ferme intention d'y rester, que les enfants du couple y grandissent, etc. Le juge devra mesurer l'intervention de la réserve à l'aune du trouble subi par l'ordre social du for, compte tenu des liens que les intéressés entretiennent avec celui-ci.

b) L'art. 61 al. 3 LDIP et l'ordre public « permissif » en matière de divorce

738. *Sens de l'expression d'ordre public « permissif ».* Par l'expression d'ordre public permissif, nous entendons les cas dans lesquels la réserve intervient pour parer à la sévérité d'une loi, qui de façon incompatible avec l'ordre public, ne permet pas le divorce ou la séparation de corps ou la rend tellement difficile que l'ordre public suisse est heurté.

739. *L'art. 61 al. 3 LDIP: clause spéciale d'ordre public.* La loi a prévu une règle spéciale, l'art. 61 al. 3 LDIP, qui concrétise l'ordre public permissif en matière de divorce. Aux termes de cette disposition, lorsque le droit national commun des époux ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des

¹⁷²¹ Voir l'avis de l'ISDC du 13 novembre 1986, cité par ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 43 et *idem*, *La Suisse*, p. 44: divorce entre un Algérien musulman et une Suisse chrétienne; dès lors que le mariage avait été célébré au Maroc devant une autorité musulmane, que la mère avait été avertie et avait accepté les devoirs découlant d'un tel mariage en matière d'éducation religieuse, que les enfants portaient un nom musulman et avaient gardé leur nationalité algérienne, l'ISDC se prononça en faveur de l'attribution des enfants au père, mais précisa que l'accord des conjoints ne serait pris en considération par le juge que si la solution était conforme aux intérêts des enfants.

époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse. Il s'agit d'une clause spéciale d'ordre public¹⁷²².

740. *Cas d'application de cette disposition.* Cette disposition interviendra lorsque le droit national commun prohibe le divorce¹⁷²³ ou le soumet à des conditions extraordinairement sévères. On peut songer au droit qui prévoirait des peines civiles importantes, des interdictions de remariage de longue durée, qui imposerait une séparation de fait durant de nombreuses années avant le prononcé¹⁷²⁴, qui soumettrait le divorce à des motifs particulièrement graves¹⁷²⁵, qui prévoirait des règles de preuve exagérément strictes¹⁷²⁶ ou des règles particulièrement sévères quant à la recevabilité de l'action¹⁷²⁷, etc. En utilisant l'expression de « conditions extraordinairement sévères », le législateur a conféré une large marge d'appréciation au juge. Une partie de la doctrine soutient que le droit suisse peut s'appliquer même si la *lex causae*, sans être extraordinairement sévère, ne permettrait pas le prononcé d'un divorce en l'espèce¹⁷²⁸. Comme le relève B. DUTOIT, cette opinion ne trouve pas appui dans le texte clair de la loi; il aurait fallu, si le législateur en avait voulu ainsi, faire l'économie de l'art. 61 al. 3 LDIP et ajouter à l'art. 61 al. 2 « leur droit

¹⁷²² SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 61; VISCHER, IPRG Kommentar, N° 25 ad art. 17; CANDRIAN, p. 159; SCHWANDER, Familienrecht, p. 733; *idem*, Einführung AT, N° 491; LEVIN, p. 133. Une technique comparable a été utilisée par le législateur allemand à l'art. 17 al. 2 EGBGB.

¹⁷²³ Hypothèse de moins en moins fréquente. On peut citer Malte, les Philippines et le Vatican (cf. SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 61), les catholiques en Egypte (ALDEEB ABU SAHLIEH, Le droit international privé, p. 40).

¹⁷²⁴ En ce sens, SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 61; voir un exemple d'interprétation extensive: *Obergericht* LU, 16 janvier 1995, SJZ 1997, p. 285, RSDIE 1998, p. 254: application de la *lex fori* au lieu du droit italien de la nationalité commune, dès lors que la *lex causae* (italienne) exigeait une décision judiciaire de séparation et trois ans de séparation: « Ihre Scheidung wäre damit mit ausserordentlich strengen Bedingungen in bezug auf Wartefristen verbunden, was mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung in der Schweiz nicht zu vereinbaren ist, zumal nach Auffassung beider Parteien sowie des Gerichts die Ehe hoffnungslos zerrütet ist ».

¹⁷²⁵ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 61, cite le cas du droit qui prévoirait l'adultère comme seul motif de divorce.

¹⁷²⁶ VDLKEN, IPRG Kommentar, N° 7 ad art. 61.

¹⁷²⁷ Voir p. ex. *Obergericht* BL, 20 mai 1997, BJM 1998, p. 206: époux suisses vivant en Italie; demande déclarée irrecevable en Italie au motif que le demandeur n'était pas en mesure de déposer un certificat de mariage de l'officier de l'état civil de son domicile, quand bien même le mariage avait été célébré en Suisse.

¹⁷²⁸ Voir p. ex. BUCHER, DIP II, N° 527: « L'on aboutit ainsi à l'application du droit suisse (par hypothèse favorable au divorce dans le cas particulier) chaque fois que le droit national étranger ne permet pas le divorce et que la condition d'un lien suffisant avec la Suisse est remplie »; voir également BUCHER, RSDIE 1998, p. 256.

national commun est applicable s'il est moins sévère que le droit suisse »¹⁷²⁹. Si le droit étranger n'est pas extraordinairement sévère, même s'il ne permet pas en l'espèce le divorce alors que le droit suisse le permettrait¹⁷³⁰, le divorce ne pourra être prononcé.

741. *Conséquences de l'intervention de la clause spéciale. Liens avec la Suisse.* La clause spéciale insérée à l'art. 61 al. 3 LDIP se distingue clairement de la réserve de l'art. 17 LDIP: en premier lieu l'art. 61 al. 3 LDIP détermine directement les conséquences de l'éviction du droit étranger, en disposant que le droit suisse s'appliquera. En second lieu, l'art. 61 al. 3 LDIP précise la nature et l'intensité des liens qui sont nécessaires pour que cette disposition puisse intervenir et conditionner l'intervention de la réserve: il s'agit nécessairement de la nationalité suisse de l'un des conjoints ou de la résidence en Suisse depuis deux ans. La *Binnenbeziehung* est fixée dans la loi, sans laisser de marge de manœuvre à l'interprète. Le Message du Conseil fédéral précise la *ratio legis* de cette condition: selon celui-ci, « les époux qui ont des liens assez sérieux avec la Suisse ne doivent pas pâtir d'un droit hostile au divorce »¹⁷³¹.

742. *Rapport avec l'art. 17 LDIP.* Si la clause spéciale de l'art. 61 al. 3 LDIP n'avait pas été inscrite dans la loi, le juge aurait pu faire intervenir, dans les mêmes situations, la réserve d'ordre public de l'art. 17 LDIP¹⁷³². L'art. 61 al. 3 LDIP constitue une forme de concrétisation de la réserve d'ordre public dans un domaine particulier du droit. Les rapports qu'entretiennent la clause spéciale et la réserve générale de l'art. 17 LDIP sont complexes. On pourrait soutenir que, sauf à négliger la systématique de la loi, la réserve de l'art. 17 LDIP ne doit pas intervenir pour assouplir les conditions prévues à l'art. 61 al. 3 LDIP¹⁷³³, si bien que dans certains cas, l'application du droit national commun des époux plus sévère que la loi suisse, conduira inévitablement au rejet d'une demande en

¹⁷²⁹ DUTDIT, Commentaire, N° 8 ad art. 61.

¹⁷³⁰ Sous l'ancien droit, voir la décision dépassée de l'*Obergericht* ZH, 25 juin 1941, ZR 1944, N° 166, p. 246: refus d'appliquer, au nom de l'ordre public, le droit français prévoyant que l'adultère est périmé, alors qu'il ne l'est pas selon la loi suisse.

¹⁷³¹ Message, ch. 235.3.

¹⁷³² Cf. sous l'ancien droit: Tribunal de district d'Arbon/TG, 14 juillet 1958, cité dans la décision du Conseil d'Etat TG, 17 février 1959, ASDI 1959, p. 319; cf. également Conseil d'Etat ZH, 16 octobre 1952, RSJ 1952, p. 376; DUTOIT, L'ordre public, p. 458, au sujet de l'ancien droit du Liechtenstein prohibant le divorce entre catholiques. En droit international privé comparé, voir notamment l'arrêt français *Patiño* (Cass. fr., 15 mai 1963, RCDIP 1964, p. 532 et *supra*, N° 393) prononçant, au nom de l'ordre public, la séparation de corps d'époux dont le statut personnel n'admettait ni le divorce ni la séparation de corps.

¹⁷³³ BUCHER, DIP II, N° 528.

divorce¹⁷³⁴. Certes, au stade antérieur de la détermination du droit applicable, le principe de proximité pourrait déclencher l'intervention de la clause d'exception désignant le droit suisse¹⁷³⁵; l'art. 15 LDIP intervient cependant en dehors de tout examen du contenu des lois en présence. A nos yeux, la réserve de l'art. 17 LDIP ne perd pas toute portée en matière de divorce. Lorsque les conditions de proximité de l'art. 61 al. 3 LDIP ne sont pas réunies, mais que l'atteinte aux valeurs du for est particulièrement grave, il est possible que la réserve de l'art. 17 LDIP intervienne en dernier recours¹⁷³⁶. Ainsi, même lorsqu'aucun des époux n'est Suisse et ne réside en Suisse depuis deux ans, le juge pourrait écarter la loi ne connaissant pas le divorce ou instaurant des causes de divorce discriminatoires, fondées sur le sexe, la religion ou l'appartenance ethnique des conjoints¹⁷³⁷; ainsi, si le juge estime qu'il en va d'un principe d'ordre public, la réserve pourrait faire obstacle à l'application du droit ouvrant le divorce en cas d'impossibilité de procréer de l'un des conjoints¹⁷³⁸. Lorsque l'art. 17 LDIP intervient, tant la *Binnenbeziehung* que les conséquences de l'intervention seront différentes de celles prévues à l'art. 61 al. 3 LDIP. Le juge doit conserver un moyen de protéger la société du for d'une atteinte au noyau dur de son ordre public, lorsque les liens de la cause ne sont

¹⁷³⁴ En droit allemand, voir SPICKHOFF, p. 248, au sujet de l'art. 17 al. 1, 2^e phrase EGBGB: « *Hieraus ist der Schluss gezogen worden, auch in allen anderen Fällen schwerer oder fehlender Scheidbarkeit sei ein Rückgriff auf Art. 6 EGBGB unzulässig, da der Gesetzgeber die erforderliche Inlandsbeziehung in Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB abschliessend festgelegt habe* ».

¹⁷³⁵ Voir p. ex. ATF 118 II 79, W.

¹⁷³⁶ Voir le raisonnement suivi par le *Gerichtspräsident des Gerichtskreises VII Konolfingen/BE*, arrêt non publié, 15 octobre 1997, faisant intervenir l'art. 17 LDIP pour écarter le droit du divorce d'un pays du Moyen-Orient dont les conditions étaient sévères: l'épouse demanderesse, réfugiée en Suisse avec ses enfants, ne pouvait obtenir le divorce, son action étant périmée en vertu de son droit national, dès lors qu'elle n'avait pas exigé immédiatement de son mari, qui ne contribuait plus à l'entretien du ménage, qu'il la répudie. En outre, elle ne pouvait demander à son époux de la répudier, ignorant son domicile. En l'espèce, on peut hésiter à considérer l'atteinte à l'ordre public comme suffisamment grave pour faire intervenir l'art. 17 LDIP; dans la négative, il convenait d'appliquer l'art. 61 al. 3 LDIP et de constater que la condition de résidence en Suisse n'était pas encore remplie.

¹⁷³⁷ En ce sens, DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 61; SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 20 ad art. 61: « *Die räumlich-persönlichen Voraussetzungen des Abs. 3 sind keine Mindestvoraussetzungen für eine erhebliche Inlandsbeziehung; denn je stärker gegen den Ordre public verstossen wird, desto geringere Anforderungen werden an die Binnenbeziehung des Sachverhalts gestellt. Wird z. B. einem Ehegatten die Scheidungsklage wegen seines Geschlechts, seiner Religionszugehörigkeit oder Rasse versagt, so ist eine solche Diskriminierung auch bei minimaler Binnenbeziehung nicht zu tolerieren* »; SCHWANDER, Einführung BT, N° 131 *Lf.* et *idem*, Diskriminierungsverbot, p. 1407; LEVIN, p. 144 ss, au sujet du droit israélien juïque du divorce qui discrimine parfois la femme, notamment en prévoyant des motifs de divorce asymétriques; voir également BUCHER, DIP II, N° 528.

¹⁷³⁸ En ce sens BUCHER, DIP II, N° 528.

pas aussi étroits que ceux qu'énonce la clause spéciale ou qu'ils sont simplement différents. Il est en effet possible qu'une cause entretienne avec la Suisse des liens suffisamment étroits (p. ex. long domicile antérieur en Suisse) pour que la réserve doive intervenir, alors qu'aucun des époux n'est suisse et qu'aucun d'eux ne réside en Suisse depuis deux ans.

743. *Illustration. Introduction.* Bernadette, ressortissante du Sultanat de Belomar, domiciliée en Italie, séparée de son mari depuis un an, ouvre action en divorce au domicile en Suisse de son mari, Jacques, également ressortissant de Belomar, qui n'est établi en Suisse que depuis trois mois, avec les enfants. Jacques s'oppose au divorce. Bernadette estime que les infidélités répétées de Jacques ont ruiné leur union. Bernadette a déposé une demande de permis de séjour en Suisse, où elle a trouvé un emploi. Les autorités du domicile en Suisse du mari sont compétentes (art. 59 lit. a LDIP). La loi du Sultanat s'applique.

744. *Variante 1.* La loi du Sultanat conditionne le prononcé d'un divorce à une séparation de fait de 15 ans; le juge suisse est d'avis que ce droit est excessivement sévère au sens de l'art. 61 al. 3 LDIP. Il rejette cependant la demande, dès lors que les parties ne remplissent pas les conditions de rattachement prévues par ce texte. A ses yeux, la réserve de l'art. 17 LDIP n'a pas vocation à intervenir, l'ordre public ne lui paraissant pas véritablement heurté par une règle empêchant le divorce dans le cas d'espèce, les époux étant séparés depuis un an seulement. Dans un *obiter dictum*, le juge précise qu'il aurait toutefois fait intervenir l'art. 17 LDIP si les époux avaient été séparés depuis plus de 10 ans.

745. *Variante 2.* La loi du Sultanat prévoit que l'infidélité conjugale peut être invoquée comme cause de divorce par le mari seulement; en outre, l'adultère de l'épouse conduit impérativement au prononcé d'un divorce. Les conditions de proximité prévues à l'art. 61 al. 3 LDIP ne sont pas réunies. Au vu de l'importance du principe fondamental de l'égalité, le juge estime que les liens avec le for (domicile du mari, résidence des enfants, demande d'autorisation de séjour et domicile projeté en Suisse de l'épouse) sont suffisants pour que la réserve de l'art. 17 LDIP intervienne. Il est d'avis que la *lex causae* doit être adaptée, jugeant cette solution en l'espèce préférable à l'application de la loi du for, qui n'est guère soutenue par les liens de la cause avec la Suisse; le juge adapte la loi du Sultanat, en jugeant que l'épouse pourra se prévaloir de l'infidélité conjugale de son mari.

C. Reconnaissance et exécution (effet indirect)

746. *Règles de compétence indirecte.* Nous n'examinerons pas les règles de compétence indirecte de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, des conventions bilatérales applicables en la matière¹⁷³⁹ et de l'art. 65 LDIP. Quel que soit le texte sur lequel se fonde la reconnaissance ou l'exécution de la décision, l'ordre public matériel ou formel peut intervenir (art. 8 et 10 de la Convention de La Haye, art. 27 LDIP).

¹⁷³⁹ Voir p. ex., SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 23 ss ad art. 65; CANDRIAN, p. 285 ss.

747. *Violation de l'ordre public formel. 1° Généralités.* Une violation de l'ordre public formel pourrait être retenue lorsque l'un des conjoints n'a pas été invité à participer à la procédure de dissolution de l'union conjugale (art. 27 al. 2 lit. a LDIP), lorsque la partie n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses moyens ou que, de toute autre manière, la décision a été rendue en violation de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse de la procédure (art. 27 al. 2 lit. b LDIP)¹⁷⁴⁰. Le principe de l'interprétation restrictive de l'ordre public s'applique bien évidemment ici également. Nous pouvons citer quelques exemples tirés de la jurisprudence: ainsi, un jugement de divorce rendu en procédure sommaire, sans que l'adverse partie ne soit citée préalablement ne sera pas reconnu¹⁷⁴¹, de même que le jugement étranger dont l'auteur n'a pas suivi la maxime d'office en matière d'attribution des enfants, de fixation du droit de visite et de calcul des prestations d'entretien¹⁷⁴² et dont la reconnaissance aboutirait à un résultat choquant, tout comme le jugement rendu à l'encontre d'une partie qui ignorait tout de la procédure¹⁷⁴³. L'art. 27 al. 2 lit. c

¹⁷⁴⁰ Sur le jeu de l'art. 32 al. 3 LDIP, voir *Direktion des Innern* ZH, décision non publiée du 4 février 1997: divorce prononcé par le Tribunal de Téhéran, transcription (art. 32 LDIP) admise, l'autorité de surveillance considérant que l'épouse a été, en dépit de ses dires, valablement représentée dans la procédure en Iran; le Tribunal fédéral (arrêt non publié, 10 juillet 1997, 5A.6/1997/min) a cassé cette décision, en raison de la violation du droit d'être entendu de l'épouse dans la procédure de transcription, et renvoyé la cause pour nouvelle décision à la *Direktion des Innern*.

¹⁷⁴¹ *Bezirksgericht Kulm/AG*, décision non publiée du 1^{er} novembre 1996: examen à titre préalable de la reconnaissance d'un jugement de divorce serbe opposé à une demande de mesures protectrices de l'union conjugale; refus au nom de l'art. 27 al. 2 lit. a LDIP; Tribunal du district de Vevey, jugement non publié du 21 août 1995: rejet d'une demande d'*exequatur* d'un jugement iranien rendu par défaut; refus au nom de l'art. 27 al. 2 lit. a, citation par voie édictale alors qu'à l'époque la demanderesse « habitait à Montreux avec son mari, de sorte que ce dernier connaissait son adresse » (!); *Zivilstandsamt Samen/OW*, décision non publiée du 17 janvier 1997: refus d'octroi d'une autorisation de célébrer le mariage; divorce yougoslave; art. 27 al. 2 lit. a LDIP; *Kantonsgeschäftspräsident OW*, décision non publiée du 22 avril 1997; *AmtG Nidau/BE*, jugement non publié du 25 janvier 1996 (jugement macédonien, art. 27 al. 2 lit. a LDIP).

¹⁷⁴² Tribunal fédéral, 24 novembre 1992, ZR 1994, N° 10, p. 58-59, (cassant *Obergericht* ZH, 7 juillet 1992, ZR 1994, N° 10, p. 54-58): refus de reconnaissance d'un jugement de divorce yougoslave, au motif que le tribunal de seconde instance n'a pas examiné d'office l'importante dévaluation de la monnaie yougoslave (par rapport à la monnaie suisse, les enfants étant domiciliés en Suisse) depuis le prononcé du jugement de première instance.

¹⁷⁴³ Tribunal civil du district de Neuchâtel, décision non publiée du 19 janvier 1992: examen à titre préalable d'un jugement de divorce nicaraguayen, opposé à une demande en divorce; reconnaissance refusée au nom de l'art. 27 al. 2 lit. a, b et c LDIP; *Bezirksgericht Liestal/BL*, décision non publiée du 29 janvier 1997: refus de reconnaître à titre préalable un jugement de divorce yougoslave rendu à l'encontre d'une épouse domiciliée en Suisse, non citée et représentée par un mandataire d'office provisoire qu'elle ne connaît pas et à qui elle n'a pas donné d'instructions.

LDIP fera enfin obstacle à la reconnaissance du jugement rendu alors que la cause a déjà été jugée en Suisse, qu'elle y a été introduite précédemment¹⁷⁴⁴ ou qu'elle a été introduite précédemment à l'étranger et que la décision à intervenir remplit les conditions de sa reconnaissance.

748. 2° *Pas d'intervention d'office. Liens avec la Suisse.* Rappelons qu'en dehors du cadre conventionnel le motif de refus découlant de la violation de l'ordre public formel ne sera retenu que s'il est soulevé par l'une des parties¹⁷⁴⁵; en d'autres termes, même si le divorce ne relève traditionnellement pas de la libre disposition des parties, celles-ci peuvent obtenir la reconnaissance d'une décision contraire à la conception de l'ordre public formel suisse, à titre principal ou préalable (p. ex. devant l'officier de l'état civil, à l'occasion de la célébration d'une seconde union en Suisse), si elles s'entendent pour ne pas soulever ce moyen¹⁷⁴⁶. En second lieu, il convient de souligner que les exigences de l'ordre public procédural devront être relativisées en fonction de l'intensité relative des liens que les parties entretenaient avec le for au moment du prononcé et lorsque l'autorité se prononce sur la reconnaissance du jugement; l'écoulement du temps depuis le prononcé est un facteur qui pourrait également atténuer la réaction de l'ordre public. Dans certains cas, un vice de procédure manifeste ne fera pas obstacle à la reconnaissance du jugement de divorce en Suisse, en particulier lorsque les parties ont vécu longtemps dans des Etats qui l'ont reconnu, qu'elles se sont fondées sur l'efficacité dont il était pourvu à l'étranger (remariage, nom, paiement de pensions, etc.). Il n'en ira pas de même si le jugement de divorce a été prononcé dans l'Etat national des époux à une époque où ceux-ci étaient domiciliés en Suisse avec leurs enfants et qu'ils n'ont pas changé de domicile par la suite; si l'un des conjoints s'oppose à

¹⁷⁴⁴ *Obergericht* ZH, décision non publiée du 20 novembre 1992. Il faut toutefois réserver le droit conventionnel, en particulier la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970: voir, en ce sens, Tribunal du district de Cossonay/VD, jugement sur incident, du 28 août 1996, non publié: demanderesse de nationalité portugaise ouvrant action en divorce en Suisse, le 11 août 1993, contre son mari, Portugais également, puis déposant une seconde demande devant un tribunal portugais le 5 septembre 1993; le tribunal portugais prononce le divorce alors que l'action est encore pendante en Suisse; le Tribunal de Cossonay constate que la procédure ouverte en Suisse n'a plus d'objet, au motif qu'il faut « déduire de l'article 9 [de la Convention] que seule une décision de fond antérieure peut faire obstacle à la reconnaissance. A contrario, le seul fait qu'un procès est pendant sur le même objet n'autorise pas à refuser cette reconnaissance ».

¹⁷⁴⁵ Expressément, pour le divorce, SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 65 et *Direktion des Innern* ZG, décision non publiée du 21 novembre 1996, p. 6, ch. 4 (voir *supra*, N° 233); voir également Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 10 juin 1993, au sujet d'un divorce coutumier ghanéen, cité *supra* N° 233. Voir également, sur l'art. 27 al. 2 LDIP, *supra*, N° 151 ss.

¹⁷⁴⁶ Sur l'articulation des art. 27 al. 2 et 32 al. 3 LDIP, voir *supra*, N° 232-233.

la reconnaissance en établissant qu'il n'a jamais été cité (art. 27 al. 2 lit. a LDIP), l'écoulement du temps depuis le prononcé et sa reconnaissance éventuelle par l'un ou des Etats avec lesquels les parties n'entretiennent que des liens relativement lâches ne suffiront pas à gommer l'intervention de la réserve.

749. *Ordre public matériel.* L'ordre public matériel peut également faire obstacle à la reconnaissance d'une décision étrangère de divorce. Ce moyen sera retenu d'office par l'autorité appelée à statuer sur la reconnaissance du divorce en Suisse. A nouveau, le fait que le tribunal étranger ait prononcé le divorce des époux en des circonstances qui auraient conduit le juge suisse à rejeter la demande s'il avait été saisi, ne justifie pas en soi l'intervention de la réserve¹⁷⁴⁷; un jugement réglant les effets accessoires d'une façon fort différente d'un jugement qui aurait été rendu en Suisse ne heurte pas, par là-même, l'ordre public suisse¹⁷⁴⁸; le jugement de divorce qui ne statue pas sur les effets accessoires est susceptible d'être reconnu en Suisse pour la dissolution du mariage¹⁷⁴⁹. La réserve ne fera obstacle à la reconnaissance d'un divorce

¹⁷⁴⁷ ATF 94 I 245, *Dame Boujon*: « il n'est pas contraire à l'ordre public suisse qu'un tribunal suédois accueille une demande de divorce formée par un conjoint dont l'action avait été rejetée par la juridiction suisse ».

¹⁷⁴⁸ Voir p. ex. Tribunal de première instance GE, décision non publiée du 27 septembre 1996: épouse double nationale suisse et française, mari français; jugement de divorce français attribuant l'autorité parentale conjointe aux deux ex-époux; demande de l'ex-épouse en modification du jugement devant le tribunal de son domicile en Suisse; application du droit suisse (art. 85 LDIP, art. 1 Convention de La Haye du 5 octobre 1961): « Une décision contraire à cette règle [art. 297 al. 3 CC] et prise en application de la loi étrangère ne peut cependant être qualifiée sans autre de contraire à l'ordre public suisse dans la mesure où l'intérêt de l'enfant est sauvegardé ». Voir toutefois AmtG Nidau/BE, jugement non publié du 25 janvier 1996: jugement de divorce macédonien: « Eine Unterhaltsfestsetzung in dieser geringen Höhe ist schweizerischem Rechts- und Sittenempfinden völlig fremd », violation de l'ordre public matériel retenue.

¹⁷⁴⁹ ATF 109 Ib 232 (235, 236), *Dame B.*: « (...) le principe de droit interne suisse de l'unité du jugement de divorce n'est pas une règle relevant de l'ordre public », concernant un jugement allemand prononçant le divorce sans statuer sur une éventuelle pension alimentaire; *Bezirksgericht Gaster/SG*, décision non publiée du 17 décembre 1997, concernant un jugement yougoslave de divorce ne statuant pas sur les effets accessoires: « Diese Zwischenlösung ist zwar nicht optimal, kann aber als "erträglich" bezeichnet werden. Eine Ordre public-Widrigkeit liegt jedenfalls nicht vor » (cette décision n'est pas encore entrée en force); *Direktion des Innern ZG*, décision non publiée du 21 novembre 1996, jugement de divorce turc ne prévoyant pas de contributions d'entretien ni de prestations pour les enfants; transcription ordonnée: « Indessen steht die fehlende Unterhaltsregelung für die Kinder der Anerkennung der Ehescheidung als Statusentscheid nicht entgegen, sondern wäre im Rahmen der Anerkennung der Nebenfolgen der Scheidung oder in einem Ergänzungs-, beziehungsweise Abänderungsverfahren zu beurteilen »; cette décision fut confirmée par le *Verwaltungsgericht ZG*, décision non publiée du 4 décembre 1997, et par le Tribunal fédéral, arrêt non publié du 7 mai 1998, 5A.3/1998/zus, c.3, confirmant le maintien, sous l'empire de

étranger que lorsqu'elle provoquerait une grave atteinte à des principes fondamentaux et à l'ordre social. Elle pourrait intervenir lorsque le jugement de divorce discrimine gravement l'un des conjoints en raison de sa race, de son sexe ou de sa religion. Il en irait ainsi, par exemple, du jugement constatant l'invalidité du mariage pour cause de différence de religion¹⁷⁵⁰, du divorce prononcé en raison de la conversion de l'un des conjoints ou de son appartenance à une ethnie, à un groupe social déterminé. Au stade des effets accessoires, l'intervention de l'ordre public à l'encontre de la partie du jugement étranger qui concerne l'attribution des enfants est envisageable lorsqu'elle conduirait à un résultat manifestement contraire à leur intérêt¹⁷⁵¹; l'autorité de la reconnaissance devra veiller à s'abstenir de toute révision au fond¹⁷⁵². A nouveau, la théorie des liens avec le for doit être appliquée dans sa plénitude, ce qui permettra parfois d'éviter que la prise en compte d'office de ce motif de refus ne conduise à nier certaines attentes légitimes des parties¹⁷⁵³. Le refus de reconnaître un divorce prononcé à l'étranger est une décision grave, dont les conséquences doivent être mesurées attentivement et que l'autorité ne doit pas prendre sans de bonnes raisons.

750. *Illustration 1.* En 1970, A. et B. se marient en Syldavie, leur Etat national. En 1980, B. abjure sa foi et se fait admettre au sein de l'Ordre du Grand Temple de la Lumière, ce qui conduit A. à saisir le Tribunal matrimonial de Syldavie d'une demande de divorce fondée sur la disparité de religion. L'art. 47 du code civil syldave prévoit en effet que « tout mariage sera dissous à la requête de l'époux appartenant à l'Eglise officielle de Syldavie si son conjoint se convertit à une autre religion dans les 15 ans dès la conclusion du mariage »¹⁷⁵⁴. Le divorce est prononcé en 1981. En 1986, A. se remarie avec D., dont il a deux enfants en 1987 et 1989. En 1990, B. quitte la Syldavie pour la Suisse où elle prend domicile. En 1991, elle rencontre E., de nationalité suisse avec lequel elle souhaite se marier en Suisse. L'officier de l'état civil examine s'il peut célébrer le mariage aux conditions du droit suisse (art. 44 al. 1 LDIP). Pour faire la preuve qu'elle n'est pas liée par un précédent mariage (art. 96 et 105 ch. 1 CC), B. présente le jugement syldave de 1981 et des extraits du registre de l'état civil syldave. L'officier de l'état civil prend connaissance avec surprise des motifs de ce jugement. Après

la LDIP, de sa jurisprudence précitée. Voir également (effet direct) OLG Bremen, 5 décembre 1996, IPRax 1998, p. 366 (compatibilité à l'ordre public allemand d'une disposition écartant les prétentions d'entretien du conjoint adultère).

¹⁷⁵⁰ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 65

¹⁷⁵¹ Voir la problématique similaire en matière d'adoption, *infra*, N° 913-914.

¹⁷⁵² Le Tribunal fédéral nous semble aller trop loin lorsqu'il interdit tout contrôle de ce type, cf. TF, arrêt non publié du 7 mai 1998 (5A.3/1998/zus): « *Schliesslich ist auf den Vorwurf nicht näher einzugehen, die Regelung trage den Bedürfnissen der Kinder nicht Rechnung, verbietet doch Art. 27 Abs. 3 IPRG eine inhaltliche Überprüfung des anzuerkennenden Entscheids* ».

¹⁷⁵³ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 65.

¹⁷⁵⁴ Pour les conséquences de l'apostasie en droit musulman, voir surtout ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit de famille*, p. 180 ss, avec plusieurs exemples de règles prévoyant la dissolution de l'union en cas de conversion.

mûre réflexion, il décide toutefois de procéder à la publication de la promesse, jugeant que l'ordre public suisse n'est pas heurté: la vie de la requérante a été entièrement localisée en Syldavie durant près de 10 ans après le prononcé du divorce; A. s'y est valablement remarié; c'est la requérante, lésée en première ligne par l'application de la loi syldave, qui demande la reconnaissance de ce jugement; ses attentes légitimes méritent le respect; il lui paraît injuste et disproportionné d'exiger de la requérante qu'elle ouvre action en divorce en Suisse.

751. *Illustration 2.* A. et B., de nationalité syldave, se sont mariés en Syldavie en 1980. En 1984, ils s'installent en Suisse. B. change de religion en 1985; A. ouvre action en divorce devant les tribunaux syldaves, en raison de la disparité de religion des époux; en dépit de l'opposition de B., le divorce est prononcé, puis inscrit dans les registres de l'état civil syldave. En 1987, A. se remarie en Syldavie avec C. dont il a deux jumeaux nés en 1989. En 1990, B., qui est restée en Suisse, rencontre D., citoyen italien domicilié en Suisse. B. et D. se rendent devant l'officier de l'état civil pour faire célébrer leur mariage; B. présente le jugement de divorce syldave. L'officier de l'état civil refuse de procéder à la célébration du mariage, estimant que le divorce de B. ne peut être reconnu en Suisse. Il est d'avis que ce jugement heurte l'ordre public suisse (art. 27 al. 1 LDIP); selon l'officier, l'intensité des liens que les intéressés entretenaient avec la Suisse au moment de l'entrée en force du jugement syldave de même que la relative proximité dans le temps du divorce justifient l'intervention de la réserve d'ordre public. Il observe que B. vivait en Suisse au moment du jugement, qu'elle n'a pas quitté ce pays et ne peut prétendre avoir fondé des attentes légitimes sur la validité de la décision en Syldavie, pays avec lequel elle n'a plus guère de liens. B. devra ouvrir action en divorce en Suisse (art. 59 lit. b LDIP).

2. Divorce consulaire, diplomatique ou ecclésiastique; répudiations et formes privées de dissolution de l'union conjugale

A. Généralités

752. *Problématique. Eléments de droit comparé.* L'art. 65 LDIP concerne les « décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps »¹⁷⁵⁵. Or plusieurs systèmes, en particulier en Afrique et en Asie¹⁷⁵⁶, connaissent des modes privés de dissolution de l'union conjugale. Soit l'intervention d'une autorité étatique n'est pas prévue, soit elle n'est pas indispensable; l'autorité se borne parfois à enregistrer une dissolution conjugale qui est devenue effective de par la déclaration de l'un ou des deux époux¹⁷⁵⁷ (ci-après: divorce privé). Certains

¹⁷⁵⁵ La Convention de La Haye parle de « reconnaissance des divorces et des séparations de corps » (titre, préambule et art. 1^{er}).

¹⁷⁵⁶ Voir p. ex. BERGMANN/FERID, *V° Thaïland*, p. 13: le § 1514 du Code civil de Thaïlande prévoit le divorce par jugement ou purement privé, par consentement mutuel, soumis à la forme écrite, contresignée par deux témoins au moins; l'officier de l'état civil se borne à inscrire le divorce dans les registres. JAMETTI GREINER (*Thailändische Privatscheidungen*, p. 169) note qu'il est impossible de divorcer par consentement mutuel devant un tribunal.

¹⁷⁵⁷ LEVIN, p. 170-171 sur la notion de *Privatscheidung*.

Etats connaissent, au contraire du droit suisse, le divorce diplomatique, consulaire ou ecclésiastique et les considèrent également comme valables lorsqu'ils sont prononcés à l'étranger. La répudiation, connue du droit musulman notamment, permet au mari de mettre fin au mariage, de façon toujours unilatérale, par une simple déclaration; elle peut être définitive ou révocable durant une période limitée, par une nouvelle déclaration du mari¹⁷⁵⁸; la répudiation, qui peut intervenir devant une autorité étatique¹⁷⁵⁹ (ci-après: répudiation) ou non (ci-après: répudiation privée)¹⁷⁶⁰, pose des problèmes particuliers du fait de son caractère unilatéral et inégalitaire. Jugeant que l'interprétation des textes sacrés ne leur permet pas d'aller aussi loin que la Tunisie qui a supprimé la répudiation¹⁷⁶¹, les législateurs de certains pays musulmans ont tenté d'adopter des tempéraments: ainsi, en Syrie et en Irak, la femme peut prétendre à des dommages-intérêts si la répudiation est abusive, alors qu'en Egypte, le mari qui répudie sa femme doit trouver un logement pour celle-ci et pour ses enfants¹⁷⁶². D'autres Etats prévoient une procédure de conciliation judiciaire¹⁷⁶³. Le droit hébraïque connaît la lettre de divorce (« *ghet* »), qui est

¹⁷⁵⁸ ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 62; *idem*, *La dissolution*, p. 631; *idem*, *La Suisse*, p. 24.

¹⁷⁵⁹ C'est le cas de l'Algérie, où elle est judiciaire: l'art. 48 du Code de la famille de 1984 dispose que le divorce intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux, ou à la demande de l'épouse dans les limites des cas prévus aux art. 53 et 54; l'art. 49 précise que tout divorce doit être établi par jugement; cf. BERGMANN/FERID, *V° Algerien*, p. 17-18, 20-21.

¹⁷⁶⁰ Jusqu'en 1993, la *Muddawanna* marocaine connaissait la répudiation sans procédure judiciaire. L'art. 48 prévoyait que la répudiation était déclarée devant deux *Adouls* (notaires); le Code de procédure civile prévoyait l'homologation par un tribunal, sans en faire une condition de validité de la dissolution (art. 179 al. 3 CPC). Le *Dahir* du 10 septembre 1993 modifie cette réglementation: la répudiation n'est enregistrée qu'après autorisation du juge, en la présence simultanée des deux parties. Si l'épouse reçoit la convocation et ne se présente pas, il est passé outre à sa présence au cas où le mari maintient sa décision de la répudier (art. 48); cf. BERGMANN/FERID, *V° Marokko*, p. 29.

¹⁷⁶¹ Le Code de statut personnel prévoit que le divorce est prononcé par un tribunal en cas de consentement mutuel, à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi, ou à la demande du mari ou de la femme (art. 31). Cf. BERGMANN/FERID, *V° Tunesien*, p. 17. A noter qu'en matière d'effet direct, le Tribunal de première instance de Tunis, 19 avril 1977, JDI 1977, p. 652, a refusé d'appliquer, au nom de l'ordre public tunisien, la loi marocaine à la dissolution d'une union entre un Marocain et une Tunisienne, au motif que la *lex causae* permettait le divorce sans recours aux tribunaux et refusait à la partie lésée par un divorce abusif toute indemnité compensatrice; voir également C. Cass. tunisienne, 16 juin 1987, cité et rapporté par GAUDEMET-TALLON, note 285.

¹⁷⁶² GAUDEMET-TALLON, p. 255.

¹⁷⁶³ C'est le cas de l'Algérie et de la Syrie; cf. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit de famille*, p. 172-173; voir également *idem*, *La dissolution*, p. 632; *idem*, *Mélanges CIEC*, p. 95; sur l'évolution du droit musulman dans ce contexte, voir Kilian BÄLZ, *Die « Islamisierung » des*

une forme partiellement privée de dissolution du mariage, la délivrance de la lettre par le tribunal rabbinique dépendant de la seule volonté du mari; le divorce est effectif lorsque le mari a remis le *ghet* à son épouse. Le tribunal peut ordonner au mari d'accepter le divorce; si le mari refuse de demander la délivrance du *ghet*, il peut être condamné à une peine d'emprisonnement, mais les parties resteront mariées jusqu'au moment où le mari remet effectivement l'acte de divorce à sa femme¹⁷⁶⁴. Nous devons examiner la réaction de la réserve d'ordre public à l'égard de ces formes de dissolution de l'union conjugale qui ne sont pas en accord avec la conception suisse du divorce.

B. Application du droit étranger (effet direct)

753. 1^o *Divorces prononcés en Suisse par des autorités diplomatiques, consulaires et ecclésiastiques.* a) *Jurisprudence et doctrine.* Selon la jurisprudence majoritaire, les divorces prononcés par des autorités consulaires ou diplomatiques en Suisse¹⁷⁶⁵ ainsi que les séparations prononcées par des autorités ecclésiastiques en Suisse¹⁷⁶⁶ sont privés d'effets en Suisse. Dans la doctrine, on a soutenu qu'il fallait réserver l'hypothèse dans laquelle de tels actes étaient pourvus d'effets dans l'Etat d'origine des époux; il serait alors possible de prononcer la reconnaissance de ces actes, qui se verraient indirectement pourvus d'effets en Suisse, par le détour de leur intégration dans un ordre juridique étranger, pour reprendre les termes de P. LALIVE¹⁷⁶⁷. Ce qui se verrait alors reconnu en Suisse, ce ne serait pas tant le divorce prononcé par une autorité privée de pouvoirs juridictionnels en Suisse, mais le statut reconnu par l'Etat d'origine des époux. Pour certains auteurs, il faut en tout cas suivre

Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat, *RabelsZ* 1998, p. 454-462.

¹⁷⁶⁴ Voir surtout l'étude fouillée de LEVIN, p. 69 ss et p. 78 ss sur la question controversée de la délivrance forcée du *ghet*. Voir également BERGMANN/FERID, V^o Israël, p. 108 et GAUDEMET-TALLON, p. 248-249. Pour une étude du droit religieux, Emmanuel BULZ, *Le divorce en droit rabbinique dans ses rapports avec le droit laïque moderne*, th. Neuchâtel 1954.

¹⁷⁶⁵ Cf. ATF 110 II 5 (7), H.; Division de la justice, 9 août 1958, JAAC 1958, N^o 42; Office fédéral de la justice, avis non publié, 15 juin 1984: « *Un divorce prononcé à l'Ambassade d'Iran à Berne, devant un des Consuls d'Iran ou des mosquées de notre pays, n'aurait (...) aucune valeur du point de vue du droit international privé suisse* »; l'Office précisait toutefois qu'un tel « *divorce* » étant reconnu en Iran, il n'y avait plus lieu d'exiger du demandeur à l'action en divorce la preuve de l'art. 7h LRDC par rapport à l'Iran; sur cette affaire, voir ALDEEB ABU-SAHLEH, *La dissolution*, p. 635-636, *Mélanges CIEC*, p. 100, *La Suisse*, p. 26, *Le droit international privé*, p. 64; BUCHER, DIP II, N^o 502.

¹⁷⁶⁶ ATF 110 II 5 (7), H.; 106 II 180 (182), D. et O.; Obergericht ZH, 17 avril 1918, ZR 1919, N^o 35; Obergericht ZH, 8 juillet 1975, RSJ 1976, p. 227; Zivilgericht BS, 15 mai 1964, T.L., BJM 1965, p. 297; BUCHER, DIP II, N^o 502.

¹⁷⁶⁷ LALIVE, ASDI 1976, p. 177.

cette opinion lorsque les intéressés ne peuvent être renvoyés à mieux agir dans ce pays, dès lors que celui-ci reconnaît comme pleinement valable l'acte tenu pour nul en Suisse¹⁷⁶⁸; quelques arrêts cantonaux ont statué en ce sens s'agissant de conjoints catholiques espagnols ayant obtenu de « *juridictions* » ecclésiastiques en Suisse des décisions de séparation de corps reconnues en Espagne¹⁷⁶⁹. Dans un avis du 31 mai 1995, cité par S. ALDEEB ABU-SAHLIEH¹⁷⁷⁰, l'Institut suisse de droit comparé s'est référé à l'opinion de P. LALIVE, pour conclure que la dissolution d'un mariage opérée en Suisse devant un imam ne pouvait être reconnue en Suisse, à moins qu'elle ne soit intégrée dans un ordre juridique étranger, par le biais de sa validation par un tribunal ou une autorité étatique musulmane étrangère.

754. *b) Notre opinion.* L'application du droit étranger au sens de l'art. 61 al. 2 LDIP suppose qu'une autorité suisse soit saisie d'une demande en divorce. C'est cette autorité qui sera amenée à appliquer le droit étranger et à dire si celui-ci doit être écarté parce qu'il déploie des effets contraires à l'ordre public suisse. La participation d'une autorité étatique à la dissolution de l'union conjugale est une question de procédure qui est soumise à la loi du for¹⁷⁷¹; or, en Suisse, le divorce et la séparation de corps ont qualité d'actes juridictionnels pour lesquels les tribunaux étatiques sont exclusivement compétents. A l'instar de ce que nous avons exposé dans les sections consacrées au mariage¹⁷⁷², au mariage polygamique¹⁷⁷³ et à l'union entre personnes de même sexe¹⁷⁷⁴, nous sommes d'avis que les divorces prononcés en Suisse par des autorités consulaires, diplomatiques ou religieuses devraient toutefois être reconnus exceptionnellement, lorsqu'il est patent que les liens qu'entretenaient les époux avec la Suisse au moment du prononcé étaient purement accidentels, que les parties ont vécu durant une période relativement longue à partir du prononcé dans des Etats reconnaissant la validité de cette dissolution et qu'un refus de

¹⁷⁶⁸ BUCHER, DIP II, N° 502; LALIVE, ASDI 1976, p. 177; ALDEEB ABU-SAHLIEH, Le droit international privé, p. 64; Division de la justice, 6 janvier 1967, JAAC 1966-67, N° 45, p. 82-83 (action en séparation de corps d'époux espagnols devant une « *juridiction* » ecclésiastique en Suisse).

¹⁷⁶⁹ TC VS. 22 avril 1980, RVJ 1980, p. 333; *Obergericht ZH*, 16 février 1969, RSJ 1969, p. 112.

¹⁷⁷⁰ ISDC, avis non publié du 31 mai 1995, rapporté par ALDEEB ABU-SAHLIEH, La dissolution, p. 636, Mélanges CIEC, p. 101-102, La Suisse, p. 27 (dissolution par consentement mutuel, enregistrée par l'imam d'une mosquée de Genève, du mariage de deux conjoints musulmans étrangers domiciliés en Suisse), sévèrement critiqué par BUCHER in RSDIE 1998, p. 272.

¹⁷⁷¹ En France, voir p. ex. MAYER, N° 592, ALEXANDRE, La protection, p. 127.

¹⁷⁷² *Supra*, N° 572 et 574.

¹⁷⁷³ *Supra*, N° 653.

¹⁷⁷⁴ *Supra*, N° 732; cf. également *infra*, N° 926 pour l'adoption.

reconnaissance se révélerait gravement préjudiciable pour les parties, parce qu'elles ont fondé des attentes légitimes sur la reconnaissance du divorce. On peut songer à des intéressés qui se sont valablement remariés à l'étranger après leur divorce, qui ont eu des enfants avec leurs nouveaux conjoints respectifs. Refuser, de façon absolue, la reconnaissance d'un divorce au motif qu'il a été prononcé en Suisse par un organe qui n'était pas habilité à le faire, alors que les parties résidaient durant une brève période en Suisse au moment du prononcé, pourrait causer d'importants préjudices aux intéressés. Ils subiraient les désagréments liés aux graves incertitudes pesant sur leur situation juridique en Suisse (régime matrimonial, succession, légitimité des enfants des mariages ultérieurs, etc.).

755. 2° Répudiations prononcées devant des tribunaux suisses ?

a) *Jurisprudence et doctrine.* Nous devons examiner si les parties peuvent se prévaloir en Suisse de dispositions du droit de leur nationalité commune qui permettent à l'une des parties ou aux deux de prononcer unilatéralement la dissolution de l'union, sans que la présence d'un motif de dissolution soit contrôlée. Il est admis, et cela paraît tellement évident que la plupart des auteurs ne le précisent pas, qu'une répudiation prononcée sur le territoire suisse ne délie pas les conjoints du lien conjugal, quels que soient leur nationalité et leur domicile¹⁷⁷⁵. Nous observerons que cette conception paraît assez largement admise en droit comparé¹⁷⁷⁶. A notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'est pas directement prononcé sur cette question. La jurisprudence qu'il a rendue en matière de reconnaissance des répudiations prononcées à l'étranger permet toutefois de supposer qu'il ferait intervenir la réserve d'ordre public pour nier la validité des répudiations intervenues en Suisse. Dans un avis de 1958¹⁷⁷⁷, la Division de la justice devait se prononcer sur la validité d'une répudiation prononcée au Consulat d'Iran en Suisse. Elle a estimé en premier lieu qu'aucune représentation ne pouvait prononcer valablement un divorce en Suisse, quel que soit le domicile des époux; en second lieu, la Division considéra que le mode de dissolution consistant dans l'enregistrement d'une déclaration unilatérale du mari « *heurte nos conceptions juridiques à tel point que nous devrions déjà pour des raisons d'ordre public nous opposer à ce qu'un agent diplomatique ou consulaire puisse y procéder valablement en Suisse.* » Tout en admettant qu'un État occidental refuse tout effet à une

¹⁷⁷⁵ MERCIER, p. 78; ALDEEB ABU-SAHLIEH, *La dissolution*, p. 635, *Mélanges CIEC* p. 100, *La Suisse*, p. 26, citant MERCIER; voir Division de la justice, 9 août 1958, JAAC 1958, N° 42, p. 121: « (...) la Suisse dénie à toute autorité autre que l'autorité judiciaire suisse la compétence de prononcer le divorce ».

¹⁷⁷⁶ *Infra* N° 762 pour la France, N° 767 pour la Grande-Bretagne et N° 771 pour l'Allemagne.

¹⁷⁷⁷ Division de la justice, 9 août 1958, JAAC 1958, N° 42, p. 121.

répudiation ou à une autre forme de divorce privé intervenue sur son territoire, pour autant que ce rejet n'équivaille pas à un déni de justice et que la procédure de divorce du *for*, si elle existe, soit accessible aux parties, MERCIER¹⁷⁷⁸ est d'avis que l'on pourrait faire un pas de plus et admettre la reconnaissance des répudiations et des autres formes de divorce privé à condition que le divorce soit autorisé et reconnu par l'Etat dont la loi gouverne le statut personnel des parties et que les droits fondamentaux de chacune des parties ne soient pas lésés.

756. *b) Notre opinion. aa) Généralités.* Il nous paraît difficilement envisageable de reconnaître la validité d'une répudiation prononcée en Suisse, mis à part certains cas exceptionnels. En premier lieu, nous pensons qu'il convient de considérer que les art. 59 à 65 LDIP visent également la dissolution du mariage par la répudiation. Ainsi que nous l'avions souligné pour le mariage polygamique et pour le partenariat homosexuel¹⁷⁷⁹, la défense des valeurs du *for* ne devrait pas intervenir, de façon toute générale et abstraite, au stade de la qualification de l'institution étrangère, mais être réalisée par le seul truchement de la réserve d'ordre public, au regard de l'impact que déploie concrètement la reconnaissance sur l'ordre social du *for*. En deuxième lieu, le caractère unilatéral et inégalitaire de la répudiation heurte avec force des valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse. En troisième lieu, si tant est qu'il faille admettre que ces valeurs ne relèvent pas du noyau dur de l'ordre public, la principale règle de compétence directe (art. 59 LDIP) implique que la cause entretient avec la Suisse des liens relativement étroits; il nous paraît assez difficile d'envisager en droit positif un cas dans lequel la réserve d'ordre public n'interviendrait pas à l'encontre d'une législation ouvrant une possibilité de répudiation offerte de façon inégalitaire à l'une des parties, lorsque le conjoint répudié résiste à l'action et qu'il est domicilié en Suisse. Même si les liens avec la Suisse sont moins étroits lorsqu'un tribunal suisse peut être saisi en dépit de l'absence de domicile dans ce pays, la réserve pourra néanmoins intervenir; si le juge du *for* d'origine est saisi (art. 60 LDIP), le divorce est soumis au droit suisse (art. 61 al. 4 LDIP), ce qui exclut l'application d'une loi étrangère prévoyant la répudiation; lorsque le *for* de nécessité est ouvert, les liens suffisants exigés par l'art. 3 LDIP suffiront dans la plupart des cas à l'intervention de la réserve, au vu de la gravité de l'atteinte; en outre, la

¹⁷⁷⁸ MERCIER, p. 98; même interrogation chez LOUSSOUARN/BOUREL, N° 329, p. 371, citant MERCIER en note 4.

¹⁷⁷⁹ *Supra*, N° 683 pour le mariage polygamique et N° 722 ss pour le partenariat.

répudiation est difficilement compatible avec les considérations d'équité¹⁷⁸⁰ qui justifient l'ouverture du for de nécessité.

757. *bb) Autonomie des parties ? Noyau dur de l'ordre public.* A première vue, l'application d'une loi étrangère permettant la répudiation paraît en revanche théoriquement envisageable lorsqu'elle ne heurte pas, de façon concrète, l'ordre public suisse, lorsque le conjoint répudié accepte la dissolution, ne s'oppose pas à ce que celle-ci résulte d'un acte formellement unilatéral et que l'union est manifestement rompue. On pourrait imaginer deux parties qui souhaiteraient que la répudiation prononcée par le mari selon la loi nationale des conjoints soit enregistrée par le juge suisse. Toutefois, en examinant la question de plus près, on pourrait aisément soutenir que le noyau dur de l'ordre public suisse est heurté, concrètement, de façon suffisamment grave pour que la réserve intervienne par la seule participation d'une autorité étatique suisse à un mode de dissolution gravement choquant, quand bien même la dissolution du mariage ne paraît pas inacceptable en l'espèce. L'ordre social du for, tel qu'il se reflète dans l'opinion publique, pourrait être vivement heurté par la caution que donnerait un juge suisse à des règles choquantes, même si la cause implique une épouse dont le mariage est manifestement vidé de toute consistance, que celle-ci accepte la répudiation et que, dès lors, l'acte litigieux s'apparente fort à un divorce par consentement mutuel. Il est probable que, même dans ces cas, l'ordre public suisse s'accommoderait difficilement de la soumission, certes formelle, de l'une des parties à la volonté de l'autre qu'impliquerait l'application du droit étranger.

758. *cc) Effets d'une répudiation prononcée en Suisse devant des autorités consulaires, diplomatiques ou religieuses et dotée d'effets à l'étranger. Binnenbeziehung.* Pour tirer le parallèle avec les divorces « ordinaires » prononcés par des autorités ecclésiastiques ou consulaires¹⁷⁸¹, l'on peut se demander si, en présence d'actes de répudiation prononcés en Suisse, de façon purement privée ou devant des autorités religieuses, consulaires ou diplomatiques, qui sont reconnus par la suite à l'étranger (inscription dans un registre étatique ou religieux) et qui y déploient des effets (remariage, pensions, etc.), il conviendrait d'envisager leur reconnaissance indirecte, pour autant que l'ordre public suisse ne s'oppose pas aux effets déployés par la répudiation. On pourrait soutenir que l'autorité de la reconnaissance en Suisse doit statuer comme s'il s'agissait de reconnaître une répudiation prononcée à l'étranger¹⁷⁸². Les théories

¹⁷⁸⁰ Voir p. ex. DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 3 qui relève que l'art. 3 LDIP est une soupape de sûreté permettant d'éviter un déni de justice formel; voir également BERTI, IPR Kommentar SPR, N° 7 ad art. 3.

¹⁷⁸¹ *Supra*, N° 753-755.

¹⁷⁸² Interrogatifs, LOUSSOUARN/BOUREL, N° 329, p. 371.

de la *Binnenbeziehung* et de l'effet atténué offrirait une certaine justification à l'absence d'intervention de la réserve, permettant d'adopter une solution conforme aux attentes des parties. A notre avis, pour que la répudiation soit reconnue, il est à tout le moins indispensable qu'au moment de son prononcé, les parties n'entretiennent que des liens très lâches avec la Suisse, par exemple qu'elles n'y soient que de passage, que leur vie conjugale soit, à l'époque de la répudiation et par la suite durant une relativement longue période, entièrement localisée dans un ou des Etats admettant que la répudiation intervenue en Suisse est parfaitement valable. Dans la plupart des cas, la présence d'un domicile en Suisse de l'un des conjoints ou d'autres liens avec la Suisse, telle la résidence des enfants, lorsque la question de la reconnaissance se pose, justifieront l'intervention de la réserve.

759. 3° *Divorces purement privés: répudiation privée. Notre opinion.* Les parties ne peuvent se réclamer de l'application en Suisse de dispositions de leur droit national (art. 61 al. 2 LDIP) prévoyant une forme purement privée de dissolution de l'union conjugale, qu'il s'agisse d'un divorce ou d'une répudiation, pour se passer de toute procédure devant une autorité judiciaire suisse ou pour inviter un juge suisse à enregistrer une dissolution consensuelle qui serait entrée en force. Comme nous l'avons relevé précédemment pour le divorce diplomatique, consulaire ou religieux¹⁷⁸³, la participation d'une autorité étatique à la dissolution de l'union conjugale est une question de procédure qui est soumise à la loi du for; en Suisse, les tribunaux étatiques sont exclusivement compétents. A l'instar de ce que nous venons d'exposer pour le divorce ou la répudiation consulaire, diplomatique ou religieuse, les divorces purement privés et les répudiations privées pourraient être reconnus exceptionnellement, lorsqu'il est patent que les liens qu'entretenaient les époux avec la Suisse au moment du prononcé et de la répudiation étaient purement accidentels, que les parties ont vécu durant une période relativement longue dans des Etats reconnaissant la validité de cette dissolution et qu'un refus de reconnaissance se révélerait gravement préjudiciable pour les parties, parce qu'elles ont fondé des attentes légitimes sur la reconnaissance du divorce. Il faut néanmoins souligner que, l'assimilation de l'acte à un acte étranger étant admise au vu des circonstances exceptionnelles de l'affaire et de la localisation des parties dans des Etats le dotant de validité, la réserve d'ordre public interviendra lorsque sa reconnaissance heurte les valeurs de notre ordre juridique. Dans ce contexte, ainsi que nous l'avons observé¹⁷⁸⁴, la réserve fera assez largement obstacle aux répudiations inégalitaires, qui portent atteinte à des principes relevant du noyau dur de l'ordre public.

¹⁷⁸³ *Supra*, N° 754.

¹⁷⁸⁴ *Supra*, N° 756-757.

760. *Illustration 1.* A. et B. sont domiciliés en V. depuis 10 ans. La loi de V. prévoit que le mariage peut être dissous par la répudiation du mari ou par un divorce judiciaire. Les répudiations intervenues à l'étranger sont valables si elles sont inscrites dans l'année suivant leur déclaration au registre que tient le Ministère des affaires civiles de V. En 1989, lors d'un voyage d'affaires en Suisse, A. répudie B. (déclaration devant témoins au Consulat de V. à Genève). A son retour en V., A. fait inscrire la répudiation dans les registres de l'état civil. En 1990, B. se remarie valablement avec C., ressortissant suisse domicilié en V. En 1999, B. et C. se rendent en Suisse où ils prennent domicile. B. et C. demandent la transcription de leur mariage dans le registre des familles du lieu d'origine de C. L'autorité cantonale de surveillance de l'état civil ordonne la transcription de ce mariage; elle est d'avis qu'il n'y a pas bigamie (la loi de V. n'admet pas la polygamie), dès lors que la répudiation de 1989 doit être reconnue en Suisse. En effet, elle estime que, lors de son prononcé, les parties n'entretenaient que des liens extrêmement ténus avec la Suisse (brève résidence du mari), alors que la cause présentait d'étroits points de contact avec l'Etat de la nationalité commune des époux, pays dans lequel la validité de la répudiation a été admise; en outre, l'autorité de surveillance tient compte du fait que c'est l'épouse répudiée qui demande la reconnaissance de cette dissolution. Un refus de reconnaissance aurait pour effet de nier en Suisse tout effet à un mariage qui en a déployé à l'étranger durant 9 ans. L'autorité est d'avis que l'ordre public n'est pas heurté de façon suffisamment grave pour que la réserve intervienne.

761. *Illustration 2.* A. et B., ressortissants de V., sont domiciliés à Lausanne avec leurs enfants depuis 10 ans; en 1997, B. quitte le domicile conjugal et prend domicile en France. En janvier 1998, A. répudie B. par simple déclaration devant témoins au Consulat de V. à Genève; la déclaration de répudiation est inscrite dans les registres de l'état civil de V. En juin 1998, B. ouvre action en divorce devant les tribunaux lausannois (art. 59 lit. a LDIP). A. prétend que la demande est irrecevable, la dissolution de l'union ayant déjà été prononcée; subsidiairement, il se réclame de l'application de la loi de V. et déclare, si la validité de la première répudiation est niée, répudier son épouse (il dépose un acte de répudiation conforme au droit de V.). Le juge décide d'examiner cette question avant d'entrer au fond. Il est d'avis que la répudiation prononcée au début de l'année est sans effet. Il relève principalement que les tribunaux suisses auraient dû être saisis; subsidiairement, si la règle de conflit désignait bien la loi de V. (art. 61 al. 2 LDIP), les liens étroits que les parties entretenaient avec la Suisse (long domicile de l'épouse en Suisse, domicile du mari et des enfants), les liens très lâches que les parties avaient avec leur Etat national et la gravité de l'atteinte à l'ordre public justifient que la réserve intervienne pour évincer la loi de V. en ce qu'elle permettrait la répudiation, ou pour nier tout effet à la répudiation intervenue en Suisse et reconnue à l'étranger. Le juge relève que le défendeur ne peut avoir raisonnablement fondé des attentes légitimes sur la reconnaissance dont a fait l'objet la répudiation dans un Etat avec lequel il n'entretient guère de liens. Le juge entre en matière sur la demande et prononce le divorce en application des règles de V. sur le divorce.

C. Reconnaissance et exécution (effet indirect)

a) *Aperçu de droit comparé*

aa) France¹⁷⁸⁵

762. *Une manifestation éclatante de la théorie de l'effet atténué.* Durant plusieurs années, appliquant la théorie de l'effet atténué, la jurisprudence française a assez largement reconnu les répudiations effectuées à l'étranger, tout en refusant de valider les répudiations prononcées sur le territoire français, les privant de tout effet en France¹⁷⁸⁶. L'ordre public n'a jamais semblé s'opposer à la reconnaissance de divorces privés, prononcés à l'étranger conformément à la loi du lieu où ils sont intervenus¹⁷⁸⁷. La jurisprudence a en premier lieu assimilé à un divorce par consentement mutuel la répudiation à laquelle l'épouse avait acquiescé¹⁷⁸⁸. Pour les répudiations intervenues à la seule initiative du mari, la Cour de cassation, dans une célèbre affaire *Rhobi*, a décidé que la répudiation prononcée à l'étranger devait être reconnue, au nom de l'effet atténué de l'ordre public, la répudiation étant « *tempérée par les garanties pécuniaires qu'elle assure à la femme* »¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁵ Voir notamment les ouvrages généraux, MAYER, N° 587 ss; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 329; AUDIT, N° 668 et les contributions de ALEXANDRE, La protection; FADLALLAH; LAGARDE, La théorie de l'ordre public; MONÉGER.

¹⁷⁸⁶ TGI Paris, 26 janvier 1978, RCDIP 1979, p. 111: refus d'*exequatur* opposé à une répudiation prononcée au consulat général du Maroc à Paris; Cass. fr., 15 juin 1982, RCDIP 1983, p. 300: refus de reconnaissance d'un divorce prononcé par le tribunal rabbinique de Paris; CA Versailles, 23 mars 1995, RCDIP 1996, p. 699. Cependant, après l'entrée en vigueur de la Convention franco-marocaine de 1981: TGI Paris, 26 février 1992, RCDIP 1993, p. 58: reconnaissance d'une répudiation homologuée par le chargé des affaires notariales à l'Ambassade du Maroc à Paris.

¹⁷⁸⁷ Tribunal civil de la Seine, 26 octobre 1959, RCDIP 1960, p. 354, 1^{re} espèce: répudiation hébraïque devant témoins; CA Paris, 16 octobre 1964, JDI 1965, p. 401: déclaration conjointe de rupture du lien conjugal de deux Français domiciliés à Mexico devant un officier du registre civil de Mexico; reconnaissance refusée parce que la loi appliquée n'était pas celle désignée par les règles de conflit françaises; TGI Paris, 10 mai 1990, RCDIP 1991, p. 391: divorce privé à l'ambassade de Thaïlande à Londres entre une Thaïlandaise et un Français, acte s'apparentant à un divorce par consentement mutuel. Les divorces privés prononcés en France ne sont en revanche pas reconnus, de même que ceux prononcés devant des autorités religieuses ou consulaires (CA Paris, 7 juillet 1959, RCDIP 1960, p. 354, 2^e espèce: répudiation à la Mosquée de Paris; TGI Paris, 26 janvier 1978, RCDIP 1979, p. 111: acte de répudiation dressé au Consulat général du Maroc à Paris).

¹⁷⁸⁸ Tribunal civil de la Seine, 26 octobre 1959, RCDIP 1960, p. 354, 1^{re} espèce; 23 mai 1960, JDI 1961, p. 750, 1^{re} espèce; 17 avril 1962, JDI 1963, p. 150.

¹⁷⁸⁹ Cass. fr., 3 novembre 1983, RCDIP 1984, p. 325, *Rhobi*. Voir déjà, Cass. fr., 18 décembre 1979, RCDIP 1981, p. 88, 2^e espèce: dans cette dernière affaire, l'épouse répudiée se prévalait de la répudiation afin d'obtenir le paiement de pensions alimentaires auxquelles le juge algérien avait condamné le mari; comme le note GAUDEMET-TALLON, p. 264, la situation se rapprochait d'un divorce par consentement mutuel; voir en outre FADLALLAH, p. 17.

763. *La Convention franco-marocaine.* Le libéralisme à l'égard des répudiations s'est trouvé renforcé par l'adoption de la Convention franco-marocaine de 1981; elle traite des répudiations et distingue selon que l'épouse répudiée est française ou marocaine. Dans le premier cas, « *les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine (...) produisent des effets en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce* » (c'est nous qui soulignons), alors que dans le second cas, ces actes produisent des effets aux mêmes conditions que les jugements de divorce¹⁷⁹⁰. Certains auteurs allaient jusqu'à estimer que l'ordre public, bien que prévu à l'art. 4, ne pourrait plus être opposé à des répudiations unilatérales marocaines¹⁷⁹¹. L'ordre public s'est néanmoins encore parfois manifesté à l'égard de répudiations marocaines, pour d'autres motifs que l'unilatéralité, comme le relève Hélène GAUDEMET-TALLON¹⁷⁹². Ainsi, la Cour d'appel de Versailles¹⁷⁹³ a jugé inopposable en France, car contraire à l'ordre public, une répudiation dès lors que le montant des sommes allouées à l'épouse répudiée était dérisoire, cette situation ayant, selon la Cour, pour effet d'obliger les organismes sociaux français à se substituer à la carence de l'époux pour remédier aux conditions matérielles critiques dans lesquelles se trouvaient les enfants du fait de la décision marocaine.

764. *Des tempéraments manifestant une rigueur nouvelle.* La situation a semblé inacceptable lorsque se sont multipliés les cas dans lesquels le mari domicilié en France obtenait de son Etat national un acte de répudiation établi alors que son épouse avait saisi les tribunaux français d'une action en contribution à l'entretien du ménage ou en divorce¹⁷⁹⁴. Dans un premier temps, la Cour de cassation a refusé d'opposer l'ordre public à la répudiation d'une femme marocaine, même lorsqu'elle avait été prononcée par le mari pour faire échec à une action introduite en France¹⁷⁹⁵. Mettant dans un second temps un frein à une tolérance que certains jugeaient excessive, la Cour de cassation a fait appel à la notion de fraude: dans un arrêt de 1988, la Cour a cassé une décision au motif que les juges du fond n'avaient pas examiné si la saisine des juridictions algériennes

¹⁷⁹⁰ Convention relative au statut des personnes et de la famille du 10 août 1981, RCDIP 1983, p. 531.

¹⁷⁹¹ En ce sens, FADLALLAH, RCDIP 1984, p. 332-333.

¹⁷⁹² GAUDEMET-TALLON, p. 265, citant CA Versailles, 30 septembre 1988, RCDIP 1989, p. 747 (preuve du caractère définitif) et 9 octobre 1989, D. 1990, Somm., p. 99 (absence de garanties pécuniaires).

¹⁷⁹³ CA Versailles, 9 octobre 1989, RCDIP 1991, p. 836 (Somm.); voir l'opinion favorable à cette jurisprudence de MONÉGER, p. 355.

¹⁷⁹⁴ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 269-270; MONÉGER, p. 348; *supra*, N° 314.

¹⁷⁹⁵ Cass. fr., 8 décembre 1987 et 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 733.

par le mari n'avait pas été frauduleuse et n'avait pas été faite à seule fin d'échapper aux conséquences du jugement français condamnant le mari à contribuer à l'entretien du ménage¹⁷⁹⁶. Nous avons déjà signalé les critiques que l'on peut formuler à l'encontre de cette jurisprudence¹⁷⁹⁷. En second lieu, la Cour a fait obstacle à la reconnaissance de la répudiation, en retenant une violation des droits de la défense ou en invoquant la CEDH¹⁷⁹⁸. Pour une partie de la doctrine, la femme n'a jamais la possibilité de faire valoir ses prétentions ou ses défenses dans le cadre d'une répudiation, même si elle est informée de la procédure, puisque de toute évidence le mari peut lui imposer la répudiation¹⁷⁹⁹. Une attitude plus rigoureuse se dessine¹⁸⁰⁰. Les auteurs français discutent de façon nourrie des remèdes à apporter à cette situation¹⁸⁰¹.

bb) Grande-Bretagne

765. *Les règles pertinentes.* Jusqu'en 1971, la reconnaissance et l'exécution des jugements de divorce étaient exclusivement régies par les règles de la *Common law*. Depuis 1972, les règles topiques figurent dans la législation, en premier lieu le *Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971*, opérant réception de la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps. Cette loi a été remplacée par le *Family*

¹⁷⁹⁶ Cass. fr., 1^{er} mars 1988, RCDIP 1989, p. 721, *Senoussi*, Cass. fr., 6 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593 (dans le cadre de la Convention franco-marocaine); Cass. fr., 4 mai 1994, RCDIP 1995, p. 103, 1^{ère} espèce. FADLALLAH a utilisé l'expression de « fraude à l'intensité de l'ordre public » (RCDIP 1984, p. 336). Voir MONÉGER, p. 347 ss et GAUDEMET-TALLON, p. 265-266.

¹⁷⁹⁷ Voir *supra*, p. 102-103 et GAUDEMET-TALLON, p. 267.

¹⁷⁹⁸ Cass. fr., 6 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593, 1^{ère} espèce: les juges d'appel auraient dû rechercher « si la procédure suivie devant les autorités marocaines permettait à chaque partie de faire valoir ses prétentions ou ses défenses ». Cass. fr., 1^{er} juin 1994, RCDIP 1995, p. 103, 2^e espèce, invoquant l'art. 5 du Protocole N° 7 CEDH sur l'égalité des droits et devoirs des époux; en ce sens également, Cass. fr., 31 janvier 1995, RCDIP 1995, p. 569 et Cass. fr., 11 mars 1997, JDI 1998, p. 110.

¹⁷⁹⁹ MONÉGER, p. 353; GAUDEMET-TALLON, p. 268.

¹⁸⁰⁰ AUDIT, N° 668, p. 555.

¹⁸⁰¹ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 278-282 propose de prévoir une disposition déclarant sans effet en France, sauf à la demande de la femme, la répudiation d'une femme ayant sa résidence habituelle en France; voir également DÉPREZ, Statut personnel et pratiques familiales, p. 118-120, favorable, tout en restant prudent, à la technique des clauses spéciales; MONÉGER, p. 354-355, propose de poser l'exigence de garanties pécuniaires (se référant à CA Versailles, 9 octobre 1989, D. 1990, Somm., p. 99). GAUDEMET-TALLON, p. 267 ss (271), propose d'opposer l'ordre public à toutes les répudiations unilatérales étrangères, comme à celles qui sont prononcées en France. Lorsqu'en revanche l'épouse demande la reconnaissance de la répudiation, celle-ci se transforme en divorce par consentement mutuel; ALEXANDRE, La protection, p. 141, estime qu'une solution pourrait être trouvée dans la théorie de l'*Inlandsbeziehung*.

Law Act 1986 (Part II), qui unifie la réglementation de la reconnaissance des divorces, des séparations judiciaires et des jugements de nullité du mariage, ces derniers étant régis jusqu'alors par la *Common law*. Cette loi universalise la Convention de La Haye, puisqu'elle en reprend les termes et les applique à tous les divorces et séparations légales prononcés à l'étranger.

766. *Common law*. Les formes extrajudiciaires de dissolution du mariage ne sont pas en soi contraires à l'ordre public anglais. Sous l'empire des règles de la *Common law*, plusieurs arrêts reconnaissaient de tels actes, à condition que les règles anglaises de conflit de juridictions soient respectées, c'est-à-dire que les parties soient domiciliées à l'étranger dans un pays admettant ce type de dissolution du mariage¹⁸⁰².

767. *Family Law Act 1986*. Le *Family Law Act 1986* contient une règle particulière sur la reconnaissance des divorces non judiciaires¹⁸⁰³. Aux termes de la sct 46 (2) de cette loi, un divorce, une annulation ou une séparation légale prononcés à l'étranger sans procédure judiciaire (*otherwise than by means of proceedings*) sont reconnus s'ils sont valables (*effective*) selon le droit du pays dans lequel ils ont été rendus et si, à l'époque où le divorce a été prononcé, les deux parties étaient domiciliées¹⁸⁰⁴ dans ce pays, ou si l'une des parties était domiciliée dans ce pays alors que l'autre était domiciliée dans un Etat dont le droit reconnaît la validité de ce type de divorce; il faut, dans les deux cas, qu'aucune des parties n'ait résidé habituellement au Royaume-Uni durant une

¹⁸⁰² Cf. *Sasson v Sasson*, [1924] A.C. 1007 (P.C.); *Har-Shefi v Har-Shefi* (N° 2), [1953] 1 All ER 301: lettre de *ghet* acceptée par l'épouse devant le Tribunal du Grand Rabbin de Londres, cité par MERCIER, p. 66; *Russ v Russ*, [1962] 3 All ER 193: *talak* égyptien mettant valablement fin à un mariage célébré en Angleterre entre une Anglaise et un Egyptien musulman domicilié en Egypte (cf. MERCIER, p. 67). Voir également DICEY/MORRIS, 8^e éd., p. 319-320, repris par le juge Jocely Simon P. dans *Qureshi v Qureshi*, [1971] 1 All ER 325: « (...) it is now clear that English courts will recognise non-judicial divorces obtained by mutual agreement between the spouses or unilaterally by one party to the marriage in accordance with a religious law (e.g. a Jewish *ghet* or a Mohammedan *talak*) provided the parties are domiciled in a country (e.g. Israel or Egypt) the territorial laws of which permit such a method ». Voir cependant les arrêts cités par MERCIER, p. 65-66, refusant la reconnaissance: *R v Hammersmith Superintendent Registrar of Marriages, ex parte Mir-Anwaruddin*, [1916-17] All ER Rep 464; cf. également *Maher v Maher*, [1951] 2 All ER 37 refus de reconnaissance d'un *talak* au motif notamment qu'un mariage civil ne peut être dissous « by a method of divorce which is appropriate to a polygamous union ».

¹⁸⁰³ Signalons que les décrets en nullité des juridictions ecclésiastiques de l'Eglise catholique romaine n'ont jamais d'effet civil, MORRIS, p. 188.

¹⁸⁰⁴ Aux fins de cette disposition, une partie est domiciliée dans un pays si la loi de celui-ci considère qu'elle y est domiciliée ou si le droit anglais l'admet, sct 6 (5).

période d'un an précédant immédiatement le prononcé du divorce¹⁸⁰⁵; la demande doit être accompagnée d'une attestation d'effectivité de l'acte dans le pays où il a été obtenu ou dans l'Etat de domicile de l'un des époux¹⁸⁰⁶. Ainsi, les tribunaux reconnaîtront la répudiation prononcée par un mari domicilié dans le Golfe persique, si son épouse était domiciliée au Pakistan à l'époque du divorce. En revanche, il ne sera pas reconnu si l'épouse était alors domiciliée en Angleterre ou si elle y a résidé, ne serait-ce que quelques semaines, durant cette période de protection d'un an. Le législateur souhaitait éviter que l'un des conjoints retourne dans son pays d'origine pour prononcer une répudiation¹⁸⁰⁷.

768. *Divorce extrajudiciaire*. Il est parfois difficile de distinguer le divorce prononcé par une autorité judiciaire du divorce extrajudiciaire, qui est reconnu à des conditions plus strictes (sct 46 [2]). Par procédures (*proceedings*), le *Family Law Act 1986* entend « *judicial or other proceedings* »¹⁸⁰⁸. L'interprétation de ces termes a posé des problèmes. La forme de répudiation la plus absolue, dans laquelle le mari se borne à prononcer une formule, sans concours de quelque autorité que ce soit, constitue certainement un divorce extrajudiciaire entraînant l'application de la section 46(2). Parfois, la répudiation doit être inscrite dans un registre, que l'inscription soit constitutive ou déclarative. Au Pakistan¹⁸⁰⁹, les effets du *talak* sont suspendus pendant 90 jours, pour permettre la mise en place d'une procédure de conciliation devant un conseil d'arbitres, phase durant laquelle l'épouse est représentée¹⁸¹⁰. Il est alors délicat de procéder à la localisation la répudiation. Dans son arrêt *Quazi v Quazi*¹⁸¹¹, la *House of Lords* a estimé qu'une telle procédure de conciliation constituait effectivement une procédure et qu'il n'était pas nécessaire qu'une autorité étatique ait le pouvoir d'empêcher les parties de dissoudre le mariage, de sorte que la sct 46 (2) ne devait pas s'appliquer. Il en va de même du *ghet* enregistré auprès d'une cour rabbinique¹⁸¹² ou du divorce prononcé à l'issue d'une procédure administrative¹⁸¹³. Dans son arrêt *Chaudhary v Chaudhary*¹⁸¹⁴, la *Court of Appeal* a

¹⁸⁰⁵ Sous l'empire du *Recognition of Divorces and Legal Separations Act 1971*, ces divorces n'étaient reconnus que dans l'hypothèse où les deux époux étaient domiciliés dans le pays en question; il ne suffisait pas que l'un des époux y réside habituellement (*Chaudhary v Chaudhary*, [1984] 3 All ER 1017) ou qu'ils en soient ressortissants.

¹⁸⁰⁶ Sct 51 (3) (b) (i), 54 (1).

¹⁸⁰⁷ « *Anti-evasion provision* », NORTH/FAWCETT, p. 675.

¹⁸⁰⁸ Sct 54 (1).

¹⁸⁰⁹ Cf. MORRIS, p. 194.

¹⁸¹⁰ Cf. *Qureshi v Qureshi*; cf. MERCIER, p. 68-71.

¹⁸¹¹ [1979] 3 All ER 897.

¹⁸¹² *Broit v Broit*, 1972 S.C. 192 cité par MORRIS, p. 195; *Berkovits v Grinberg*, [1995] 2 All ER 681.

¹⁸¹³ *Manning v Manning*, [1958] 1 All ER 291.

¹⁸¹⁴ [1984] 3 All ER 1017.

considéré qu'un « *bare talak* », consistant en une simple déclaration du mari, ne pouvait être qualifié d'« *other proceedings* » au sens de la loi de 1986. Il en irait de même d'autres formes de divorce purement privé¹⁸¹⁵.

769. *Les affaires Fatima et Berkovits*. Le problème de la localisation d'un *transnational divorce* s'est posé avec acuité dans l'affaire *Fatima*, sous l'empire de la loi de 1971¹⁸¹⁶; l'affaire avait pour objet le droit d'entrée et de séjour en Grande-Bretagne d'une Pakistanaise qui désirait rejoindre son fiancé pakistanais en Angleterre pour se marier avec lui; l'officier de l'immigration avait refusé son entrée en Angleterre au motif que la répudiation de la première épouse du fiancé ne serait pas reconnue en Angleterre. En effet, celui-ci avait prononcé la répudiation en Angleterre et avait adressé sa déclaration à l'autorité compétente au Pakistan, pays dans lequel son épouse était domiciliée. La Cour d'appel devait examiner si la dissolution avait été prononcée à l'étranger, en dépit du fait que la déclaration de répudiation était intervenue sur le territoire anglais. La Cour d'appel a estimé que le *talak* est la première étape de la procédure, de sorte que s'il survient en Angleterre, l'on ne saurait parler de dissolution ayant eu lieu à l'étranger; l'officier de l'immigration avait refusé à juste titre l'entrée en Angleterre à Fatima, son mariage ne pouvant y être célébré. La *House of Lords* a confirmé cet arrêt; selon la Cour, la procédure avait bien commencé en Angleterre et l'on ne saurait admettre les « *divorces by post* ». La question risque de se poser également sous l'empire de la loi de 1986 qui, distinguant les divorces privés des autres, ne précise pas où doivent être localisés ceux qui sont prononcés dans un Etat tout en faisant l'objet d'une procédure dans un autre¹⁸¹⁷. Dans l'affaire *Berkovits*¹⁸¹⁸, la Cour a considéré que la rédaction d'un *ghet* constituait également une étape de la procédure; lorsqu'il est rédigé en Angleterre et remis à l'épouse en Israël, le divorce ne peut être reconnu en Angleterre dès lors que « *the word "obtained" connotes a process rather than a single act. To obtain a divorce a party must go through a process, in the same way that a person obtains a university degree (...). If that process is part of a judicial process (proceedings) and therefore linked to one judicial authority, it seems (...) that there is logic and sense in saying that the proceedings must begin and end in the same place* ».

¹⁸¹⁵ Comme certains divorces thaïlandais, cf. DICEY/MORRIS, p. 743, note 4, se référant à *Ratanachai v Ratanachai*, The Times 4 juin 1960, résumé par MERCIER, p. 67 et *Varanand v Varanand*, (1964) 108 S.J., MERCIER, p. 68 (convention signée à l'ambassade de Thaïlande à Londres).

¹⁸¹⁶ *Fatima v Secretary of State for the Home Department*, [1984] 2 All ER 458; House of Lords, [1986] 2 All ER 32.

¹⁸¹⁷ Voir les opinions des auteurs résumées par GAUDEMET-TALLON, p. 261; NORTH/FAWCETT, p. 744.

¹⁸¹⁸ *Berkovits v Grinberg*, [1995] 2 All ER 681; voir DICEY/MORRIS, Supplement, p. 121.

770. *Droit d'être entendu*. Plusieurs arrêts rejettent des requêtes en reconnaissance de *talak* simples (« *bare talak* »), au motif qu'ils sont prononcés à l'insu de l'épouse¹⁸¹⁹. On retrouve les exigences de ce que le droit continental nomme le droit d'être entendu.

cc) Allemagne

771. *Monopole des tribunaux*. En Allemagne¹⁸²⁰, la loi précise clairement que les divorces ne peuvent être prononcés que par des tribunaux (art. 17 al. 2 EGBGB). Cette affirmation du monopole des tribunaux en matière de divorce correspond à l'opinion dominante d'avant l'entrée en vigueur de l'EGBGB de 1986¹⁸²¹. Dès lors, les divorces privés, religieux ou consulaires prononcés en Allemagne seront privés d'effets, même si la loi applicable au divorce désignée par l'art. 17 al. 1 EGBGB admet une forme privée de dissolution de l'union conjugale¹⁸²².

772. *Localisation des divorces privés*. A mesure qu'un divorce privé ne peut intervenir en Allemagne, il est fondamental de procéder à la localisation du divorce lorsque seule une partie de la procédure se déroule en Allemagne. Les auteurs et la jurisprudence ne sont pas unanimes. L'attitude la plus stricte reviendrait à soutenir qu'un divorce intervient en Allemagne lorsque n'importe quel élément de la procédure de dissolution de l'union y a lieu¹⁸²³. Ainsi, si le mari demande une lettre de divorce judaïque au Rabbinate de Francfort et qu'il la délivre à son épouse en Israël, le divorce a bel et bien lieu en Allemagne, de sorte qu'il restera sans effet, car heurtant la disposition précitée¹⁸²⁴. On peut être plus large et admettre qu'il n'y a divorce en Allemagne que dans la mesure où la partie essentielle de la procédure s'y déroule¹⁸²⁵. Le divorce sera prononcé à l'étranger si la lettre de *ghet* est délivrée en Allemagne, mais qu'elle est remise

¹⁸¹⁹ *Zaal v Zaal*, 4 FLR 284; *Quazi v Quazi*, [1979] 3 All ER 897; *Chaudhary v Chaudhary* précité (note 1805).

¹⁸²⁰ Sur ces questions, voir notamment: VON BAR, IPR II, N° 256 ss; VON MOHRENFELS, München. Komment., N° 86 ss ad art. 17 EGBGB; GOTTWALD, München. Komment., N° 159-161 ad § 328 ZPO; SPICKHOFF, p. 252 ss; KEGEL, p. 659-660.

¹⁸²¹ Cf. BGH, 14 octobre 1981, BGH 82, p. 34 (45): droit thaïlandais, inscription d'un divorce consensuel à l'Ambassade à Bonn; cf. VON BAR, IPR II, N° 256.

¹⁸²² Voir p. ex. VON MOHRENFELS, München. Komment., N° 89 ad art. 17; VON BAR, IPR II, N° 257; OLG Stuttgart, 11 avril 1987, IPRax 1988, p. 172; OLG Düsseldorf, 24 janvier 1986, IPRax 1986, p. 305; OLG München, 21 novembre 1949, StAZ 1950, p. 130.

¹⁸²³ P. ex. VON BAR, IPR II, N° 258.

¹⁸²⁴ Voir, sous l'ancien droit, *Kammergericht*, 15 août 1968, FamRZ 1969, p. 31.

¹⁸²⁵ En ce sens, VON MOHRENFELS, München. Komment., N° 91-92 ad art. 17.

à l'épouse à l'étranger¹⁸²⁶. Inversement, si la lettre est délivrée à l'étranger et qu'elle est remise à l'épouse en Allemagne, le divorce privé sera réputé avoir lieu en Allemagne, de sorte qu'il sera privé d'effets¹⁸²⁷. L'on considère que le divorce n'est pas prononcé en Allemagne si la répudiation est prononcée à l'étranger et parvient à l'épouse en Allemagne¹⁸²⁸, l'enregistrement à l'étranger d'une répudiation prononcée en Allemagne ne lui confère en revanche pas qualité d'acte prononcé à l'étranger¹⁸²⁹.

773. *Reconnaissance de divorces privés*. Les tribunaux semblent disposés à reconnaître les divorces prononcés à l'étranger d'un commun accord, même en des formes extrêmement simplifiées¹⁸³⁰. Si le divorce a été prononcé par une autorité, même religieuse, le § 328 ZPO s'applique, de sorte que la décision sera reconnue, sous réserve de l'ordre public, sans examiner la loi qui a été appliquée à l'étranger¹⁸³¹. Il ne faut en revanche pas appliquer le § 328 ZPO qui ne concerne que la reconnaissance de décisions judiciaires, mais l'art. 17 EGBGB lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité en Allemagne d'un acte non étatique, mais intervenant à l'étranger, tel un divorce purement privé¹⁸³². Le divorce privé ne sera reconnu en Allemagne que s'il est intervenu conformément à la loi désignée par l'art. 17 EGBGB; dès lors, le divorce privé, intervenu en Thaïlande entre un Thaïlandais et une ressortissante allemande domiciliés en Allemagne, ne sera pas reconnu, puisque le droit de leur résidence habituelle en Allemagne est déterminant (art. 17 et 14 EGBGB)¹⁸³³. Pareillement, le divorce privé de deux ressortissants doubles nationaux allemands établis en Israël ne sera pas reconnu, dès lors que leur droit national commun

¹⁸²⁶ OLG Düsseldorf, 17 mai 1974, FamRZ 1974, p. 528.

¹⁸²⁷ BayObLG, 29 août 1985, IPRax 1986, p. 180.

¹⁸²⁸ BayObLG, 30 novembre 1981, IPRax 1982, p. 104.

¹⁸²⁹ BayObLG, 30 août 1984, FamRZ 1985, p. 75; OLG Düsseldorf, 24 janvier 1986, IPRax 1986, p. 305; OLG Baden-Württemberg, 23 mai 1986, IPRax 1988, p. 170; OLG Stuttgart, 11 avril 1987, IPRax 1988, p. 172.

¹⁸³⁰ Reichsgericht, 28 février 1938, JW 1938, p. 1518: divorce par répudiation consensuelle de Russes: « Die Parteien waren damals russische Staatsangehörige und hatten auch ihren Wohnsitz in Russland. Es fehlte also zu jener Zeit an jeder Inlandsbeziehung »; OLG Francfort, 16 mai 1989, NJW 1990, p. 646: divorce d'un commun accord d'un Iranien et d'une Iranienne, ancienne ressortissante allemande, en Iran.

¹⁸³¹ Voir VON BAR, IPR II, N° 266; BGH, 21 février 1990, BGHZ 110, p. 267.

¹⁸³² La jurisprudence est bien établie: BGH, 2 février 1994, IPRax 1995, p. 111; BGH, 21 février 1990, BGHZ 110, p. 272; BGH, 14 octobre 1981, BGHZ 82, p. 34 (45) (solution implicite); BayObLG, 13 janvier 1994, IPRax 1995, p. 325; BayObLG, 30 novembre 1981, IPRax 1982, p. 104 (105); OLG Düsseldorf, FamRZ 1976, p. 277 (278); OLG Frankfurt, 12 juillet 1984, IPRax 1985, p. 48; cf. les références doctrinales données par VON MOHRENFELS, München. Komment., N° 286 ad art. 17 et note 644.

¹⁸³³ BGH, 21 février 1990, BGHZ 110, p. 267; VON MOHRENFELS, München. Komment., N° 286 ad art. 17 et les références citées en note 644.

s'applique¹⁸³⁴; une procédure de divorce pendante devant le tribunal rabbinique en Israël ne créera pas litispendance par rapport à une procédure introduite en Allemagne¹⁸³⁵. Le divorce privé de deux Thaïlandais domiciliés en Allemagne, qui se rendraient dans leur Etat national commun pour divorcer en une forme purement privée, serait en revanche reconnu, dès lors que dans ce cas, la loi applicable est la loi thaïlandaise de leur nationalité commune.

774. *Reconnaissance de répudiations unilatérales*. Il est plus difficile de rendre compte de l'attitude des tribunaux allemands à l'égard des répudiations purement unilatérales. La réserve d'ordre public, intervenant par le biais de l'art. 6 EGBGB, s'il s'agit d'une répudiation privée effectuée à l'étranger, ou par le biais du § 328 ZPO, s'il s'agit d'une répudiation déclarée devant une autorité étrangère, peut faire obstacle à la reconnaissance d'une répudiation qui n'est offerte qu'au mari. Certains arrêts se prononcent pour un refus de reconnaissance¹⁸³⁶ même si l'épouse consent à la reconnaissance¹⁸³⁷, d'autres pour une reconnaissance en particulier si l'épouse y consent¹⁸³⁸. Certains tribunaux refusent la reconnaissance au motif que le droit d'être entendu de l'un des conjoints n'a pas été respecté¹⁸³⁹.

775. *Excursus: répudiation prononcée devant un tribunal allemand (effet direct)*. Certains tribunaux allemands semblent faire preuve d'un libéralisme tout à fait surprenant: il est arrivé qu'un tribunal allemand applique des dispositions du droit étranger prévoyant une forme privée de dissolution de l'union conjugale; ainsi, l'*Oberlandsgericht* de Munich a pris acte de la répudiation d'une épouse par son conjoint, ressortissant iranien, prononcée devant le tribunal en présence de deux témoins conformément à la loi iranienne;

¹⁸³⁴ En effet, lorsque l'un des époux est double national au moment déterminant au sens de l'art. 17 EGBGB, l'art. 5 al. 1, 2^e phrase EGBGB s'applique (« *Ist diese Person auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor* »); voir BayObLG, 13 janvier 1994, IPRax 1995, p. 324 (325).

¹⁸³⁵ BGH, 2 février 1994, IPRax 1995, p. 111.

¹⁸³⁶ AmtG Dresden, 6 octobre 1930, IPRspr. 1931, N° 150: ressortissant turc ayant répudié auprès de l'ambassade de Turquie à Berlin, son épouse qui était allemande avant le mariage, et qu'il avait épousée en Allemagne.

¹⁸³⁷ BayObLG, 30 novembre 1981, IPRax 1982, p. 104; AmtG München, 5 décembre 1980, IPRax 1982, p. 250; AmtG Dresden, 6 octobre 1930, IPRspr. 1931, N° 150 (*obiter dictum*).

¹⁸³⁸ OLG Frankfurt, 12 juillet 1984, IPRax 1985, p. 48; LG Dresden, 22 décembre 1931, IPRspr. 1932, N° 72: époux de nationalité égyptienne ayant épousé une Allemande en Allemagne; répudiation de l'épouse, alors exclusivement égyptienne, en Egypte où les parties sont domiciliées: « *Im vorliegenden Falle waren zur Zeit der Scheidung keine Inlandsbeziehungen vorhanden, durch die die deutschen Belange berührt worden wären* ».

¹⁸³⁹ BayObLG, 30 novembre 1981, IPRax 1982, p. 104; OLG München, 19 septembre 1988, IPRax 1989, p. 238 (241).

le tribunal a estimé que la répudiation ne heurtait pas l'ordre public, dès lors que le divorce aurait également dû être prononcé en application de la loi allemande¹⁸⁴⁰.

b) Droit international privé suisse

aa) Situation antérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP

aaa) Les règles de conflit, aperçu de la jurisprudence

776. *La Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970.* La Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 est en vigueur pour la Suisse depuis le 17 juillet 1976, date antérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP. Elle s'applique à la reconnaissance dans un Etat contractant des divorces et séparations de corps intervenus « à la suite d'une procédure judiciaire ou autre officiellement reconnue dans ce dernier, et qui y ont légalement effet » (art. 1^{er} al. 1). Selon le Message du Conseil fédéral à l'appui de la ratification de ce texte, la convention couvre les séparations de corps et divorces administratifs, religieux ou législatifs; cependant, les divorces purement consensuels, opérés par un simple échange de consentements sans l'intervention d'une autorité quelconque ne satisferaient pas aux exigences de l'art. 1^{er}, al. 1. Le Conseil fédéral ajoutait: « quant aux répudiations, elles ne pourront bénéficier de la reconnaissance que si elles comportent une intervention de l'autorité compétente pouvant être considérée comme une procédure. Ainsi, il n'est pas certain que le seul enregistrement d'une répudiation ou d'un divorce par un notaire ou un fonctionnaire soit suffisant »¹⁸⁴¹. Il n'est pas contesté qu'un divorce prononcé à l'étranger par

¹⁸⁴⁰ OLG München, 19 septembre 1989, IPRax 1989, p. 238: « Die Frage, ob es mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist, wenn im vorliegenden Fall der Mann auf seinen Antrag geschieden wird, nachdem er vor Gericht seine Frau verstossen hat, ist jedenfalls (...) zu verneinen, wenn auch bei Anwendung deutschen Rechts die Scheidung ausgesprochen werden müsste »; en l'espèce, les époux étaient séparés depuis plus de trois ans (art. 1566 al. 2 BGB); dans le même sens, AmtG Esslingen, 19 mars 1992, IPRax 1993, p. 250 (répudiation acceptée par l'épouse); contra: AmtG Frankfurt, 9 août 1988, IPRax 1989, p. 237 et NJW 1989, p. 1434, invoquant les art. 1 al. 1, 3 al. 2 et 6 de la Loi fondamentale. Voir également la critique de l'arrêt munichois chez VON BAR, IPR II, N° 265 i.f.

¹⁸⁴¹ FF 1975 II 1383-1385; voir également Actes et documents de la 11^e session de la Conférence de La Haye, t. II (Divorce), La Haye 1970, p. 58; rapport BELLET/GOLDMAN, p. 212, ch. 13: « La reconnaissance pourrait être refusée à une dissolution du mariage, même légalement efficace dans l'Etat d'origine, mais qui ne résulterait pas d'une "procédure" ainsi comprise. (...). On s'est abstenu de viser la répudiation (...); mais on doit admettre qu'elle pourra bénéficier de la reconnaissance, si elle comporte une intervention de l'autorité (publique ou religieuse) pouvant être considérée comme une procédure ». Cf. également JAMETTI GREINER, *Thailändische Pivatscheidungen*, p. 170.

une autorité religieuse à l'issue d'une procédure pourra être reconnu en Suisse¹⁸⁴².

777. *Jurisprudence fédérale*. 1^o ATF 88 I 48, F. Il est délicat de broser un panorama de la pratique en matière de reconnaissance des actes de répudiation unilatérale et des formes purement privées de dissolution de l'union. Dans un arrêt rendu en 1962¹⁸⁴³, soit avant l'entrée en vigueur de la Convention, et par conséquent en application de l'art. 7g LRDC, le Tribunal fédéral s'était très clairement opposé à la reconnaissance en Suisse des répudiations prononcées à l'étranger; en l'espèce, le Tribunal fédéral devait statuer sur la reconnaissance d'une répudiation d'une Suissesse par son mari égyptien prononcée à l'ambassade d'Egypte à Moscou. L'épouse avait consenti à la répudiation à laquelle elle n'avait pourtant pas participé; c'est elle qui avait recouru auprès du Tribunal fédéral contre le refus de l'autorité de surveillance de l'état civil de procéder à la transcription de la répudiation dans les registres suisses, en faisant valoir qu'elle consentait au divorce et que si celui-ci n'était pas reconnu, elle devrait intenter une nouvelle procédure de divorce en Suisse. Selon le Tribunal fédéral, une répudiation n'est pas prononcée par une autorité qui instruit la cause et examine les motifs pour admettre ou rejeter la demande; or ce n'est qu'à cette condition que les divorces prononcés à l'étranger peuvent être reconnus¹⁸⁴⁴. Le Tribunal ajoutait qu'une répudiation intervenue sans qu'une partie ait eu l'occasion de faire valoir ses droits de la défense devant une autorité heurtait les principes fondamentaux de l'ordre juridique.

778. 2^o *Décision du 29 janvier 1971*. Dans un arrêt malheureusement non publié du 29 janvier 1971¹⁸⁴⁵, le Tribunal fédéral a confirmé son approche: selon cet arrêt, « la reconnaissance de divorces prononcés à l'étranger (art. 7 g al. 3 LRDC) ne saurait être étendue à la dissolution du mariage par répudiation unilatérale. Pareil acte, qui est accompli sans qu'une autorité examine si un motif de divorce existe et sans que l'autre partie ait pu se faire

¹⁸⁴² Voir p. ex. Division de la justice, 4 octobre 1973, JAAC 1974, N° 35; Obergericht ZH, 8 juillet 1975, RSJ 1976, p. 227; Kantonsgericht SG, 14 septembre 1995, GVP-SG 1995, N° 44, p. 117 (*obiter dictum*); STAUFFER, Nachtrag, p. 16 et 25; BULZ, *op. cit.* (note 1764), p. 110.

¹⁸⁴³ ATF 88 I 48, F.; JDI 1965, p. 919, note LALIVE; voir également ALDEEB ABU-SAHLEH, La dissolution, p. 640-641 et *idem*, Mélanges CIEC, p. 109.

¹⁸⁴⁴ ATF 88 I 48 (50): « Dabei ist jedoch vorausgesetzt, dass der zuständigen Behörde eine entscheidende Mitwirkung zukomme, also die Befugnis einer Prüfung der materiellrechtlichen Grundlagen der Scheidung und die Befugnis der Gutheissung oder Abweisung des Scheidungsbegehrens, sodass im Falle der Gutheissung die Scheidung von der Behörde ausgesprochen ist, ihre konstitutive Kraft von deren behördlicher Autorität bezieht ».

¹⁸⁴⁵ Tribunal fédéral, Cour de cassation pénale, jugement non publié du 29 janvier 1971 (Str. 420/70), cité par ALDEEB ABU-SAHLEH, Le droit international privé, p. 65, La dissolution, p. 642, Mélanges CIEC, p. 111-112 et La Suisse, p. 31-32.

entendre, heurte les principes fondamentaux de l'ordre public suisse »¹⁸⁴⁶. On peut regretter la formulation de cette phrase qui semble participer d'une conception relativement abstraite de l'ordre public.

779. 3° ATF 103 Ib 69, *Sprecher*. Un arrêt que nous avons déjà examiné¹⁸⁴⁷, qui ne concerne pas la répudiation mais la reconnaissance d'un jugement de divorce suédois, mérite d'être signalé; le Tribunal fédéral y constatait que le droit suédois permettait à l'un des époux d'obtenir dans tous les cas le divorce après un délai de réflexion de six mois après le dépôt de la demande, ce qui apparentait le divorce à la répudiation, « *qui n'est pas reconnue comme divorce* »¹⁸⁴⁸; cependant, en l'espèce, au vu de l'examen des circonstances concrètes du cas, en particulier le fait que les époux avaient vécu séparés pendant plusieurs mois, le jugement suédois ne fut pas déclaré incompatible avec l'ordre public suisse¹⁸⁴⁹.

780. 4° ATF 110 II 5, *H.* Le Tribunal fédéral s'est encore prononcé dans un arrêt de 1984¹⁸⁵⁰ sur la validité d'un mariage célébré après un divorce prononcé par la représentation diplomatique du Maroc en Suisse; nous avons déjà examiné cette décision dans le cadre de la section consacrée à la polygamie¹⁸⁵¹. Selon le Tribunal fédéral, « *un divorce prononcé en Suisse par une ambassade étrangère*

¹⁸⁴⁶ Cette citation apparaît dans un *obiter dictum*: le Tribunal de police du district de Lausanne avait condamné le recourant pour violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP). Celui-ci, de nationalité égyptienne, s'était marié avec une Égyptienne en 1947; les époux avaient vécu en Suisse de 1961 à 1964. En 1963, après s'être converti à l'Islam pour pouvoir répudier sa femme, le recourant avait déclaré répudier son épouse devant le préposé au registre des répudiations du district de Khartoum (Soudan); les époux avaient signé, devant un notaire de Khartoum, une convention sur les effets accessoires de la répudiation, dans laquelle le recourant s'était engagé à servir une pension alimentaire à son épouse. Alors qu'elle était domiciliée en Égypte avec ses enfants, l'épouse répudiée avait déposé plainte en 1967 pour violation d'une obligation d'entretien. Le Tribunal de Lausanne avait acquitté le prévenu; la Cour vaudoise de cassation pénale avait cassé ce jugement et renvoyé la cause en première instance, relevant notamment que « *bien que la validité de la répudiation intervenue en 1963 soit douteuse, il n'est pas certain que les parties soient encore mariées; dans l'affirmative, l'obligation de l'accusé dérive du devoir général d'entretien (...); si le mariage a été dissous par la répudiation, la convention de Khartoum demeure valable jusqu'à preuve du contraire* ». La Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral a considéré que « *les doutes de la juridiction cantonale [au sujet de la validité de la répudiation] sont infondés* » (jugement, c. 2), la répudiation ne pouvant être reconnue en Suisse, de sorte que les parties étaient encore liées par les liens du mariage.

¹⁸⁴⁷ ATF 103 Ib 69, *Sprecher*; cf. *supra*, N° 226.

¹⁸⁴⁸ ATF 103 Ib 69 (72), *Sprecher*: « *Die Verstossung wird in der Schweiz aber nicht als Scheidung anerkannt* ».

¹⁸⁴⁹ ATF 103 Ib 69 (72-74), *Sprecher*.

¹⁸⁵⁰ ATF 110 II 5, *H.*

¹⁸⁵¹ Cf. *supra*, N° 669.

ne saurait être invoqué devant les autorités suisses (...). Cela est d'autant plus vrai si, comme certains indices paraissent le démontrer, le divorce prononcé à l'Ambassade du Maroc à Berne équivaut en réalité à une répudiation ».

781. *Jurisprudence cantonale.* 1^o *Bezirksgericht ZH*, 26 novembre 1963. Sous l'ancien droit, quelques arrêts cantonaux ont statué dans le même sens; une affaire zurichoise concerne la répudiation au Consulat général de Perse, en application de la loi iranienne, d'une Suissesse alors domiciliée en Iran par son mari Iranien; de retour en Suisse, l'épouse avait saisi les tribunaux zurichois d'une action en divorce. Le tribunal a considéré notamment que le Consulat de Perse n'avait pas qualité de tribunal au sens de l'art. 7g al. 3 LRDC, se référant à la jurisprudence fédérale. En outre, le tribunal a estimé que l'institution de la répudiation, ainsi que son application en l'espèce, étaient contraires à l'ordre public suisse; la répudiation ne pouvait dès lors être reconnue, de sorte que la demande en divorce était recevable¹⁸⁵².

782. 2^o *Quelques arrêts non publiés cités par P. MERCIER.* P. MERCIER cite plusieurs décisions non publiées qui méritent d'être rappelées brièvement. Dans une première affaire, Abed, de nationalité jordanienne, avait épousé en 1950 à Lausanne Rose-Marie, Suissesse. Cinq ans plus tard, il épousait Charlotte, une seconde ressortissante helvétique, à Beyrouth. Charlotte ignorait tout du précédent mariage d'Abed. En 1956, Abed répudia Rose-Marie en Arabie Saoudite; en 1962, il répudia Charlotte également en Arabie saoudite. A la requête de Rose-Marie qui souhaitait se remarier, le Département de justice et police du canton de Vaud procéda à la transcription dans les registres suisses, à titre de jugement de divorce, de l'acte de répudiation. Quant à Charlotte, elle obtint tout d'abord la transcription de son mariage au registre des familles de l'état civil de son canton d'origine puis intenta action en divorce devant le Tribunal de Lausanne. Celui-ci rejeta la demande, considérant que « la demanderesse n'a pas même allégué la dissolution du premier mariage du défendeur, que la seule pièce produite à cet égard (...) établit une répudiation non reconnue en droit suisse », de sorte que la demanderesse aurait dû agir par la voie de l'action en nullité¹⁸⁵³. Charlotte obtint finalement de l'autorité de surveillance de l'état civil de son lieu d'origine la transcription de la répudiation de son mariage dans les registres suisses.

783. *Suite.* Dans un arrêt de 1966, le Tribunal du district de Lausanne a estimé « qu'une répudiation ne saurait sortir aucun effet en Suisse parce que contraire à l'ordre public, sous réserve d'une répudiation causée, soumise à validation

¹⁸⁵² *Bezirksgericht ZH*, 26 novembre 1963, RSJ 1964, p. 289 ss; cf. MERCIER, p. 80 et ALDEEB ABU-SAHLEH, La dissolution, p. 641, Mélanges CIEC, p. 110 et La Suisse, p. 31.

¹⁸⁵³ Tribunal civil du district de Lausanne, 16 juin 1967, rapporté par MERCIER, p. 81-82.

ou susceptible de recours dans des procédures contradictoires »; il était d'avis en outre « qu'une répudiation, qui ne permet pas à chacun des époux de se défendre devant une autorité qui instruit la cause, est inconciliable avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse et ne saurait sortir d'effets en Suisse »¹⁸⁵⁴.

784. *Suite*. Dans une affaire *Al Saadi*¹⁸⁵⁵, le Tribunal de Lausanne a confirmé le caractère incompatible à l'ordre public d'une répudiation prononcée en Irak par l'époux irakien d'une Suissesse. Le mariage avait été célébré en Suisse en 1959, les époux s'étant ensuite établis en Irak, où l'épouse s'était convertie à l'Islam; au moment de la répudiation, l'épouse était à nouveau domiciliée en Suisse avec son enfant de nationalité irakienne; l'épouse ignorait tout de la procédure, bien qu'elle ait été représentée dans la procédure irakienne de constatation de répudiation par un avocat disposant d'une procuration rédigée en termes généraux, octroyée lors de la signature d'une convention de séparation. Le Département de l'Intérieur du canton d'Argovie, autorité de surveillance de l'état civil du canton d'origine de l'épouse, avait refusé d'inscrire la répudiation à laquelle l'épouse s'opposait, considérant en particulier que la représentation des parties dans une telle procédure par un avocat ne disposant pas de pouvoirs exprès heurtait l'ordre public suisse¹⁸⁵⁶; le Tribunal de Lausanne a prononcé le divorce aux torts du mari¹⁸⁵⁷.

785. *Pratique administrative*. 1° *Office fédéral de la justice*. En 1981, appelé à se prononcer sur la reconnaissance éventuelle d'une répudiation prononcée en Iran par un Iranien domicilié en Suisse à l'encontre de son épouse, double nationale suisse et iranienne, également domiciliée en Suisse, l'Office fédéral de la Justice estimait pouvoir se fonder sur « la jurisprudence constante des

¹⁸⁵⁴ Tribunal du district de Lausanne, 2 décembre 1966, citée et rapportée en détail par MERCIER, p. 82-84: O., de nationalités italienne et égyptienne, de religion juive, épouse à New York Simone A., chrétienne d'origine française et ayant acquis la nationalité américaine. O. signifie par télégramme à son épouse qu'il la répudie selon la loi hébraïque et fait enregistrer cette répudiation au Caire en 1958. La Cour d'appel du Caire déclare la répudiation nulle; dans l'intermédiaire, O. s'est converti à l'Islam et a répudié son épouse selon la loi islamique tout en ouvrant action en nullité du mariage devant le tribunal du Caire! L'épouse s'établit à Lausanne où elle requiert des mesures provisoires; le Président a admis sa compétence et statué sur les mesures provisoires, son ordonnance étant confirmée par le Tribunal de Lausanne.

¹⁸⁵⁵ Tribunal du district de Lausanne, 18 juin 1971, *Al. S.*, cité et rapporté par MERCIER, p. 84.

¹⁸⁵⁶ Voir *Département des Innern* AG, 31 mai 1969, AGVE 1969, p. 242.

¹⁸⁵⁷ Voir également l'affaire *Youssef B. c. G.*, citée par MERCIER, p. 85-86: conversion à l'Islam *in fraudem legis* dont l'irrévocabilité est douteuse.

tribunaux suisses » pour affirmer que la répudiation est « *considérée comme incompatible avec l'ordre public suisse* »¹⁸⁵⁸.

786. 2° *Département de l'Intérieur du Canton d'Argovie*. En 1971, le Département de l'Intérieur du Canton d'Argovie¹⁸⁵⁹ a rendu une décision très remarquée: il s'est prononcé en faveur de la reconnaissance et de l'inscription au registre des familles d'une répudiation prononcée par un époux de nationalité suisse, né au Maroc et converti à l'Islam, de son épouse marocaine, devenue double nationale. Les deux époux étaient domiciliés au Maroc. Le Département, refusant de se rallier à la jurisprudence fédérale, a estimé qu'il convenait de combler une lacune de la LRDC et d'admettre la reconnaissance en Suisse d'une répudiation lorsque les époux sont domiciliés dans un Etat connaissant ce mode de dissolution du mariage, pour autant que, dans les circonstances du cas, il n'apparaisse pas que la conception suisse de l'ordre public soit heurtée de façon grave¹⁸⁶⁰. Le Département relevait que les liens unissant les époux avec le Maroc étaient plus étroits que ceux qu'ils entretenaient avec la Suisse, même si les époux avaient conservé leur nationalité suisse.

bbb) Les opinions de quelques auteurs

787. *Divers auteurs*. A. SCHNITZER¹⁸⁶¹ ne semblait pas s'opposer à la reconnaissance de répudiations lorsque les deux intéressés étaient musulmans; en cas de mariage mixte en revanche, il éprouvait des réserves lorsque l'époux non musulman était ressortissant d'un Etat non musulman. Critiquant la décision du Tribunal fédéral de 1962, F. VISCHER estimait qu'en obligeant l'épouse répudiée à ouvrir action en divorce en Suisse, la solution retenue par le Tribunal fédéral était elle-même contraire à l'ordre public. Lorsque c'est l'épouse qui demande la reconnaissance, l'examen concret de la conformité à l'ordre public et la prise en compte des intérêts des parties devaient selon lui

¹⁸⁵⁸ Office fédéral de la justice, 7 décembre 1981, JAAC 1982, N° 23, p. 168-169. Voir également *Gemeindeparlament LU*, 31 octobre 1963, REC 1964, p. 53: Iranien répudiant à Téhéran, par procuration, son épouse domiciliée à Zurich.

¹⁸⁵⁹ *Département des Innern AG*, 4 mai 1971, AGVE 1971, p. 514, REC 1973, p. 40, RSJ 1973, p. 25, ASDI 1972, p. 390.

¹⁸⁶⁰ Décision précitée, REC 1973, p. 41: « *Es liegt nahe, die Verstoßung der Ehefrau anzuerkennen, wenn die Ehegatten in einem Lande domiziliert sind, welches diesen Auflösungsgrund der Ehe nach seiner Rechtsordnung kennt, analog zur Regelung bei der Scheidung. Dies ist als die für ein solches Verhältnis natürliche Kollisionsregel anzuerkennen: sie ist anzuwenden, sofern nicht nach den besonderen Umständen des Falles die schweizerische Rechtsauffassung in so gravierender Weise verletzt wird, dass der « ordre public » als tangiert anzusehen und die an sich zuständige Rechtsordnung am Wohnsitz der Ehegatten nicht zu beachten ist* ».

¹⁸⁶¹ SCHNITZER, t. I, p. 371 et note 114.

conduire à la reconnaissance de répudiations¹⁸⁶². Commentant la décision argovienne précitée¹⁸⁶³, P. LALIVE estimait qu'il ne fallait pas rejeter l'institution de la répudiation de façon générale et abstraite, mais statuer *in concreto*¹⁸⁶⁴. Dans sa contribution aux Mélanges G. FLATTET, B. DUTOIT approuvait également cette décision et se prononçait aussi pour un examen *in concreto*, à la lumière des faits¹⁸⁶⁵. Cet auteur semble avoir changé d'avis, estimant, dans son récent commentaire, qu'une répudiation, même si elle a lieu avec le concours d'une autorité officielle, viole manifestement l'ordre public matériel¹⁸⁶⁶. P.-S. TSAI prônait également un examen de la conformité de l'ordre public en fonction des circonstances concrètes de l'espèce. Cet auteur se prononçait clairement pour la reconnaissance de principe des divorces privés. Insistant sur l'importance des liens avec le for, il soulignait que, même lorsqu'un Suisse était impliqué dans un divorce privé, il ne faudrait pas admettre sans autre qu'il y a un lien suffisamment étroit avec le for pour faire intervenir la réserve. Il faudrait examiner les effets concrets que déploie la reconnaissance litigieuse¹⁸⁶⁷.

788. *Avis de P. MERCIER*. Dans les conclusions de son ouvrage paru en 1972¹⁸⁶⁸, P. MERCIER soulignait que les exigences de l'ordre public devaient pouvoir être tempérées dans une large mesure et varier selon la nature de l'affaire. Lorsqu'il s'agit d'une répudiation égyptienne d'époux égyptiens, le refus de reconnaissance jetterait l'incertitude dans l'état des personnes; l'intervention de l'ordre public devrait être tout à fait exceptionnelle, se limitant aux cas dans lesquels des droits fondamentaux ont été violés, alors que le refus de reconnaissance permettrait réellement de protéger ceux-ci dans le cas concret. Pour cet auteur, lorsque le mariage dissous est un mariage mixte, l'ordre juridique de l'État de la reconnaissance serait certes plus sensible, mais la reconnaissance devrait rester la règle et le rejet l'exception. Le refus de reconnaissance obligerait l'épouse occidentale à retourner dans son pays d'origine, à plus grands frais, pour intenter une procédure à un for qui apparaîtrait comme exorbitant pour le défendeur qui ferait défaut dans la plupart des cas. Le refus systématique de la reconnaissance des répudiations ajouterait

¹⁸⁶² VISCHER, *Der ordre public*, p. 327; *idem*, *Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts*, RDS 1971 II, p. 1 ss (86): « Eine solche abstrakte Betrachtung führt im vorliegenden Fall gerade zu einem ordre-public-widrigen Resultat ».

¹⁸⁶³ *Supra*, N° 786.

¹⁸⁶⁴ Pierre LALIVE, ASDI 1972, p. 390.

¹⁸⁶⁵ DUTOIT, *L'ordre public*, p. 459.

¹⁸⁶⁶ DUTOIT, *Commentaire*, N° 3 ad art. 65, jugeant erronée la décision argovienne précitée (*supra*, N° 786).

¹⁸⁶⁷ TSAI, p. 192 ss, 196-197.

¹⁸⁶⁸ MERCIER, p. 98-100.

aux malheurs de l'épouse répudiée qui ne pourrait se remarier à l'étranger. En outre, la mise en quarantaine des pays de droit musulman ne faciliterait pas l'efficacité des jugements occidentaux dans ces pays. En conclusion, le refus de reconnaître l'institution aboutirait à des « *résultats difficilement admissibles, contraires en tout cas à une conception générale de la justice.* » Dans la recherche d'une solution aux conflits de civilisations, la reconnaissance des institutions étrangères devrait être la règle et non l'exception.

bb) Situation postérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP

aaa) Travaux préparatoires

789. *La Commission d'experts.* Le rapport final de la Commission d'experts¹⁸⁶⁹ précisait, au sujet de l'art. 65 de l'avant-projet, qu'une procédure devait avoir lieu, par conséquent qu'un organe officiel devait avoir collaboré, pour que le divorce soit reconnu. Les experts étaient d'avis qu'une simple déclaration de volonté unilatérale, telle que la répudiation du droit musulman, ne suffisait pas, à moins qu'il s'agisse d'un cas qui s'est produit à l'étranger entre des personnes appartenant à cet Etat et que la question de la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable.

790. *Le Conseil fédéral.* Dans son Message, le Conseil fédéral a repris à son compte les déclarations de la Commission d'experts¹⁸⁷⁰.

bbb) Quelques opinions doctrinales

791. *Diverses opinions.* Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, plusieurs auteurs se sont prononcés sur la reconnaissance de formes privées de dissolution de l'union conjugale et des répudiations, qu'elles soient purement privées ou non. Pour K. SIEHR¹⁸⁷¹, il ne faut pas perdre de vue que dans les pays dans lesquels des formes privées de dissolution de l'union conjugale sont possibles, ces actes sont reconnus par l'Etat et constituent parfois la seule forme possible de dissolution. Dès lors, « *nicht gerechtfertigt ist es deshalb, das Scheidungsmonopol inländischer Gerichte auf ausländische Staaten zu übertragen und stets eine Mitwirkung von staatlichen Behörden oder Gerichten zu verlangen* ». Le caractère unilatéral éventuel de ces institutions ne les prive pas de leur qualité de décision au sens de l'art. 65 LDIP; pour cet auteur, la Suisse ne doit pas refuser de reconnaître une forme de divorce connue d'un cinquième de la population mondiale. Lorsque la Suisse est concernée, le

¹⁸⁶⁹ Schlussbericht, p. 140.

¹⁸⁷⁰ Message, ch. 235.7.

¹⁸⁷¹ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 65.

correctif de l'ordre public, procédural notamment¹⁸⁷², pourrait intervenir. D. CANDRIAN est également d'avis que les divorces privés sont des actes susceptibles d'être reconnus. L'ordre public pourrait toutefois, de cas en cas¹⁸⁷³, faire obstacle à la répudiation; lorsque l'épouse accepte la reconnaissance de la décision, l'ordre public ne devrait en principe pas intervenir¹⁸⁷⁴. D. LEVIN se prononce également pour la reconnaissance en Suisse de divorces purement privés, sous réserve de l'intervention de l'ordre public¹⁸⁷⁵. Pour A. BUCHER, étant donné que le juge du divorce est souvent amené, en Suisse comme à l'étranger, à prendre acte des affirmations des époux quant à la rupture de l'union conjugale, l'on ne devrait plus appliquer des critères aussi rigoureux quant au concours de l'autorité publique en cas de répudiation¹⁸⁷⁶. Cet auteur estime qu'une répudiation peut être reconnue en Suisse, si la rupture de l'union conjugale était déjà consommée et que l'époux intimé renonce à faire valoir les motifs de refus de l'art. 27 al. 2 LDIP¹⁸⁷⁷; l'absence de *Binnenbeziehung* pourrait réduire la force d'intervention de l'ordre public¹⁸⁷⁸. En revanche, il y aurait lieu de refuser tout effet juridique à des répudiations effectuées sur le sol suisse, même si elles constituent des actes valables selon le droit de l'Etat étranger où il est procédé à leur notification ou à leur enregistrement¹⁸⁷⁹. Monique JAMETTI GREINER se prononce pour la reconnaissance en Suisse des divorces privés prononcés en Thaïlande, pour autant qu'ils répondent aux conditions générales des art. 25 ss LDIP; pour cet auteur, la LDIP n'exige pas que les actes dont la reconnaissance peut être prononcée en Suisse soient issus d'une procédure à laquelle a participé une autorité¹⁸⁸⁰. Quand bien même l'on estimerait que ces formes privées de dissolution de l'union ne constituent pas des décisions, leur reconnaissance serait néanmoins soumise aux conditions générales de la reconnaissance, par le biais de l'art. 31 LDIP. Pour B. DUTOIT¹⁸⁸¹, lorsque l'autorité se borne à prendre en compte la volonté des époux, sans compétence décisionnelle, l'on ne peut parler de décision sans élargir indûment ce concept. Il estime que cette conception regrettable ne

¹⁸⁷² Cf. SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 65.

¹⁸⁷³ CANDRIAN, p. 313.

¹⁸⁷⁴ CANDRIAN, p. 322.

¹⁸⁷⁵ LEVIN, p. 171 ss.

¹⁸⁷⁶ BUCHER, DIP II, N° 570.

¹⁸⁷⁷ BUCHER, DIP II, N° 573.

¹⁸⁷⁸ BUCHER, DIP II, N° 576; voir également RSDIE 1998, p. 271: dans ses observations écrites après la publication de l'ATF 122 III 344, *Benjamin T.* (rapporté *infra*, N° 792-793), cet auteur estime qu'il faut continuer à exiger la participation, même résiduelle, d'une autorité publique de l'Etat étranger où la répudiation a lieu.

¹⁸⁷⁹ BUCHER, RSDIE 1998, p. 271.

¹⁸⁸⁰ JAMETTI GREINER, *Thailändische Privatscheidung*, p. 171, se référant à VOLKEN, IPRG Kommentar, N° 2 et 5 ad art. 25; JAMETTI GREINER, *Entscheidung*, p. 173 ss.

¹⁸⁸¹ DUTOIT, *Commentaire*, N° 3 ad art. 65.

s'harmonise pas avec le sens donné à ce terme dans la Convention de La Haye de 1970. S'agissant des répudiations, même dans une perspective très libérale, elles ne devraient pas constituer des décisions susceptibles d'être reconnues, quand bien même elles auraient lieu avec le concours d'une autorité officielle, la répudiation heurtant l'ordre public matériel.

ccc) Jurisprudence et pratique

792. 1^o *Divorces privés. a) Le revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 122 III 344, Benjamin T.)*. Les divorces privés ont fait l'objet d'un revirement spectaculaire de jurisprudence, dans un arrêt de 1996¹⁸⁸². Une Suisseuse et un Ghanéen s'étaient mariés au Ghana en 1964, selon le droit coutumier de ce pays; le mariage avait été enregistré par l'autorité locale. Après avoir déposé puis retiré une demande en divorce en Suisse, l'épouse avait sollicité de l'autorité de surveillance de l'état civil du canton de Zurich la transcription au registre des familles d'une inscription du registre du Ghana attestant du fait que le mariage avait été dissous; elle déposait également une déclaration sous serment du père et du neveu du mari certifiant que le mariage avait été dissous selon le droit coutumier. L'autorité de surveillance avait ordonné la transcription de la dissolution de l'union. L'ex-mari, après s'être vu retirer son autorisation de séjour, tenta d'obtenir l'annulation de la décision de l'autorité de surveillance zurichoise. Le Département de l'Intérieur rejeta sa demande. Avant que le Tribunal fédéral ne se prononce, l'épouse s'était remariée en Suisse avec un ressortissant nigérien. Le Tribunal fédéral s'est rallié à l'opinion doctrinale majoritaire en décidant que les formes privées de dissolution de l'union conjugale sont susceptibles de reconnaissance sous l'empire de la LDIP¹⁸⁸³. Pour le Tribunal, l'opinion contraire est en contradiction avec la tendance libérale voulue par le législateur en matière de reconnaissance; dès lors que de nombreux Etats reconnaissent ce type de dissolution constituant parfois la seule forme ouverte, refuser par principe la reconnaissance ne serait pas fondé et peu réaliste. Le Tribunal s'empressait d'émettre une réserve en précisant qu'une dissolution de l'union qui s'avère contraire à l'ordre public suisse devrait toutefois être écartée.

793. *b) Les conséquences du revirement en l'espèce*. Dès lors que le divorce privé constituait un acte susceptible d'être reconnu en Suisse, le Tribunal fédéral devait examiner s'il existait en l'espèce un motif de refus au sens de l'art. 27 LDIP. Il a considéré que le dossier ne lui permettait pas de déterminer

¹⁸⁸² ATF 122 III 344, Benjamin T., REC 1997, p. 17, RSDIE 1998, p. 262 (note BUCHER).

¹⁸⁸³ ATF 122 III 344 (348): « Aus diesen Gründen ist die Privatscheidung - vorliegend jene nach ghanaischem Gewohnheitsrecht - einem Entscheid im Sinn von Art. 25 ff. und 65 IPRG gleichzustellen; insoweit ist sie in der Schweiz grundsätzlich anerkennungsfähig ».

si le divorce des parties heurtait manifestement l'ordre public; il a dès lors renvoyé la cause à l'autorité cantonale de surveillance pour nouvelle décision. Pour le Tribunal fédéral, les circonstances de la dissolution n'étaient pas suffisamment claires et le dossier ne mentionnait pas si le recourant avait eu connaissance de la dissolution et y avait participé personnellement, ce que celui-ci contestait. Si seuls des représentants de la famille avaient été présents et s'étaient déclarés d'accord avec la dissolution de l'union, sans que les conjoints fussent présents et au moins d'accord avec la dissolution, il y aurait violation de l'ordre public matériel¹⁸⁸⁴. Le Tribunal fédéral précisait qu'il fallait poser des exigences particulières en matière de reconnaissance de divorces privés, dès lors que la base de la reconnaissance n'est pas une décision officielle, mais un accord privé qui peut être entaché de vices. Si un accord entre les époux a été enregistré et reconnu dans l'Etat d'origine, il sera reconnu en Suisse, même lorsque certaines objections sont soulevées à son encontre; lorsqu'au contraire, l'accord entre les époux est inexistant, ce qui ne pouvait être exclu en l'espèce, la reconnaissance devrait être refusée au nom de l'art. 27 LDIP indépendamment d'une éventuelle inscription dans les registres de l'Etat d'origine.

794. 2° *Répudiation*. a) *L'opinion actuelle du Tribunal fédéral au sujet de la répudiation*. Dans un *obiter dictum* de l'arrêt qui vient d'être rapporté (1996), le Tribunal fédéral semblait confirmer son opinion au sujet de l'incompatibilité de la répudiation avec l'ordre public suisse¹⁸⁸⁵. Il est toutefois difficile de tirer des conclusions définitives sur ce que pourrait être sa pratique actuelle en la matière s'il était saisi de la question. Une chose est cependant certaine: le caractère éventuellement privé de la répudiation ne fera plus obstacle à la reconnaissance¹⁸⁸⁶; en revanche, l'unilatéralité et l'inégalité qu'implique la répudiation continueraient d'être examinées sous l'angle de l'ordre public.

¹⁸⁸⁴ ATF 122 III 344 (349-350): « Eine Eheauflösung, die ohne Wissen und ggf. gegen den Willen eines oder beider Ehegatten alleine von Repräsentanten derer Familien vereinbart wurde, würde der schweizerischen Rechtsauffassung diametral zuwiderlaufen (...) ». Voir la critique de BUCHER, RSDIE 1998, p. 269, pour qui la vérification du consentement touche autant au fond qu'à la procédure et pour qui l'examen d'office de l'ordre public procédural s'impose, en dérogation au texte, jugé trop rigide, de l'art. 27 al. 2 LDIP.

¹⁸⁸⁵ ATF 122 III 344 (348): « in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht im Unterschied zu BGE 88 I 48 die islamische Verstossung richtigerweise denn auch unter dem Gesichtspunkt des Ordre public als in der Schweiz nicht anerkennbar bezeichnet (BGE 103 Ib 69 E. 3a S. 72 f.) ».

¹⁸⁸⁶ En ce sens BUCHER, RSDIE 1998, p. 268.

795. b) *Jugement du Tribunal civil du district de Neuchâtel (1989)*. Le Tribunal civil du district de Neuchâtel¹⁸⁸⁷ s'est prononcé, dans un jugement sur moyen séparé du 3 octobre 1989, sur la reconnaissance d'une répudiation prononcée en Arabie saoudite, invoquée par un défendeur à une action en divorce. En 1980, la demanderesse, de nationalité suisse, avait épousé à Neuchâtel le défendeur, de nationalité jordanienne. En juillet 1985, alors que les époux étaient domiciliés en Arabie saoudite, le mari avait répudié son épouse devant un Imam en présence de deux témoins¹⁸⁸⁸. En mars 1986, l'épouse avait ouvert action en divorce à son nouveau domicile en Suisse. Le mari, qui était toujours domicilié en Arabie saoudite, concluait principalement à l'irrecevabilité de la demande en raison de l'exception de chose jugée, subsidiairement au rejet de la demande et reconventionnellement au divorce. Le Tribunal a estimé que « *si la répudiation, seul mode de dissolution du mariage, a été faite en plein accord avec la femme et que c'est elle-même qui demande l'inscription du jugement dans son Etat national, on pourrait imaginer que l'ordre public n'est pas touché. Vouloir imposer à la femme de refaire une procédure en Europe irait même à l'encontre de ses propres intérêts. Le Tribunal fédéral n'est toutefois pas de cet avis (ATF 88 I 48). A l'inverse, si la répudiation intervient dans toute sa rigueur à la requête du mari seulement, sans que la femme ait pu s'opposer à la mesure et faire valoir ses droits, il est évident que l'institution ne peut être acceptée comme un divorce. Cette forme de dissolution paraît violer aussi bien le droit suisse de fond (notamment le principe de l'égalité de l'homme et de la femme) que les principes essentiels de la procédure civile (droit d'être entendu et de pouvoir faire valoir ses moyens)* ». Le Tribunal a considéré qu'en l'espèce, compte tenu des liens avec le for¹⁸⁸⁹, la répudiation étant manifestement contraire à l'ordre public suisse (art. 27 al. 1 LDIP) d'une part et, d'autre part, n'ayant pas offert « *des garanties suffisantes à l'épouse au niveau de la procédure* » ne saurait déployer aucun effet en Suisse.

¹⁸⁸⁷ Tribunal civil du district de Neuchâtel, jugement non publié du 3 octobre 1989 sur moyen séparé.

¹⁸⁸⁸ Les déclarations de la demanderesse au Tribunal (jugement, p. 5) méritent d'être relatées: « *Mon mari m'a emmenée un jour devant un Imam. Nous étions accompagnés des deux témoins mentionnés dans "l'acte de divorce"(...). Je suis restée assise à l'arrière avec mes enfants. On ne m'a rien demandé. (...) Après les discussions entre mon mari et l'Imam, mon mari m'a déclaré que le divorce était prononcé et il m'a remis le document (...). Il m'a dit également que je ne pouvais pas rester en Arabie saoudite une fois divorcée. Il m'a remis un billet d'avion simple course et je suis partie le soir même.* »

¹⁸⁸⁹ Le juge (p. 5) souligne que le mariage a été conclu en Suisse, que l'épouse a conservé la nationalité suisse et que l'un des enfants est né en Suisse, sans relever dans ce contexte que le domicile de la demanderesse est en Suisse au moment où il statue.

796. c) *Arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève (1991)*. La Cour de justice du Canton de Genève¹⁸⁹⁰ s'est prononcée dans une affaire mettant aux prises deux ressortissants égyptiens musulmans qui s'étaient mariés selon la loi islamique en Egypte en 1966. Après avoir vécu en Suisse avec leurs enfants dès 1972, les époux se séparèrent en 1987, les enfants restant avec leur mère. Le mari obtint d'un notaire officiel à Alexandrie, qui avait été saisi par son frère, muni d'une procuration, la transcription d'une déclaration de « *divorce retournable* » par répudiation, qui fut enregistrée devant deux témoins, en l'absence des époux. L'épouse prit connaissance de la décision verbalement par un employé du Consulat d'Egypte. Elle ouvrit action en divorce devant les tribunaux genevois, alors que son mari déposa une requête d'*exequatur* du divorce prononcé en Egypte. En premier lieu, la Cour, appliquant la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970, estima qu'une attestation de répudiation établie par un notaire sur simple déclaration du mari ne constituait pas un jugement de divorce susceptible d'être reconnu; on peut se demander si cet aspect de la décision a perdu de son actualité depuis le revirement de la jurisprudence fédérale que nous venons de signaler. La Cour adopta toutefois une motivation subsidiaire qui permet à l'arrêt de conserver une grande partie de son intérêt: la Cour considéra que, même s'il s'agissait d'un divorce au sens de la Convention, sa reconnaissance se heurterait à l'art. 8, dès lors que le défendeur n'avait pas été informé de la demande, et à l'art. 10, car elle était incompatible avec l'ordre public, revêtant les aspects d'une répudiation unilatérale. Selon la Cour, la reconnaissance de cette répudiation à titre principal était exclue. L'arrêt souligne que l'examen de la compatibilité à l'ordre public doit être d'autant plus rigoureux que l'épouse était domiciliée en Suisse depuis deux ans, qu'elle y avait un emploi stable, qu'elle y vivait avec ses enfants, dont les deux aînés étaient majeurs et naturalisés et qu'elle-même avait entrepris des démarches pour se naturaliser. Au vu de cette *Binnenbeziehung* étroite, la Cour retint la contrariété à l'ordre public « *sans poser le principe absolu d'une non-reconnaissance de la répudiation d'époux étrangers selon le droit islamique* ». Il est intéressant de relever que l'Institut suisse de droit comparé et l'Office fédéral de la justice ont également été appelés à examiner le problème de la reconnaissance en Suisse de cette répudiation. L'auteur de la répudiation qui s'était remarié au Maroc avait demandé un permis de séjour pour sa seconde épouse, de nationalité marocaine; l'Institut s'est prononcé¹⁸⁹¹ pour la reconnaissance de la répudiation, dès lors que la question se posait à titre préalable et dans la mesure où il s'agissait de ressortissants d'un pays connaissant ce type de dissolution de l'union. Le second mariage ayant été valablement conclu au Maroc, un refus de reconnaissance créerait une situation

¹⁸⁹⁰ Cour de justice GE, 14 novembre 1991, SJ 1992, p. 219, A. Z.

¹⁸⁹¹ ISDC, avis non publié du 4 décembre 1989, rapporté par ALDEEB ABU-SAHLEH, La dissolution, p. 644-645, Mélanges CIEC, p. 116-117 et la Suisse, p. 35-36.

boiteuse puisque, selon la loi nationale des trois intéressés, le second mariage serait valable; de l'avis de l'Institut, l'on ne saurait considérer que la reconnaissance de la répudiation heurte manifestement l'ordre public. Quant à l'Office fédéral de la justice, il devait se prononcer sur le point de savoir si c'était à juste titre que l'acte de répudiation avait été transcrit dans les registres de l'état civil; l'Office a estimé que cette transcription était erronée¹⁸⁹².

797. d) *Arrêts du Tribunal du district de Saint-Gall et du Tribunal cantonal de Saint-Gall (1995)*. Le Tribunal cantonal de Saint-Gall¹⁸⁹³ était saisi d'un recours contre un jugement du Tribunal de district de Saint-Gall ayant prononcé la nullité d'un mariage conclu à Saint-Gall entre un ressortissant du Bangladesh et une Suisse, dès lors que le précédent mariage du fiancé n'était pas dissous. Le mariage avait été célébré en Suisse sur la base d'actes de décès de la première épouse du fiancé qui s'étaient révélés des faux. La représentation suisse à Dakha avait finalement retrouvé l'épouse bien vivante, ainsi que leurs deux enfants communs; la première épouse avait déclaré qu'elle n'acceptait pas le divorce dès lors qu'elle avait été exclue de son clan en raison de son mariage avec un musulman. Dans la procédure de nullité du mariage, introduite par les autorités cantonales, le mari soutenait avoir répudié son épouse. Outre les doutes qu'il éprouvait quant à l'authenticité du document attestant de la répudiation, prononcée, près d'un an après la célébration du mariage en Suisse, par un défendeur déclarant avoir abandonné la foi musulmane, le Tribunal de première instance avait considéré que la répudiation ne pouvait de toute manière pas être reconnue car elle heurtait l'ordre public tant formel que matériel¹⁸⁹⁴. Saisi d'un recours, le Tribunal cantonal soulignait que le mari avait prononcé la répudiation devant témoins, en Suisse, en l'absence de son épouse, avant de la notifier à l'autorité au Bangladesh. Il a refusé de reconnaître cette répudiation parce qu'il s'agissait d'une forme purement privée de dissolution de l'union conjugale, dans laquelle l'autorité n'avait pas eu le moindre rôle, s'étant bornée à recevoir une déclaration alors que la dissolution était d'ores et déjà effective; en outre, il a estimé que le divorce prononcé en Suisse relevait de la seule compétence des tribunaux étatiques. Dans un *obiter dictum* intéressant¹⁸⁹⁵, le

¹⁸⁹² Office fédéral de la justice, avis non publié du 7 février 1990, rapporté par ALDEEB ABU-SÄHLIEH, La dissolution, p. 645, Mélanges CIEC, p. 117-118 et La Suisse, p. 36.

¹⁸⁹³ *Kantonsgerecht SG*, 14 septembre 1995, GVP-SG 1995, N° 44, p. 117, RSJ 1997, N° 40, p. 464, RSDIE 1998, p. 270 (note BUCHER).

¹⁸⁹⁴ *Bezirksgericht St. Gallen*, décision non publiée du 17 février 1995 (1 BZ 94/15 0385b): «*So hat das Bundesgericht diese Formen der Eheauflösung wiederholt als ordnungswidrig betrachtet, wobei die Mitwirkung eines bloss genehmigenden, aber nicht erkennenden Gerichts oder die Tatsache, dass die Ehefrau mit der Auflösung der Ehe einverstanden ist, den Verweigerungsgrund nicht von vornherein relativieren*».

¹⁸⁹⁵ Arrêt cité, p. 118.

tribunal précisait qu'une répudiation prononcée à l'étranger pourrait être reconnue lorsqu'elle concerne des musulmans étrangers, car la *Binnenbeziehung* ferait défaut, et que l'épouse approuve la dissolution, ou à tout le moins ne s'y oppose pas lors de sa reconnaissance en Suisse; encore faudrait-il que celle-ci n'invoque pas une violation de l'ordre public formel. Dès lors que le divorce par consentement mutuel est répandu dans les faits en Suisse, une répudiation ne heurterait pas d'emblée l'ordre public suisse si l'épouse y consent. En revanche, si l'épouse s'oppose à ce mode de dissolution et n'a pas eu l'occasion de présenter ses arguments, la répudiation contreviendrait à l'art. 4 Cst. féd. (1874) et l'art. 5 du Protocole N° 7 CEDH¹⁸⁹⁶, ce qui ferait obstacle à sa reconnaissance en Suisse.

798. e) *Décision du Président du Tribunal du district de Vevey (1995)*. Nous avons déjà examiné¹⁸⁹⁷ cette affaire en rapport avec le problème de la reconnaissance en Suisse d'une union polygamique célébrée à l'étranger. Rappelons qu'en 1990, X., ressortissant marocain, avait épousé au Maroc Y., de nationalité algérienne, alors qu'il était déjà marié à Z., par un mariage qui a été dissous par jugement du Tribunal de Grandson en 1992 seulement. Le 15 décembre 1994, le mariage de X. et Y. a fait l'objet d'une « *répudiation révocable* » au Maroc. Actionné en divorce par son épouse Y. devant le tribunal de Vevey, domicile des parties, X., l'auteur de la répudiation, souleva les exceptions de chose jugée et subsidiairement de litispendance. Dans une décision du 9 juin 1995¹⁸⁹⁸, le Président du Tribunal du district de Vevey rejeta ces exceptions, la première au vu du caractère révocable de la décision de répudiation et la seconde pour le motif que la répudiation ne serait vraisemblablement pas reconnue en Suisse. Le juge soulignait qu'il existait un rapport suffisant avec la Suisse dès lors que les époux étaient tous deux domiciliés en Suisse au moment de sa décision. Il relevait qu'il résultait du Code de statut personnel marocain que la seule opposition possible de l'épouse à la répudiation existait lorsqu'elle est enceinte; dès lors, « *même si l'intimée était assistée d'un avocat à l'audience, elle n'a pas eu la possibilité de se défendre sur le principe de la répudiation* »; en outre, la décision ne mentionnant pas si l'épouse était d'accord ou non sur le principe de la répudiation, « *preuve en est que la question ne s'est même pas posée* », de sorte qu'il paraît « *vraisemblable que la décision marocaine ne pourra pas être reconnue en Suisse, étant contraire à l'ordre public* ».

¹⁸⁹⁶ Le *Kantonsgericht* se réfère expressément à Cass. fr., 1^{er} juin 1994, RCDIP 1995, p. 104, 2^e espèce, cité *supra*, N° 764 et note 1798.

¹⁸⁹⁷ Cf. *supra*, N° 674.

¹⁸⁹⁸ Président du Tribunal du district de Vevey, décision non publiée du 9 juin 1995.

799. f) *Arrêt du Tribunal cantonal vaudois (1996)*. Dans un arrêt du 21 octobre 1996¹⁸⁹⁹, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté un recours interjeté par l'époux contre la décision qui vient d'être rapportée et confirmé le jugement entrepris. Après avoir rappelé la jurisprudence rendue sous l'ancien droit et les opinions des auteurs en matière de répudiation, la Chambre a examiné la délicate question de savoir si une répudiation uniquement homologuée par une autorité officielle constituait une décision de divorce au sens de l'art. 65 LDIP. En effet, en droit marocain, le juge n'a de pouvoir décisionnel que pour accorder un don de consolation (art. 52a du Code de statut personnel) mais n'a pas à se prononcer sur le principe de la répudiation, faisant du Maroc « *le seul pays du Moghreb où subsiste la répudiation dans sa forme classique, opérant dissolution du mariage sans concours d'un appareil judiciaire* ». La Chambre des recours a estimé que la question pouvait rester indécise en l'espèce; en effet, « *est-on en présence d'une décision de divorce au sens de l'art. 65 LDIP, encore faut-il que celle-ci ne soit pas, in concreto et au vu du rapport que la cause entretient avec la Suisse, manifestement incompatible avec l'ordre public suisse matériel* ». En l'espèce, dès lors que la répudiation litigieuse est « *issue d'un système qui s'annonce et qui fonctionne dans les faits au bénéfice d'un seul époux en raison de son sexe (elle) heurte gravement dans son résultat le sentiment suisse du droit et des mœurs, notamment les fondements matériels du droit du divorce et l'égalité entre hommes et femmes (art. 4 al. 2 Cst.[féd. 1874])* ». Selon la Chambre, « *la condition de l'existence d'un lien suffisant avec la Suisse étant réalisée, vu le domicile en Suisse des deux parties (...) et s'agissant d'une décision opposée par voie d'exception à l'ouverture ou à la poursuite d'une action ouverte en Suisse, la répudiation invoquée était manifestement incompatible avec l'ordre public suisse* »¹⁹⁰⁰.

800. g) *Arrêt de la Cour d'appel du canton de Berne (1996)*. La Cour¹⁹⁰¹ se prononçait sur un appel interjeté contre une décision de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 20 septembre 1996 par le Président du Tribunal d'Aarberg dans le litige opposant deux ressortissants marocains domiciliés dans le canton de Berne. L'appelant invoquait un « *jugement de divorce* » marocain du 27 décembre 1995 qui devait être, selon lui, reconnu en Suisse; il concluait principalement à ce que la Cour déclare que le mariage des parties était dissous, subsidiairement à la réduction des pensions octroyées. L'appelée concluait à la confirmation de la décision entreprise, étant d'avis que l'acte invoqué était une

¹⁸⁹⁹ Chambre des recours TC VD, JT 1997 III 87, RSDIE 1998, p. 273 (note BUCHER); cf. DUTOIT, Commentaire, N° 3^{bis} ad art. 65.

¹⁹⁰⁰ Le TF a déclaré irrecevable le recours en réforme interjeté contre cette décision (TF, arrêt non publié, 5C.239/1996 du 10 avril 1997).

¹⁹⁰¹ *Appellationshof* BE, arrêt non publié du 20 décembre 1996.

répudiation contraire à l'ordre public, en raison de l'absence de caractère contradictoire de la procédure. Le juge de première instance avait demandé un avis à l'Institut suisse de droit comparé dont les conclusions étaient les suivantes¹⁹⁰² : « l'acte de divorce qui nous est soumis est une déclaration de répudiation conforme au droit marocain. Il a pour effet la dissolution du mariage au Maroc. Cette déclaration de répudiation viole le droit d'être entendu et est, en principe, contraire à l'ordre public suisse »; l'Institut relevait qu'il n'était nullement fait mention de la présence de la femme, ni même de la convocation à la séance de répudiation, ajoutant que « même si la femme était présente, cette présence n'est que formelle ». Le Président du Tribunal d'Aarberg s'était rallié aux conclusions de l'avis¹⁹⁰³. La Cour, statuant en application de la LDIP, a estimé que l'acte de répudiation heurtait tant l'ordre public formel que matériel. En premier lieu, l'épouse n'avait pas été convoquée à la procédure devant les notaires marocains; même si une convocation lui avait été adressée, sa présence eût été purement formelle, de sorte que son droit d'être entendu n'aurait pas été respecté¹⁹⁰⁴. En second lieu, se référant à l'avis de l'Institut¹⁹⁰⁵, la Cour a considéré que, même si la réserve d'ordre public est conçue comme une exception devant être appliquée de façon restrictive, la répudiation unilatérale de l'épouse heurtait gravement le sentiment du droit et des mœurs en Suisse et, partant, ne pouvait être reconnue en Suisse.

801. *h) Décision du Président du Tribunal du VII^e ressort judiciaire VD (1998).* Dans une décision non publiée, le Président du Tribunal du VII^e ressort judiciaire du canton de Vaud (Yverdon et Grandson)¹⁹⁰⁶ a dû examiner un acte de répudiation marocain, invoqué par un défendeur à une action en modification de jugement de divorce. Les deux parties, alors de nationalité marocaine, s'étaient mariées au Maroc en 1982. En 1995, l'épouse avait déclaré, devant les autorités marocaines, se faire répudier par son époux, renonçant à tous les droits issus de ce divorce mais en conservant la garde de ses deux enfants. Les parties avaient toutes deux acquis la nationalité suisse en 1996; elles étaient domiciliées dans le canton de Vaud au moment de l'ouverture de l'action. La répudiation avait été transcrite dans les registres de l'état civil suisse comme un

¹⁹⁰² ISDC, avis 96-079 du 3 septembre 1996.

¹⁹⁰³ *Richteramt Aarberg/BE*, jugement non publié du 20 septembre 1996, p. 2.

¹⁹⁰⁴ Jugement, p. 7: « Das marokkanische Urteil verstösst gegen den formellen ordre public, da es sich sowohl beim rechtlichen Gehör als auch beim Recht auf persönliche Anwesenheit bzw. Vorladung zum Verfahren um wesentliche Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts handelt ».

¹⁹⁰⁵ Avis précité, citant l'arrêt non publié du TF du 29 janvier 1971 dont il a été question *supra*, N° 778.

¹⁹⁰⁶ Président du Tribunal du VII^e ressort judiciaire (district d'Yverdon et de Grandson), décision incidente, non publiée, du 13 août 1998.

divorce. Alors que le jugement marocain ne fixait ni le droit de visite ni la contribution d'entretien due par le père, celui-ci versait spontanément un montant mensuel de Fr. 1000.- pour ses enfants. La demanderesse avait conclu à l'octroi d'une pension pour chacun de ses enfants et à la fixation d'un droit de visite au défendeur. Le défendeur souleva un déclinatoire, faisant valoir qu'il s'agissait d'une action en complément de divorce et que le tribunal marocain ayant prononcé le divorce était seul compétent. Le tribunal a retenu qu'il serait choquant de renvoyer les parties, ayant acquis entre temps la nationalité suisse, à agir devant les tribunaux marocains; le tribunal ajoutait « *qu'au demeurant, le droit marocain, en ce qu'il admet la répudiation de l'épouse par le mari, même avec le consentement de celle-ci, est assurément contraire à l'ordre public suisse au sens des art. 17 et 27 LDIP, en tout cas lorsque le consentement de l'épouse s'accompagne de la renonciation à tous ses droits issus du divorce, sans aucun contrôle du juge* ». Le juge relevait qu'en cas de renonciation temporaire à toute contribution à l'entretien des enfants, l'ex-époux attributaire de l'autorité parentale pouvait ouvrir action en modification du jugement de divorce pour obtenir le paiement d'une pension pour les enfants dont il a la charge. Le tribunal s'estimant compétent pour statuer sur la demande en modification du jugement de divorce, le déclinatoire du défendeur fut par conséquent rejeté.

802. i) *Avis de l'Office fédéral de la justice (1995)*. Dans un avis non publié¹⁹⁰⁷, l'Office fédéral de la justice examinait une répudiation prononcée en Egypte par un double national suisse et égyptien à l'encontre de son épouse égyptienne. L'Office était d'avis que l'on pouvait tout d'abord se demander si l'exigence de la collaboration minimale d'une autorité étatique, posée par la Convention de La Haye, était respectée en l'espèce. En tout état de cause, l'ordre public faisait obstacle à la reconnaissance: l'office affirma qu'une répudiation pourrait au mieux être reconnue lorsque la partie défenderesse a été régulièrement citée, qu'elle était présente lors de la répudiation et qu'elle l'a acceptée¹⁹⁰⁸; aucune de ces conditions n'était remplie en l'espèce.

803. j) *Avis de l'Office fédéral de la justice (1998) et de l'Office fédéral de l'état civil (1998)*. Dans l'affaire qui vient d'être rapportée, après que l'autorité cantonale compétente eut rendu une décision de refus de transcription de la répudiation litigieuse¹⁹⁰⁹, un tribunal égyptien prononça un jugement de

¹⁹⁰⁷ Office fédéral de la justice, avis non publié du 1^{er} décembre 1995.

¹⁹⁰⁸ Avis précité, p. 3: « *Unseres Erachtens könnte eine ausländische Verstossung - wenn überhaupt - höchstens dann in der Schweiz anerkannt werden, wenn die beklagte Partei rechtmässig zitiert wurde, bei der Verstossung anwesend sein konnte und mit dieser einverstanden war* ».

¹⁹⁰⁹ Amt für Justiz SH, décision non publiée du 29 janvier 1996.

« divorce », confirmé par la Cour d'appel du Caire en 1998. Le mari sollicita la transcription de ce jugement dans les registres suisses de l'état civil. L'Office fédéral de la justice¹⁹¹⁰ a considéré que le jugement litigieux ne constituait pas un jugement de divorce, mais « *die gerichtlich sanktionierte Umwandlung einer widerruflichen Verstossung in eine unwiderrufliche* ». Selon l'Office, la reconnaissance de ce jugement devait être refusée en Suisse en raison d'une violation de l'ordre public formel relevée dans l'avis rapporté au paragraphe précédent, quand bien même l'épouse avait été représentée, devant les tribunaux égyptiens, lors de la procédure consécutive à la répudiation prononcée en son absence¹⁹¹¹. L'Office fédéral de l'état civil s'est également prononcé pour un refus de transcription du jugement égyptien¹⁹¹².

ddd) Conclusion; notre conception

804. 1^o Divorces privés. a) Localisation. Il n'est pas toujours aisé de distinguer les divorces qui sont prononcés à l'étranger de ceux qui sont prononcés en Suisse, dès lors que l'acte se divise parfois en deux phases distinctes, par exemple la rédaction et l'envoi d'une lettre par un intéressé et sa réception par une autorité religieuse. K. SIEHR propose que l'on considère comme effectué à l'étranger le divorce dont seul l'un des éléments s'y déroule¹⁹¹³. Nous ne nous rallions pas à cette proposition qui nous paraît trop large. Nous pensons qu'il est préférable de considérer que le divorce purement privé doit être localisé dans le pays dans lequel la manifestation de volonté des parties de dissoudre leur union s'est exprimée, par exemple dans l'Etat dans lequel elles ont conclu un accord écrit ou fait une déclaration devant témoins; l'envoi de la convention à une autorité étrangère d'enregistrement, par définition dépourvue de pouvoir décisionnel (à défaut, il ne s'agit pas d'un divorce privé) ne permet pas de modifier cette localisation¹⁹¹⁴.

¹⁹¹⁰ Office fédéral de la justice, avis non publié du 9 novembre 1998.

¹⁹¹¹ « Aus Ihren Angaben und den Akten geht ausserdem hervor, dass die Frau weder mit dem "Urteil" vom 21.12.1996 noch mit jenem vom 18.2.1998 einverstanden ist, sondern dass sie die Zuständigkeit der erwähnten ägyptischen Behörden bestreitet und ihre Unterschrift unter der durch den Notar abgefertigten Urkunde leugnet. Obwohl beide Parteien bzw. deren Vertreter bei dem "Verfahren" vor dem Guizah Gerichtshof und jenem vor dem Kairoer Berufungsgericht anwesend waren und angehört wurden, sollte nach unserem Dafürhalten allein schon aus diesem Grund das erwähnte "Scheidungs Urteil" wegen Verletzung unseres Ordre public in der Schweiz nicht anerkannt werden ».

¹⁹¹² Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 16 novembre 1998.

¹⁹¹³ SIEHR, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 65; *contra*: BUCHER, RSDIE 1998, p. 271.

¹⁹¹⁴ Sur le problème de la reconnaissance de divorces privés intervenus en Suisse, voir *supra*, N° 759.

805. *b) Reconnaissance.* En matière d'effet indirect, nous nous réjouissons de l'important revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral; il est dorénavant acquis que l'ordre public suisse ne s'oppose pas en soi à la reconnaissance de divorces privés. Cette approche nous paraît réaliste et pragmatique; s'il est bien admis en Suisse que le divorce relève du monopole des autorités judiciaires, rien ne s'oppose à ce que, dans les relations internationales, l'on reconnaisse des actes privés pourvus d'effets dans l'Etat d'origine et sur lesquels les parties ont fondé des attentes légitimes. Pour parer aux abus, l'autorité de la reconnaissance devra examiner attentivement si le divorce privé qu'il s'agit de reconnaître est effectivement reconnu par les autorités étatiques du pays d'où il provient.

806. *c) Compatibilité de cette jurisprudence avec la Convention de La Haye de 1970.* Il convient de relever que le divorce privé devrait également pouvoir être reconnu lorsqu'il entre dans le champ d'application de la Convention de La Haye de 1970. En effet, celle-ci ne s'oppose pas à l'application de règles autonomes des Etats contractants qui seraient plus favorables à la reconnaissance des divorces et séparations de corps acquis à l'étranger (art. 17)¹⁹¹⁵. La dernière jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la reconnaissance des divorces privés est sans doute plus favorable que la Convention, puisqu'elle qualifie de décisions de divorce susceptibles d'être reconnues des formes de divorce dans lesquelles l'autorité n'intervient pas, si ce n'est pour enregistrer la dissolution de l'union, alors que les règles de la Convention n'exigent pas des Etats contractants, sans le leur interdire, la reconnaissance de tels actes.

807. *d) La réserve d'ordre public peut faire obstacle à la reconnaissance des divorces privés.* Ainsi que le souligne le Tribunal fédéral, là où il s'agissait autrefois d'examiner si une autorité étatique avait participé à la procédure, il conviendra dorénavant de procéder à un contrôle de l'acte de dissolution de l'union au regard de l'ordre public suisse matériel et formel. Les développements généraux que nous avons consacrés à l'intervention de la réserve en matière de divorce s'appliqueront en la matière.

808. *2° Répudiation. Intervention de la réserve. a) Influence de la localisation.* A ce stade, il importe de souligner que la théorie des liens avec le for, dans la conception défendue dans notre travail, réduit fortement l'enjeu de la question de la localisation des répudiations. En effet, pour juger de l'intervention de l'ordre public, la distinction entre l'effet direct (plein) et l'effet indirect (atténué) ne constitue pas la *summa divisio*. Nous considérons qu'une répudiation est effectuée en Suisse lorsqu'un élément essentiel de la procédure y

¹⁹¹⁵ En ce sens, JAMETTI GREINER, *Thailändische Privatscheidungen*, p. 171.

est accompli. Si la répudiation est déclarée en Suisse et communiquée à l'épouse en Suisse, elle sera réputée avoir été prononcée en Suisse, même si la déclaration est adressée, à l'étranger, à une autorité qui se borne à l'enregistrer. Il nous semble en revanche que la répudiation pourrait être localisée à l'étranger si l'autorité à laquelle elle est adressée dispose d'un certain pouvoir de contrôle de ses motifs et peut la refuser. Nous avons observé que¹⁹¹⁶, même lorsque l'un des éléments essentiels de la répudiation se déroule en Suisse, celle-ci (ou certains de ses effets) pourrait néanmoins être reconnue dans notre pays lorsque les liens avec la Suisse sont peu intenses, en particulier lorsque la vie des époux est étroitement liée à un Etat qui a reconnu la répudiation durant une certaine période. Enfin, l'ordre public pourrait intervenir pour faire obstacle à la reconnaissance d'une répudiation dont tous les éléments se seraient déroulés à l'étranger lorsque cette reconnaissance le heurterait, en fonction de l'intensité des liens de la cause avec la Suisse et de l'importance du principe d'ordre public en jeu.

809. *b) Appréciation concrète.* La répudiation, qu'elle soit prévue sous une forme privée dans l'Etat d'origine (l'autorité civile ou religieuse se bornant à enregistrer la déclaration) ou qu'elle se déroule sous le contrôle d'une autorité étatique (p. ex. après une conciliation, le juge examinant les motifs), pose un problème particulier lorsqu'elle n'est ouverte qu'à l'un des conjoints. L'institution de la répudiation n'est pas en soi contraire à l'ordre public. Le principe de l'interprétation concrète interdit de tirer une conclusion aussi absolue et de refuser d'emblée de reconnaître toute répudiation en Suisse. Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL nous paraissent souligner à juste titre que le contenu de l'ordre public en matière de répudiation a perdu sa spécificité et rejoint les préoccupations d'ordre général du respect minimum des droits et intérêts des individus¹⁹¹⁷. Lorsque la répudiation constitue la seule forme de dissolution de l'union possible et que l'épouse y consent (voire l'a demandée à son époux), elle s'apparente à un divorce ordinaire par consentement mutuel susceptible d'être reconnu; elle pourrait être inscrite dans les registres de l'état civil suisse en tant que divorce. Lorsque la répudiation a été prononcée contre la volonté d'une épouse qui n'a pas pu participer à la procédure ou dont les moyens n'ont pas été entendus, ceux-ci étant irrecevables en vertu du droit applicable, l'ordre public interviendra. Le juge examinera dans chaque cas d'espèce si la reconnaissance, principale ou préalable, de la répudiation qui lui est soumise heurte l'ordre public suisse, compte tenu des circonstances de la dissolution et des liens que les parties entretiennent avec la Suisse au moment où il statue et au moment où la répudiation a été prononcée. Relevons que

¹⁹¹⁶ *Supra*, N° 759 sur la reconnaissance des répudiations intervenues en Suisse et N° 385, sur l'élément temporel dans la théorie de la *Binnenbeziehung*.

¹⁹¹⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 330, p. 372.

plusieurs arrêts que nous avons rapportés précédemment ont statué en ce sens¹⁹¹⁸ et que de nombreux auteurs défendent cette approche pragmatique¹⁹¹⁹.

810. *c) Ordre public formel.* Les deux composantes, matérielle et formelle, de la réserve d'ordre public peuvent intervenir pour faire obstacle à la reconnaissance d'une répudiation. Tout d'abord, l'ordre public formel des art. 27 al. 2 lit. *a* et *b* LDIP pourrait faire échec à la reconnaissance lorsque l'une des parties soulève ce moyen. Les droits de la défense de l'épouse ne sont que rarement respectés dans ce type de dissolution de l'union, qui intervient fréquemment à son insu (art. 27 al. 2 lit. *a* LDIP). A nos yeux, lorsque le droit d'être entendu de l'épouse a été respecté et qu'elle a pu faire valoir ses moyens, mais qu'ils n'ont pas été reçus, le droit de fond prévoyant que la dissolution de l'union est consacrée même si l'épouse s'y oppose, l'on ne saurait retenir une violation de l'art. 27 al. 2 lit. *b* LDIP; c'est l'ordre public matériel qui pourrait intervenir en ce cas. L'autorité de la reconnaissance pourra retenir une violation de l'ordre public procédural lorsque l'épouse n'a pas pu faire valoir ses différents moyens et que les règles essentielles de la procédure contradictoire n'ont pas été respectées; tel est le cas lorsque, par exemple, l'épouse n'a pas eu la possibilité d'alléguer les faits sur lesquels s'appuient ses prétentions en matière de compensation pécuniaire, qu'elle n'a pu fournir de preuves sur sa situation personnelle et ses besoins ou démontrer l'absence de motifs de la répudiation pour obtenir un don de consolation plus important¹⁹²⁰. Ce n'est qu'en présence de parties qui n'entretiennent avec la Suisse qu'un lien très lâche (séjour de courte durée) ou purement fortuit (intéressés de passage en Suisse subissant un accident) et dont la relation est entièrement localisée dans l'Etat d'origine que les exigences essentielles de la procédure pourront être atténuées, relativisées, au point que la réserve n'interviendra pas. Enfin, si les intéressés renoncent à soulever le moyen tiré de l'ordre public formel, il ne sera pas retenu d'office, même si les liens qu'ils entretiennent avec la Suisse sont plus étroits et que l'atteinte à l'ordre public formel paraît particulièrement grave. La renonciation de l'épouse à invoquer une violation de l'ordre public formel pourra résulter implicitement d'une requête tendant à la transcription de l'acte de répudiation, en tant que divorce, dans les registres de l'état civil suisse. Lorsque seul l'époux répudiant requiert la transcription, l'art. 32 al. 3 LDIP permettra à l'autorité de surveillance de statuer en connaissant la position de l'épouse, lorsqu'il y a lieu de craindre que ses droits n'ont pas été respectés dans la procédure de répudiation à l'étranger. Si elle consent à la transcription, la violation éventuelle de l'ordre public formel ne sera pas examinée¹⁹²¹.

¹⁹¹⁸ *Supra*, N° 786, 795, 796, 797.

¹⁹¹⁹ *Supra*, N° 787, 788 et 791.

¹⁹²⁰ Voir DÉPREZ, RCDIP 1995, p. 116.

¹⁹²¹ Sur l'articulation des art. 32 al. 3 et 27 al. 2 LDIP, voir *supra*, N° 232-233.

811. *d) Ordre public matériel.* Quant à l'ordre public matériel, il pourrait également intervenir, du fait du caractère unilatéral de la répudiation et de l'atteinte à l'égalité des sexes qu'elle représente, voire parce que l'épouse n'a pas droit à une indemnité équitable; il s'agirait dans ce dernier cas d'une forme « d'ordre public alimentaire », pour reprendre l'expression forgée par J. DÉPREZ¹⁹²². A nos yeux, l'ordre public ne devrait en principe pas faire obstacle à la reconnaissance en Suisse d'une répudiation, qu'elle soit purement privée ou non, lorsque l'épouse consent à cette reconnaissance; en effet, elle s'apparente alors à un divorce par consentement mutuel de sorte que l'ordre public du for n'est pas concrètement heurté par la reconnaissance de la dissolution du mariage. Le consentement de l'épouse pourra à nouveau se manifester, implicitement, par une requête de transcription dans les registres de l'état civil, par exemple en vue de la conclusion d'un nouveau mariage en Suisse. Lorsque l'épouse s'oppose à la reconnaissance de la répudiation, il faudra examiner les liens que la cause entretient avec la Suisse. Plusieurs arrêts cantonaux précités s'inspirent de cette démarche. Dans des cas exceptionnels, lorsque la cause entretient des liens très étroits avec l'Etat d'origine des époux, dans lequel la dissolution du mariage est effective, que leur vie conjugale était entièrement localisée dans cet Etat au moment de la répudiation et que les intéressés n'entretiennent pour ainsi dire aucun lien avec la Suisse, il nous paraît possible qu'une répudiation soit reconnue en Suisse, en dépit de l'opposition manifestée par le conjoint répudié. Tel pourrait être le cas par exemple lorsque, depuis la répudiation, une certaine période s'est écoulée durant laquelle elle a été largement reconnue à l'étranger, dans des Etats dans lesquels la vie des anciens conjoints était localisée, et que ceux-ci semblent avoir pris acte de la répudiation dans les faits.

812. *Illustration 1. Introduction.* Alphonsine est née en 1970, en Suisse, de parents français. En 1980, elle acquiert la nationalité suisse par naturalisation. En 1990, Alphonsine rencontre Albert, ressortissant de la République islamique de X., qu'elle épouse en Suisse. Les époux s'établissent en 1991 dans l'Etat d'origine d'Albert, où naissent leurs deux enfants. Après 6 ans de vie commune, Albert répudie son épouse devant le Tribunal matrimonial de leur domicile conjugal. Alphonsine n'est pas convoquée à l'audience et reçoit communication de l'acte de répudiation après son entrée en force, conformément à la loi de la République de X.

813. *Variante a).* Alphonsine retourne immédiatement en Suisse et ouvre action en divorce devant le juge de son domicile (art. 59 lit. b LDIP). Elle allègue que la répudiation ne respecte pas ses droits procéduraux, qu'elle n'a même pas été citée à l'audience. Elle conclut au divorce et à l'attribution d'une pension alimentaire durant 10 ans. Albert conclut à l'irrecevabilité de la demande en raison de la répudiation. Le juge statuant par jugement séparé rejette le moyen; il est d'avis que l'art. 27 al. 2 LDIP fait obstacle à la reconnaissance, les liens avec

¹⁹²² DÉPREZ, RCDIP 1995, p. 116.

la Suisse étant suffisamment étroits pour que la réserve intervienne. Il statue au fond sur la demande.

814. *Variante b).* Alphonsine retourne en Suisse; en 1997, elle rencontre Armand, ressortissant suisse, qu'elle désire épouser. Elle sollicite la transcription de la répudiation dans les registres de l'état civil. L'autorité de surveillance de l'état civil ordonne la transcription de la répudiation comme un divorce. Elle constate qu'aucune violation de l'ordre public formel n'a été invoquée; s'agissant de l'ordre public matériel, elle est d'avis que, si la répudiation, par son caractère unilatéral et inégalitaire, ne paraît pas compatible avec les valeurs essentielles de l'ordre juridique suisse, il convient toutefois de tenir compte des attentes des parties; l'épouse sollicitant la transcription de la répudiation, l'ordre public n'est pas heurté de façon concrète par cet acte.

815. *Illustration 2.* En 1980, Youssef épouse Aïsha; tous deux sont ressortissants de la République du Biran, Etat connaissant la polygamie et la répudiation. En 1985, Youssef répudie Aïsha; celle-ci n'est pas convoquée devant le Tribunal. Elle prend connaissance de la répudiation lorsque son époux l'en informe. Youssef se remarie en 1986 avec Leïla et en 1987 avec Arlette, ressortissante française, domiciliée depuis sa naissance dans la République du Biran. En janvier 1986, Aïsha prend domicile au Royaume de l'Est, Etat ne connaissant ni la répudiation ni la polygamie, mais reconnaissant les répudiations prononcées à l'étranger; elle épouse valablement Abed, ressortissant de ce pays. En février 1995, elle s'établit à Genève, après avoir divorcé d'Abed. Au mois de mars 1996, elle ouvre action en divorce contre Youssef devant les tribunaux genevois (art. 59 lit. b LDIP) en expliquant que la répudiation prononcée à son encontre en 1985 ne peut être reconnue en Suisse. Youssef, qui possède des biens en Suisse, se fait représenter dans la procédure. Il conclut à l'irrecevabilité de la demande, en raison de la répudiation; il dépose un extrait de l'état civil de son Etat de domicile, mentionnant qu'il est marié à Leïla et Arlette; il insiste sur le remariage d'Aïsha. Le juge est d'avis que la répudiation prononcée par Youssef dix ans auparavant doit être reconnue en Suisse; à ses yeux, la réserve d'ordre public n'a pas à intervenir en raison de l'absence de liens avec la Suisse au moment du prononcé de la répudiation et de la localisation, durant plusieurs années, de Youssef et de Aïsha dans des Etats l'ayant reconnue; enfin, les parties semblent avoir fondé des attentes sur la validité de cette répudiation; il relève qu'Aïsha s'est elle-même valablement remariée dans un Etat n'admettant pas la polyandrie. Il déclare la demande irrecevable.

816. *Conclusion.* L'application de la théorie des liens avec le for permet d'échapper à deux écueils: d'une part, on évite de manifester, par un refus de toute prise en considération des répudiations et d'autres formes unilatérales de dissolution de l'union conjugale, une attitude trop stricte, peu compatible avec la nécessaire souplesse dans la réglementation des relations privées internationales; d'autre part, l'on ne risque pas de sombrer dans une tolérance excessive à laquelle la théorie de l'effet atténué pourrait mener. L'application de la théorie de la *Binnenbeziehung* devrait permettre de sauvegarder le noyau dur de l'ordre public tout en respectant dans toute la mesure du possible les attentes des parties.

eee) De l'inopportunité d'une réglementation légale différente

817. *Divorces privés.* Art. 65 LDIP. S'agissant en premier lieu de la reconnaissance des divorces privés, l'on pourrait juger utile, dans un but de clarté et de sécurité juridique, de préciser à l'art. 65 LDIP que cette disposition concerne non seulement les décisions de divorce, mais également les divorces privés. Cette modification de la loi ne s'impose cependant pas de manière urgente. Elle aurait le mérite d'offrir une lecture plus limpide de la loi pour les justiciables; il nous paraît toutefois illusoire de prétendre adapter la loi à chaque revirement de jurisprudence.

818. *Adoption d'une clause spéciale.* Parmi les multiples propositions de la doctrine de *lege ferenda*, celle qui passe par l'adoption d'une disposition spéciale concrétisant la réserve d'ordre public en matière de répudiation retiendra notre attention. Ainsi, pour la France, P. LAGARDE suggère de procéder par le biais de la méthode de la clause spéciale, en adoptant une disposition déclarant sans effet en France, sauf à la demande de la femme, la répudiation d'une femme ayant sa résidence habituelle en France¹⁹²³. En s'inspirant de cette méthode, l'on pourrait envisager une disposition précisant en premier lieu que la reconnaissance de la répudiation n'est pas exclue du seul fait de son caractère unilatéral, sous réserve de l'ordre public. En second lieu, le texte préciserait que la reconnaissance ne sera pas possible si l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse au moment du prononcé de la répudiation, sauf si l'époux répudié consent à la reconnaissance de la répudiation¹⁹²⁴. Il serait donc toujours possible d'invoquer la réserve d'ordre public, singulièrement l'ordre public formel, lorsque la reconnaissance de la répudiation heurte des principes d'ordre public en dépit de l'absence de domicile ou de résidence des conjoints au moment de son prononcé.

819. *Autonomie de la volonté.* J.-Y. CARLIER a fait une proposition remarquée. Cet auteur suggère de réserver une large place à l'autonomie de la volonté par le

¹⁹²³ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 281 et Répertoire, 2^e éd., V^o Ordre public, ch. 28.

¹⁹²⁴ Ce nouvel art. 65 bis LDIP pourrait être rédigé de la façon suivante:

VI bis Répudiations et autres formes unilatérales de dissolution de l'union conjugale

¹ Les actes de répudiation et les autres formes unilatérales de dissolution de l'union conjugale, reconnus dans l'Etat dans lequel ils ont été prononcés, sont reconnus en Suisse, lorsque:

a. Aucun des époux n'était domicilié ou n'avait sa résidence habituelle en Suisse au moment du prononcé, ou que

b. L'époux répudié a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse.

² L'intervention de la réserve d'ordre public est réservée (art. 27 al. 1 et 2 LDIP).

biais d'une option offerte aux intéressés entre leur droit national et celui de leur résidence habituelle¹⁹²⁵. La proposition de J.-Y. CARLIER nous paraît difficilement envisageable en Suisse, pays dans lequel l'application de la loi du domicile a été étendue par la loi de 1986. En outre, il serait délicat de définir le champ d'application qui serait reconnu à cette option: soit la réserve d'ordre public continuerait à intervenir à l'encontre des répudiations, en fonction de l'intensité des liens avec la Suisse, ce qui viderait l'option de sa substance et d'une grande partie de sa portée pratique, soit la validité des répudiations serait reconnue bien plus largement qu'aujourd'hui, ce qui ne nous paraît pas souhaitable. A l'instar de J. DÉPREZ, nous pensons que l'adhésion spontanée et massive des ressortissants étrangers au « *statut européen* » est illusoire¹⁹²⁶; l'adoption d'une telle règle risquerait en définitive de conférer une plus grande légitimité à l'application, à des étrangers parfaitement intégrés en Suisse, de normes heurtant les valeurs du for, compte tenu des liens que les parties entretiennent avec lui.

820. *La réserve d'ordre public nous paraît suffire.* Nous pensons que la réserve d'ordre public suffit à apporter des réponses satisfaisantes aux problèmes posés par la reconnaissance des répudiations étrangères. Nous ne croyons pas que l'on doive parler pour la Suisse, comme peut le faire P. LAGARDE pour notre voisin, de trouble dans l'opinion publique au sujet de la répudiation appelant des solutions législatives, notamment l'adoption d'une clause spéciale d'ordre public, ni d'attitude fluctuante du Tribunal fédéral sur ces questions, comme cet auteur qualifie la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹²⁷. La Suisse étant peuplée d'une moindre proportion d'étrangers originaires d'Etats connaissant la répudiation¹⁹²⁸, sa réception reste « *occasionnelle et confidentielle* » pour reprendre l'expression de J. DÉPREZ¹⁹²⁹; en France, c'est l'importance de la communauté musulmane qui a transformé cette réception en phénomène de société. En second lieu, la jurisprudence suisse n'ayant jamais adopté une interprétation aussi libérale de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public que les tribunaux français, la solution proposée par P. LAGARDE présente moins d'intérêt pour notre pays. Nous ne trouvons pas en Suisse d'exemples jurisprudentiels comparables à l'arrêt *Rohbi*¹⁹³⁰ et aux décisions qui s'en inspirent; les tribunaux suisses n'ont jamais préconisé la reconnaissance d'une

¹⁹²⁵ Jean-Yves CARLIER, Le respect du statut personnel musulman. De quel droit, par quel droit ? in CARLIER/VERWILGHEN, p. 385; *idem*, Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe, p. 27-31.

¹⁹²⁶ DÉPREZ, Statut personnel et pratiques familiales, p. 118.

¹⁹²⁷ LAGARDE, La théorie de l'ordre public, p. 282.

¹⁹²⁸ Cf. ALDEEB ABU-SAHLEH, La dissolution, p. 631 et La Suisse, p. 9.

¹⁹²⁹ DÉPREZ, RCDIP 1991, p. 709.

¹⁹³⁰ *Supra*, N° 762.

répudiation prononcée dans l'Etat national du répudiant dans le but d'échapper à une condamnation pécuniaire à des prestations d'entretien, alors que les relations des époux sont localisées de façon prépondérante dans l'Etat de la reconnaissance. Dans pareil cas, compte tenu des liens que les époux entretiennent avec le for, la réserve d'ordre public suisse interviendrait certainement, sans que le caractère atténué de l'intervention de l'ordre public ne puisse la tenir en échec.

821. *Conclusion.* Le récent revirement jurisprudentiel du Tribunal fédéral a le mérite de placer le problème de la reconnaissance des divorces privés sur le terrain de la réserve d'ordre public. Tempérée par le critère des liens avec le for, la réserve permet d'assurer une réponse plus adaptée à la spécificité d'une relation civile internationale que ne le ferait une clause spéciale. L'on peut appeler de ses vœux un revirement de la jurisprudence fédérale publiée en matière de répudiation; il serait judicieux qu'à l'occasion de la prochaine affaire de reconnaissance de répudiation qui lui sera soumise, le Tribunal fédéral examine, en fonction des liens que les parties entretiennent avec la Suisse, l'incidence concrète sur l'ordre social de notre pays que la reconnaissance pourrait avoir, prenant en compte l'esprit d'ouverture aux actes étrangers qui s'exprime dans la loi. Une intervention législative, sous la forme d'une réserve spéciale d'ordre public, reste un moyen à disposition du législateur s'il souhaite assouplir ou, au contraire, rendre plus difficile la reconnaissance des répudiations en Suisse; pour notre part, nous pensons que la réserve d'ordre public constitue un moyen relativement bien adapté à résoudre cette problématique. La multiplication des clauses spéciales d'ordre public dans la loi ne nous paraît pas souhaitable¹⁹³¹.

¹⁹³¹ En ce domaine comme en d'autres, la prévention reste la meilleure solution, notamment pour les femmes dont le conjoint est ressortissant d'un pays connaissant la répudiation; voir les conseils d'ALDEEB ABU-SAHLEH, *Mariages mixtes entre Suisses et étrangers musulmans*, 2^e éd., ISDC, Lausanne 1996, avec une proposition de contrat-type de mariage (p. 25-28), contenant un engagement des conjoints à ne pas faire usage de la répudiation et, si le mari ou les deux conjoints résident dans un pays qui permet au mari de répudier sa femme, octroie à l'épouse le droit de répudier son conjoint aux mêmes conditions que lui, ce qui est permis par certaines législations (cf. *op. cit.*, p. 15-16).

Chapitre VIII: Filiation par naissance, reconnaissance et réserve d'ordre public

1. Introduction

822. *Divergences des règles matérielles.* Les règles matérielles qui président à l'établissement et à la contestation de la filiation par naissance, à la reconnaissance et à la légitimation divergent fortement d'un Etat à l'autre. Chaque société envisage différemment le difficile équilibre à réaliser entre les impératifs de paix sociale ou familiale et de vérité biologique; les fondements du droit de la filiation sont profondément enfouis dans le terreau social de chaque civilisation. Tel Etat prohibe l'établissement de la filiation adultérine¹⁹³², tel autre l'admet, tel pays fixe d'étroites limites à la présomption de paternité, faisant primer le principe de la vérité biologique sur d'autres considérations, tel autre n'admet que la reconnaissance volontaire d'un enfant par son géniteur. Le droit de la filiation « traduit de façon directe la conception que chaque société se fait de la famille » (B. AUDIT)¹⁹³³. Nous examinerons l'incidence que ces divergences matérielles peuvent avoir sur l'étendue de l'intervention de la réserve d'ordre public.

823. *Relativité dans le temps.* Le large mouvement de réforme du droit de la filiation, qui est apparu dès la fin des années soixante dans la plupart des pays européens, a souvent eu pour effet de modifier largement la sphère d'intervention de la réserve d'ordre public. Il n'est pas rare de constater aujourd'hui qu'une prohibition, reflétant autrefois les valeurs d'ordre public de l'époque, a disparu d'un droit interne particulier et que parfois même la réserve tend à évincer une loi étrangère qui s'inspire d'une prohibition inscrite dans l'ancienne règle du for. Lorsque le législateur laisse, en droit interne, une plus large place à la volonté des individus, le champ d'intervention de l'ordre public s'amenuise du même coup¹⁹³⁴.

2. Droit comparé

A. France

a) Règles de conflit

824. *Règles de conflit (art. 311-14 à 311-18 CCFr.).* La loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation légitime et naturelle a posé le principe de l'égalité de tous

¹⁹³² Voir p. ex. pour les Etats du Maghreb, MEZIOU, *Maghreb*, p. 219 et ISSAD, p. 263-264.

¹⁹³³ AUDIT, N° 713.

¹⁹³⁴ Dans ce sens pour le droit français, GUIHO, *La conception française*, p. 157.

les enfants, légitimes ou naturels (simples ou adultérins), et a profondément modifié le système français du droit matériel et des conflits de lois en la matière, en introduisant cinq dispositions qui concernent le droit international privé dans le Code civil (art. 311-14 à 311-18 CCFr.). Précédemment, la jurisprudence soumettait la filiation naturelle à la loi nationale de l'enfant et la filiation légitime à la loi des effets du mariage, c'est-à-dire à la loi nationale commune du père et de la mère, à défaut à la loi de leur domicile commun et, à défaut, à la loi du for. En 1972, le législateur a adopté un rattachement commun à la filiation légitime et à la filiation naturelle: la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant et, si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant (art. 311-14 CCFr.). En matière de légitimation par mariage, le législateur a adopté une règle substantielle: « *le mariage emporte légitimation lorsqu'au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant* » (art. 311-16 CCFr.); quant à la légitimation par autorité de justice, qui peut intervenir sur requête de l'un des parents ou sur requête commune (art. 331-1 CCFr.), elle est régie au choix du requérant par sa loi personnelle ou par celle de l'enfant. Estimant en outre que le rôle considérable joué par la possession d'état en droit interne ne devait pas être amoindri sous prétexte que la loi française ne serait pas désignée par les rattachements, le législateur a adopté l'art. 311-15 CCFr., aux termes duquel « *si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère* »; selon P. MAYER, cette règle a pour effet de transformer en loi d'application nécessaire les règles internes qui font produire des effets à la possession d'état¹⁹³⁵. L'art. 311-17 dispose enfin que la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant. Il n'est pas question d'examiner ici ce système complexe de règles de conflit et de règles substantielles¹⁹³⁶, qui a été

¹⁹³⁵ MAYER, N° 612; voir la critique de LOUSSOUARN/BOUREL, N° 347: « aucune des justifications que l'on a tenté de donner à cette exception n'est entièrement convaincante ».

¹⁹³⁶ Voir notamment en général AUDIT, N° 685 ss; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 338 ss; MAYER, N° 603 ss; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 458 ss, et les contributions de: Henri BATIFFOL/Paul LAGARDE, *L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation*, RCDIP 1972, p. 1 ss; Jacques FOYER, *Problèmes de conflits de lois en matière de filiation*, RCADI, t. 193 (1985 IV), p. 9 ss; *idem*, *La réforme du droit de la filiation et le droit international privé*, TCFDIP 1969-1971, p. 107 ss; André PONSARD, *La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation*, JDI 1972, p. 765 ss; Marthe SIMON-DEPITRE/Jacques FOYER, *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Paris 1973; Geneviève SUTTON, *Les articles 311-14 et suivants du Code civil à*

accueilli avec une relative fraîcheur par la doctrine. Relevons simplement que l'application des règles françaises en matière de possession d'état par le biais de la règle unilatérale décrite ci-dessus restreint le champ d'application de la réserve; en outre, l'adoption des généreux rattachements alternatifs décrits ci-dessus permettra d'appliquer très souvent la loi française¹⁹³⁷. Il n'en reste pas moins que de larges plages de la réglementation peuvent être rattachées à une loi étrangère, de sorte que la réserve a encore vocation à intervenir.

b) Intervention de l'ordre public

825. *En général. Actualité.* L'évolution de la jurisprudence française en la matière illustre parfaitement la théorie de l'actualité de l'ordre public. Nous renvoyons ici aux lignes que nous lui avons consacrées précédemment¹⁹³⁸. La loi de 1972 a rendu en grande partie obsolète l'ancienne jurisprudence relative à l'intervention de l'ordre public¹⁹³⁹.

826. *Filiation légitime. Présomption de paternité.* Le droit français écarte la présomption de paternité lorsque la paternité du mari est douteuse ou invraisemblable (art. 313, 313-1 et 315 CCFr.). L'ordre public doit-il intervenir à l'encontre d'une loi étrangère prévoyant la présomption de façon plus large que la loi française ? Dans un arrêt de 1977, le Tribunal de grande instance de Paris avait écarté la loi autrichienne qui conduisait à l'établissement d'un lien de filiation entre le mari de la mère de deux enfants et ceux-ci, alors qu'ils avaient été déclarés à l'état civil sans indication du nom du mari et qu'ils étaient dépourvus de possession d'état à son égard, les époux étant séparés depuis plusieurs années au moment de la naissance des enfants, le plus jeune étant né plus d'un an après le prononcé du divorce¹⁹⁴⁰. Dans une autre affaire, le même tribunal n'avait toutefois pas écarté la loi belge qui ne permettait pas la remise en question de la filiation légitime de l'enfant conçu pendant le mariage de sa mère, rendant impossible toute légitimation ultérieure¹⁹⁴¹. La jurisprudence n'a pas encore apporté de réponse à la question de savoir si l'ordre public pourrait intervenir à l'encontre d'une loi étrangère moins favorable à la présomption de paternité¹⁹⁴².

l'épreuve de la juridiction du Tribunal de grande instance de Paris, TCFDIP 1983-1984, p. 193 ss. Sur l'ordre public, GUIHO, *La conception française, passim*.

¹⁹³⁷ MAYER, N° 605.

¹⁹³⁸ Cf. *supra*, N° 257.

¹⁹³⁹ GUIHO, *La conception française*, p. 145-146; PONSARD, JDI 1972, p. 775-776; AUDIT, N° 713; SIMON-DEPITRE/FOYER, *op. cit.* (note 1936), p. 99 ss; MAYER, N° 618.

¹⁹⁴⁰ TGI Paris, 1^{er} mars 1977, RCDIP 1978, p. 110.

¹⁹⁴¹ TGI Paris, 30 avril 1985, RCDIP 1986, p. 313.

¹⁹⁴² Voir le pronostic nuancé de GUIHO, *La conception française*, p. 148-149.

827. *Légitimation*. Avant la loi de 1972, la légitimation n'était pas admise lorsque les conditions de la loi française n'étaient pas réunies; ainsi, l'ordre public fut opposé à des lois permettant la légitimation d'enfants adultérins¹⁹⁴³, mais pas toujours lors de la reconnaissance en France de légitimations intervenues à l'étranger, faisant jouer l'effet atténué de l'ordre public¹⁹⁴⁴. S'agissant de lois plus restrictives que la loi française, la Cour de cassation a estimé, en 1987, que « *le principe de la légitimation par le mariage des enfants naturels, même d'origine adultérine, traduit une conception fondamentale actuelle du droit français entraînant, par l'effet de l'ordre public, l'éviction de la loi belge* »¹⁹⁴⁵. La Cour a écarté la loi belge qui s'opposait dans une large mesure à la légitimation d'enfants adultérins. Comme le relève GUIHO, l'intervention de l'ordre public est inversée: on oppose aujourd'hui l'ordre public à des lois plus restrictives que la loi française, alors qu'autrefois, l'ordre public faisait obstacle à des lois prévoyant plus largement que la loi française la légitimation des enfants adultérins¹⁹⁴⁶.

828. *Filiation naturelle. Ancienne jurisprudence*. La filiation naturelle est l'une des matières dans lesquelles l'ordre public a le plus souvent été opposé à l'application de la loi étrangère¹⁹⁴⁷. Avant 1912, les tribunaux écartaient toute loi étrangère prévoyant la recherche de paternité pour contrariété à l'ordre public français¹⁹⁴⁸, alors que l'ordre public ne s'opposait pas toujours à ce qu'une paternité établie judiciairement à l'étranger produise des effets¹⁹⁴⁹. Après 1912, mais avant la loi de 1972, la jurisprudence avait jugé contraire à l'ordre public des lois étrangères qui prévoyaient des cas de recherche de paternité naturelle non prévus par le droit français de l'époque (art. 340 CCFr., énumérant de façon exhaustive les cas d'ouverture de l'action)¹⁹⁵⁰ ou qui

¹⁹⁴³ Cass. fr., 31 mars 1930, JDI 1930, p. 649.

¹⁹⁴⁴ TGI Nice, 3 juillet 1963, RCDIP 1966, p. 424.

¹⁹⁴⁵ Cass. fr., 12 mai 1987, JDI 1988, p. 101; la Cour de cassation devait se prononcer sur la question préalable de la qualité d'héritier du recourant, né pendant le second mariage du *de cuius* et issu d'une liaison adultère de celui-ci avec celle qui devint sa troisième épouse.

¹⁹⁴⁶ GUIHO, La conception française, p. 148.

¹⁹⁴⁷ AUDIT, N° 715: « *Aussi n'est-il pas surprenant que l'ordre public ait été constamment invoqué en la matière, et souvent avec succès* ».

¹⁹⁴⁸ P. ex. Cass. fr. (Chambre des requêtes), 25 mai 1868, *De Civry*, in Sirey 1868 I, p. 365; CA Paris, 16 mars 1899, JDI 1899, p. 301.

¹⁹⁴⁹ Cf. les références citées par BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 475, note 2.

¹⁹⁵⁰ Cass. 26 mars 1935, RCDIP 1935, p. 768, 1^{ère} espèce et les nombreuses références citées par BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 475, note 3.

admettaient la reconnaissance volontaire ou forcée des enfants adultérins¹⁹⁵¹. L'ordre public n'intervenait en revanche pas toujours à l'encontre de tels actes prononcés à l'étranger¹⁹⁵². La loi du 15 juillet 1955, admettant l'action alimentaire de l'enfant adultérin, a également entraîné un net assouplissement de l'ordre public. Ainsi, la Cour de cassation admit, en vertu de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, que la reconnaissance d'un enfant adultérin allemand par un Français pouvait déployer des effets sur une demande d'aliments en France¹⁹⁵³. L'action purement alimentaire, sans effet d'état, prévue par la loi allemande, fut accueillie en France pour des enfants naturels, adultérins ou non¹⁹⁵⁴.

829. *Influence de la loi de 1972. Lois plus permissives.* Dès lors que les cas d'ouverture de l'action en paternité, régis par l'art. 340 CCFr., n'avaient pas été modifiés par la loi de 1972, l'on pouvait penser que la jurisprudence décrite ci-dessus serait maintenue, s'agissant de la réaction de l'ordre public à l'encontre de lois plus permissives que la loi française¹⁹⁵⁵; dans un premier temps, la Cour de cassation a relevé que « la conception française de l'ordre public international n'interdit pas la recherche en France de la paternité naturelle selon une loi étrangère compétente qui ne prévoit pas les cas d'ouverture énumérés par l'art. 340 CCFr. »¹⁹⁵⁶. Elle a ensuite ajouté une précision importante, définissant les exigences minimales de l'ordre public¹⁹⁵⁷: elle a jugé que l'ordre public n'interdit pas l'application en France d'une loi étrangère qui ne se limite pas aux cas d'ouverture énumérés par cette disposition, dès lors que cette loi présente « de sérieuses garanties en ce qui concerne le respect de la vérité biologique et permet au père d'assurer efficacement sa défense »¹⁹⁵⁸. En outre, les fins de non recevoir de la loi française, notamment celle de l'inconduite notoire de la mère, ne sont pas d'ordre public¹⁹⁵⁹. L'application d'une loi prévoyant un délai plus long, voire n'imposant aucun délai¹⁹⁶⁰ ne heurte pas l'ordre public, ce que la jurisprudence avait admis avant la loi de 1972. La jurisprudence a dû examiner la reconnaissance de jugements étrangers

¹⁹⁵¹ Cass. fr., 3 juin 1966, RCDIP 1968, p. 64: « la reconnaissance d'un enfant adultérin souscrite en France est nulle d'une nullité d'ordre public, quelle que soit la nationalité de son auteur ou celle de l'enfant ».

¹⁹⁵² Cass. fr., 11 avril et 1^{er} mai 1945, Sirey 1945 I, p. 121.

¹⁹⁵³ Cass. fr., 22 mai 1957, RCDIP 1957, p. 466.

¹⁹⁵⁴ Cass. fr., 10 février 1960, RCDIP 1961, p. 341 et 10 mai 1960, RCDIP 1960, p. 205.

¹⁹⁵⁵ Cf. BATIFFOL/LAGARDE, I. II, N° 475 et note 13.

¹⁹⁵⁶ Cass. fr., 3 mars 1981, D. 1982, p. 285.

¹⁹⁵⁷ En ce sens, GUIHO, La conception française, p. 154.

¹⁹⁵⁸ Cass. fr., 9 octobre 1984, RCDIP 1985, p. 643.

¹⁹⁵⁹ Cass. fr., 3 mars 1981, D. 1982, p. 285; CA Paris, 4 mai 1979, RCDIP 1980, p. 313.

¹⁹⁶⁰ Cass. fr., 10 mai 1960, RCDIP 1960, p. 205; CA Paris, 4 mai 1979, RCDIP 1980, p. 313 et 20 janvier 1986, Gaz. Pal. 1986 I, Somm., p. 217.

qui prononcent une paternité sur la base des déclarations de la mère, entendue comme témoin dans une procédure introduite par un office étatique au nom de l'enfant. L'ordre public s'oppose à la reconnaissance si le tribunal s'est fondé exclusivement sur les déclarations de la mère¹⁹⁶¹ ou, en cas de défaut, sur les seules déclarations du demandeur¹⁹⁶²; si les déclarations de la mère sont corroborées par d'autres éléments de preuve¹⁹⁶³, l'*exequatur* peut être accordé, le juge n'examinant pas la force probante de ces éléments¹⁹⁶⁴.

830. *Lois restrictives. Influence de la loi de 1993.* L'ordre public peut également écarter une loi étrangère posant des conditions plus sévères pour l'établissement d'une filiation. Dans le cadre d'une action en recherche de paternité d'une mère de nationalité algérienne ayant mis au monde son enfant en France - l'art. 311-14 CCFr. désignant la loi algérienne, qui prohibait l'établissement d'une filiation hors mariage -, le Tribunal de grande instance de Paris avait estimé que la loi étrangère « *déniant à un enfant, au motif qu'il est né hors mariage, tout droit à établir sa filiation, est fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l'enfant et, comme telle, heurte l'ordre public français* »¹⁹⁶⁵. La Cour de cassation a dû se pencher sur une affaire qui concernait la filiation d'un enfant né en France, de nationalité française *jure soli*, d'une mère née française de statut musulman, devenue algérienne à l'indépendance et réintégrée ensuite dans sa nationalité française. La Cour de cassation a considéré que « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* »¹⁹⁶⁶; la Cour a rejeté le pourvoi intenté contre un jugement qui avait rejeté l'action tout en condamnant le défendeur à verser des subsides. Dans un arrêt de 1993, opérant un revirement de jurisprudence remarqué, la Cour a estimé qu'une loi de ce type était contraire à l'ordre public « *si elle avait pour effet de priver un enfant français ou résidant actuellement en France du droit d'établir sa filiation* »¹⁹⁶⁷. En l'espèce, c'est à juste titre que la loi tunisienne de la nationalité de la mère avait été évincée, dans le cadre d'une action en recherche de paternité introduite par celle-ci contre son prétendu concubin, domicilié en France et de nationalité algérienne, dès lors que l'enfant résidait en France depuis sa naissance et disposait d'un

¹⁹⁶¹ Cass. fr., 19 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 535; 18 mai 1976, RCDIP 1978, p. 351.

¹⁹⁶² Cass. fr., 10 mars 1982, RCDIP 1982, p. 724; *contra*: CA Paris, 14 juin 1974, Gaz. Pal. 1975.1., Somm., p. 159.

¹⁹⁶³ Cass. fr., 18 mai 1976 et 25 janvier 1977, RCDIP 1978, p. 351.

¹⁹⁶⁴ Voir la critique de GUIHO, La conception française, p. 156.

¹⁹⁶⁵ TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83.

¹⁹⁶⁶ Cass. fr., 3 novembre 1988, RCDIP 1989, p. 495.

¹⁹⁶⁷ Cass. fr., 10 février 1993, RCDIP 1993, p. 620.

certificat de nationalité française. Cet arrêt illustre la théorie des liens avec le for et le principe de l'actualité de l'ordre public: la loi N° 93-22 du 8 janvier 1993, supprimant les cas d'ouverture et les fins de non recevoir de l'art. 340 CCFr., a fait triompher une conception purement biologique de la paternité¹⁹⁶⁸. Selon J. FOYER, «*dès lors que les enfants français ont la faculté quasi-absolue de faire établir en justice la paternité juridique de leur géniteur dans la mesure où il existe des «présomptions ou indices graves», il paraît difficilement acceptable que des enfants de mère étrangère, français ou étrangers, mais résidant normalement en France, se voient refuser un tel droit*»¹⁹⁶⁹. Deux autres arrêts fournissent une illustration de la théorie des liens avec le for. Dans un arrêt de 1993, le Tribunal de grande instance de Paris¹⁹⁷⁰ a considéré que l'ordre public ne serait pas heurté par l'application de la loi péruvienne qui excluait l'action en contestation de la reconnaissance, dès lors que la situation en cause ne présentait, selon lui, quasiment aucun lien de rattachement avec la France; l'enfant résidait en France et la mère, de nationalité péruvienne, y séjournait temporairement en qualité d'étudiante; quant au père qui entendait contester sa reconnaissance de l'enfant, il était domicilié en Allemagne. La seconde affaire, jugée en 1997¹⁹⁷¹, concernait des ressortissants français de Mayotte, territoire français d'outre-mer régi par le droit musulman¹⁹⁷². La Cour de cassation n'a pas fait intervenir l'ordre public à l'encontre des règles musulmanes de Mayotte, qui ne reconnaissent qualité pour succéder qu'au descendant légitime. La Cour a reproché au Tribunal supérieur d'appel de Mayotte d'avoir admis que tous les enfants d'un défunt soumis au statut civil de droit local pouvaient lui succéder sans vérifier si les enfants étaient nés des mariages réguliers de leur père. Implicitement, la Cour a considéré que la nationalité française d'un enfant de statut musulman résidant non en France, mais à Mayotte, enclave territoriale musulmane, ne constituait pas un lien suffisant avec le territoire français métropolitain¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁸ Alain BÉNABENT, Droit civil. La famille, 5^e éd., N° 502, cité par Jacques FOYER, RCDIP 1993, p. 626.

¹⁹⁶⁹ Jacques FOYER, RCDIP 1993, p. 626. Pour un exemple d'application, voir TGI Paris, 5 avril 1994, D. 1995, Somm., p. 118: action en recherche de paternité, éviction de la loi marocaine qui exclut l'action (père, mère et enfant marocains domiciliés en France).

¹⁹⁷⁰ TGI Paris, 23 novembre 1993, RCDIP 1995, p. 703, 1^{ère} espèce.

¹⁹⁷¹ Cass. fr., 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602; cf. *supra*, N° 359, 632.

¹⁹⁷² Sur le statut de Mayotte, voir les explications détaillées de DROZ, RCDIP 1998, p. 604-605 et *supra*, N° 359, note 962.

¹⁹⁷³ *Sic* DRDZ, RCDIP 1998, p. 606-607.

B. Allemagne

a) Règles de conflit

aa) EGBGB version 1986

831. *Règles. Filiation légitime* L'EGBGB, dans sa version de 1986, distinguait entre la filiation légitime (art. 19 EGBGB, « *eheliche Kindschaft* »), la filiation illégitime (art. 20 EGBGB, « *nichteheliche Kindschaft* ») et la « *Legitimation* » (art. 21 EGBGB). La première était régie par la loi régissant, en vertu de l'art. 14 EGBGB, les effets généraux du mariage de la mère au moment de la naissance. Lorsque les époux étaient ressortissants d'Etats différents, l'enfant était également légitime s'il l'était selon le droit de l'un de ces Etats. Si l'union était dissoute avant la naissance de l'enfant, le moment de la dissolution était déterminant. L'enfant pouvait également contester la filiation légitime selon le droit de l'Etat de sa résidence (art. 19 al. 1 EGBGB). Le même texte régissait en outre les effets de la filiation et la loi applicable aux mesures de protection de l'enfant (art. 19 al. 2 et 3 EGBGB).

832. *Filiation illégitime*. Quant à la filiation illégitime, elle était rattachée au droit national de la mère au moment de la naissance, rattachement qui valait aussi pour les devoirs du père à l'égard de la mère du fait de la maternité (art. 20 EGBGB). La paternité pouvait également être constatée selon la loi nationale du père au moment de la naissance ou selon la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

833. *Légitimation*. Quant à la légitimation par mariage, elle était soumise au droit applicable aux effets généraux du mariage (art. 14 EGBGB); si les parents étaient de nationalités différentes, l'enfant était également légitimé lorsqu'il l'était selon la loi de l'un de ces Etats (art. 21 al. 1 EGBGB). La légitimation par d'autres moyens que le mariage des parents était soumise au droit national du parent dont l'enfant devait être déclaré l'enfant légitime ou, en cas de décès, à son dernier droit national.

bb) EGBGB version 1998

834. *Nouvelles règles*¹⁹⁷⁴. La loi réformant le droit de la filiation, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998, a modifié les art. 19-21 EGBGB. La loi ne distingue plus entre filiation légitime et filiation illégitime. Afin de favoriser l'établissement de la filiation, le législateur a prévu plusieurs rattachements alternatifs. L'établissement de la filiation est soumis au droit de la résidence habituelle de

¹⁹⁷⁴ Voir KLINKHARDT, München. Komment., ad art. 19 nf, 20 nf et 21 nf EGBGB.

l'enfant; la filiation peut également être établie, à l'égard de chaque parent, selon le droit national de celui-ci; lorsque la mère est mariée, la filiation peut en outre être établie selon la loi régissant les effets généraux du mariage (art. 14 al. 1 EGBGB) au moment de la naissance (art. 19 al. 1 EGBGB). La contestation de la filiation est également soumise à des rattachements alternatifs: la filiation peut être contestée selon le droit qui l'établit (art. 20 al. 1 EGBGB); lorsque plusieurs droits désignés par l'art. 19 EGBB permettent d'établir la filiation, celle-ci peut être contestée selon les règles de chacun de ceux-ci¹⁹⁷⁵. L'enfant a enfin la faculté de se fonder sur le droit de sa résidence habituelle (art. 20 al. 2 EGBGB).

b) Intervention de la réserve d'ordre public

835. *Introduction.* Il nous a paru intéressant d'exposer la substance de la jurisprudence, relativement abondante, rendue sous l'empire de l'ancienne version de l'EGBGB, avant d'émettre quelques remarques sur le champ d'intervention potentiel de la réserve depuis l'entrée en vigueur de la novelle de 1998.

836. *Filiation légitime.* La réserve d'ordre public a été appliquée de façon très mesurée en la matière; en outre, en désignant fréquemment la loi allemande, la règle de conflit a sans doute contribué à réduire les cas d'intervention de l'ordre public¹⁹⁷⁶. Un tribunal a jugé contraire à l'ordre public la loi russe qui ne soumettait à aucun délai l'action du mari en contestation de la filiation¹⁹⁷⁷. Lorsque la loi étrangère prévoit des délais pour agir plus courts que ceux du droit allemand, la plupart des arrêts et la doctrine majoritaire jugent qu'il n'y a pas violation de l'ordre public¹⁹⁷⁸, à moins que le délai ne soit excessivement court¹⁹⁷⁹. Il semble admis qu'il n'y a pas violation de l'ordre public si le cercle des personnes légitimées à ouvrir action est décrit de façon plus large qu'en

¹⁹⁷⁵ Voir KLINKHARDT, München. Komment., N° 3 ad art. 20 nf EGBGB souligne qu'il s'agit d'un rattachement alternatif et non cumulatif.

¹⁹⁷⁶ SPICKHOFF, p. 260-261.

¹⁹⁷⁷ OLG Frankfurt, 3 décembre 1925, JW 1926, p. 2858, IPRspr. 1926-27, N° 77, cité par HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 125 ad art. 18 aEGBGB; SPICKHOFF, p. 261-262.

¹⁹⁷⁸ Voir p. ex. BGH, 20 juin 1979, BGHZ 75, p. 32 (43); OLG Düsseldorf, 24 novembre 1972, FamRZ 1973, p. 311; LG Trier, 20 décembre 1955, FamRZ 1956, p. 131; AmtG Parsberg, 14 novembre 1972, FamRZ 1973, p. 461; AmtG Mannheim, 9 juin 1989, IPRax 1989, p. 311 et les références citées par HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 126 ad art. 18 aEGBGB; SPICKHOFF, p. 261.

¹⁹⁷⁹ 2 à 3 mois, selon HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 126 ad art. 18 aEGBGB; quelques jours pour SCHWIMANN, München. Komment., N° 43 ad art. 19.

droit allemand¹⁹⁸⁰, ou au contraire de façon plus étroite¹⁹⁸¹, ou si le droit étranger ne prévoit pas d'action d'état, tout en permettant aux intéressés de faire valoir l'existence d'un lien de filiation de façon incidente¹⁹⁸². L'ordre public allemand ne fait pas obstacle au droit étranger qui soumet la contestation de la filiation à des conditions plus strictes que la loi allemande, en permettant le renversement de la présomption dans un nombre limité de cas énumérés par la loi¹⁹⁸³.

837. *Filiation illégitime*. L'éviction, au nom de l'ordre public, de la loi désignée par l'art. 20 al. 1 EGBGB a perdu de son importance pratique en raison de la possibilité de faire appel à l'un des deux droits désignés par l'art. 20 al. 2 EGBGB; la règle de conflit de 1986 relative à la filiation légitime a réduit la sphère d'intervention potentielle de la réserve¹⁹⁸⁴. La doctrine est d'avis que la loi qui ne permettrait jamais d'établir une paternité devrait être écartée au nom de l'ordre public¹⁹⁸⁵. Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1986, l'interdiction de reconnaître un enfant adultérin a été jugée contraire à l'ordre public¹⁹⁸⁶. Ce dernier a également fait obstacle à l'application de l'ancienne législation de la République démocratique allemande, qui n'attribuait qualité pour contester une constatation de paternité entrée en force qu'au seul procureur¹⁹⁸⁷. La réserve est également intervenue à l'encontre d'une règle prévoyant que la paternité ne pouvait être constatée que pendant un délai de deux ans après la naissance de l'enfant¹⁹⁸⁸. Dans le domaine de la reconnaissance, la jurisprudence ne semble pas poser d'exigences sévères, sous l'angle de l'ordre public, à l'égard de l'administration des preuves par le juge d'origine: le seul fait que le juge étranger ait écarté un moyen de preuve que le juge allemand aurait administré ne permet pas de conclure en soi à une violation de l'ordre public; pour que tel

¹⁹⁸⁰ OLG Frankfurt, 3 mai 1954, NJW 1954, p. 1527, cité par HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 127 ad art. 18 aEGBGB.

¹⁹⁸¹ OLG Celle, 23 juillet 1974, FamRZ 1975, p. 177 et les nombreuses références citées par HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 128 ad art. 18 aEGBGB et SCHWIMANN, München. Komment., 2^e éd., N° 46 ad art. 19; voir cependant les quelques décisions en sens contraire citées par SCHWIMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁸² OLG Hamm, 30 juin 1964, FamRZ 1965, p. 90; AmtG Bielefeld, 22 avril 1963, FamRZ 1963, p. 458 et les références citées par SCHWIMANN, 2^e éd., München. Komment., note 129, p. 1163.

¹⁹⁸³ Kammergericht, 13 avril 1965, IPRspr. 1964-1965, N° 117 cité par HENRICH, in Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 130 ad art. 18 aEGBGB.

¹⁹⁸⁴ KLINKHARDT, München. Komment., N° 36 ad art. 20; SPICKHOFF, p. 267 ss.

¹⁹⁸⁵ KLINKHARDT, München. Komment., N° 36 ad art. 20; HENRICH, IPRax 1985, p. 207 (208).

¹⁹⁸⁶ OLG Celle, 16 novembre 1971, NJW 1972, p. 397; OLG Karlsruhe, 19 septembre 1972, FamRZ 1972, p. 651.

¹⁹⁸⁷ Kammergericht, 30 septembre 1974, FamRZ 1975, p. 54.

¹⁹⁸⁸ LG Regensburg, 10 septembre 1954, IPRspr. 1954/55, N° 120.

soit le cas, il faut que la procédure suivie à l'étranger se révèle contraire à celle d'un Etat fondé sur le droit¹⁹⁸⁹. Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a reconnu un jugement norvégien basé sur le témoignage de la mère, une expertise sérologique et le refus du père de se prêter à une analyse supplémentaire de son sang¹⁹⁹⁰ ainsi qu'un jugement yougoslave qui se fondait sur les seules déclarations de la mère¹⁹⁹¹.

838. *Légitimation*. La règle de conflit de 1986 réduit le champ d'intervention potentiel de la réserve d'ordre public, en désignant plus fréquemment la loi allemande, en particulier lorsque les parents n'ont pas de nationalité commune et résident en Allemagne (art. 21 al. 1 et 14 al. 1 ch. 2 EGBGB). S'agissant des droits ne connaissant pas la légitimation, il est admis que l'ordre public n'intervient pas si les enfants peuvent acquérir une situation identique à celle qui aurait été la leur si le mariage de leurs parents avait produit un effet légitimant. Ainsi en va-t-il de la déclaration de légitimité prévue par la loi musulmane égyptienne¹⁹⁹² ou de la reconnaissance de paternité du droit portugais¹⁹⁹³; lorsqu'une telle déclaration, valable selon le système d'origine, fait défaut et que sa répétition n'est pas possible, l'ordre public allemand peut intervenir pour imposer la légitimation de l'enfant, lorsque les parents sont mariés et que les liens avec l'Allemagne sont suffisamment étroits¹⁹⁹⁴. L'ordre public ne devrait pas intervenir si la *lex causae* ne permet pas la légitimation lorsque l'un des parents est décédé¹⁹⁹⁵. L'ordre public allemand fait obstacle à l'interdiction de la légitimation des enfants adultérins lorsque l'*Inlandsbeziehung* est suffisante¹⁹⁹⁶. Quant à la règle imposant une légitimation automatique des enfants sans leur consentement ou celui de leur représentant légal, elle a parfois été écartée au nom de l'ordre public¹⁹⁹⁷; l'art. 23 EGBGB

¹⁹⁸⁹ BGH, 9 avril 1986, IPRax 1987, p. 247 (249); BGH, 7 mars 1979, FamRZ 1979, p. 495 (498).

¹⁹⁹⁰ BGH, 7 mars 1979, FamRZ 1979, p. 495 (498).

¹⁹⁹¹ BGH, 9 avril 1986, IPRax 1987, p. 247 (249).

¹⁹⁹² BGH, 14 janvier 1971, BGHZ 55, p. 188, FamRZ 1971, p. 159 (160) ainsi que les références citées par KLINKHARDT, München. Komment., note 189, p. 1260.

¹⁹⁹³ AmtG Rottweil, 6 mai 1996, IPRax 1997, p. 268.

¹⁹⁹⁴ Voir BGH, 17 septembre 1968, BGHZ 50, p. 370 (375); BGH, 14 janvier 1971, BGHZ 55, p. 188 (193); BGH, 26 octobre 1977, BGHZ 69, p. 387 (392); OLG Köln, 8 novembre 1976, IPRspr. 1976, N° 108; OLG Zweibrücken, 9 mars 1982, IPRax 1983, p. 43 et les références citées par HENRICH, Staudingers Kommentar, 12^e éd., N° 111 ad art. 22. Voir cependant OLG Frankfurt, 6 décembre 1984, IPRax 1985, p. 231, ne faisant pas intervenir la réserve d'ordre public, les parents étant divorcés au moment de la décision.

¹⁹⁹⁵ Kammergericht, 17 mars 1987, IPRax 1988, p. 237 (239).

¹⁹⁹⁶ BGH, 17 septembre 1968, BGHZ 50, p. 370; LG Bonn, 17 mai 1977, StAZ 1977, p. 314; AmtG Berlin-Schöneberg, 9 août 1974, StAZ 1975, p. 222; voir SPICKHOFF, p. 272.

¹⁹⁹⁷ OLG Karlsruhe, 31 décembre 1964, FamRZ 1965, p. 624; BGH, 5 février 1975, NJW 1975, p. 1072 (1074); SPICKHOFF, p. 272; WUPPERMANN, p. 273.

(version de 1986) permet d'appliquer le droit du for au consentement de l'enfant, si l'intérêt de ce dernier l'exige, sans passer par la réserve d'ordre public¹⁹⁹⁸. L'ordre public ne semble en revanche pas intervenir lorsque la légitimation d'un enfant s'opère par le mariage de sa mère avec une personne qui n'est pas son père¹⁹⁹⁹, l'intérêt de l'enfant étant suffisamment protégé par l'art. 23 EGBGB.

839. *Ordre public et novelle de 1998.* L'intervention de la réserve à l'encontre de l'un des droits désignés par l'art. 19 EGBGB devrait être rare en raison de la pluralité de droits susceptibles de s'appliquer²⁰⁰⁰. L'ordre public pourrait intervenir lorsque l'application de chacun des droits désignés par cette disposition, le droit allemand n'étant par hypothèse pas désigné, porte atteinte aux valeurs essentielles de l'ordre juridique allemand. Il en va de même de l'art. 20 EGBGB, au sujet de la contestation de la filiation. Pour le reste, les principes d'ordre public se dégageant de l'analyse de la jurisprudence qui vient d'être rapportée devraient garder leur valeur²⁰⁰¹.

C. Conclusion

840. *Conclusion.* Les règles de conflit des systèmes envisagés étant différentes, le champ d'intervention potentiel de la réserve varie forcément d'un pays à l'autre. En étudiant la situation prévalant en Suisse, nous observerons toutefois que les principes d'ordre public susceptibles de faire obstacle à l'application de la loi étrangère coïncident assez largement avec ceux qui interviennent en France et en Allemagne. Les valeurs fondamentales de ces pays voisins sont assez proches en ce domaine. Ainsi en va-t-il de la réaction de l'ordre public face à un droit prohibant l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant intégré dans l'Etat du for et son père. Certaines solutions acquises en France ou en Allemagne seront utiles à l'interprétation de la réserve en Suisse; d'autres sont en revanche plus difficilement transposables.

¹⁹⁹⁸ SPICKHOFF, p. 272-273; HENRICH, in *Siaudingers Kommentar*, 12^e éd., N° 33 et 112 ad art. 21.

¹⁹⁹⁹ SPICKHOFF, p. 273 et les références citées: OLG Düsseldorf, 23 janvier 1976, IPRspr. 1976, N° 99; OLG Oldenburg, 23 décembre 1974, IPRspr. 1974, N° 126; Kammergericht, 9 décembre 1957, JZ 1958, p. 366; OLG Celle, 28 juillet 1971, NJW 1971, p. 2132.

²⁰⁰⁰ KLINKHARDT, München. Komment., N° 46 ad art. 19 nf EGBGB.

²⁰⁰¹ Cf. pour des références à l'ancienne jurisprudence, KLINKHARDT, München. Komment., N° 13 et notes 22 ss ad art. 20 nf EGBGB.

3. Droit international privé suisse

A. Effet direct

a) Règles de conflit

841. *Introduction.* Afin de mesurer l'étendue de l'intervention de la réserve, nous devons procéder à un examen cursif des règles de conflit. Le chapitre 4 de la loi, consacré à la filiation, est divisé en quatre sections, qui concernent la filiation par naissance (art. 66-70 LDIP), la reconnaissance (art. 71-74 LDIP), l'adoption (art. 75-78 LDIP) et les effets de la filiation (art. 79-84 LDIP). Nous survolerons ici²⁰⁰² les deux premières sections.

842. *Etablissement, constatation et contestation de la filiation.* L'art. 68 LDIP concerne « le fait de la naissance, créant un rapport de filiation découlant, soit d'une présomption légale, soit d'un jugement »²⁰⁰³, soit encore de la possession d'état²⁰⁰⁴, si elle est connue de la *lex causae*. L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de la résidence habituelle de l'enfant; ce rattachement permet de désigner le droit de l'Etat qui forme le « milieu juridico-social »²⁰⁰⁵ dans lequel l'enfant vit, son « centre de vie »²⁰⁰⁶. Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable (art. 68 al. 2 LDIP)²⁰⁰⁷. Il faut toutefois réserver le droit conventionnel (art. 1^{er} al. 2 LDIP; Convention entre la Suisse et l'Empire de Perse [Iran] du 25 avril 1934²⁰⁰⁸ prévoyant l'application du droit national, art. 8 al. 3 et 4). S'agissant d'une matière d'état civil (art. 14 al. 2 LDIP), il convient de tenir compte d'un renvoi de la loi étrangère au droit suisse (renvoi-retour), question que nous n'examinerons pas ici²⁰⁰⁹. Nous ne traiterons

²⁰⁰² Pour un examen plus détaillé de ces règles, voir BUCHER, DIP II, N° 593 ss; SIEHR, IPRG Kommentar ad art. 66-74; SCHWANDER in IPR Kommentar SPR ad art. 66-74.

²⁰⁰³ Message, ch. 242.2, au sujet de l'art. 66 P.

²⁰⁰⁴ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 68; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 8 ad art. 68.

²⁰⁰⁵ Message, ch. 242.2.

²⁰⁰⁶ BUCHER, DIP II, N° 626; cf. également SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 68: « der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Kindes ».

²⁰⁰⁷ Pour une critique de ce rattachement, voir DUTOIT, Le nouveau droit international, p. 46 et Commentaire, N° 5 ad art. 68; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 68 et Einführung BT, N° 258, ainsi que, sous l'angle de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, SCHWENZER in AJP 1994, p. 824.

²⁰⁰⁸ RS 0.142.114.362. Voir des exemples chez SIEHR, IPRG Kommentar, N° 3 ad art. 68.

²⁰⁰⁹ ATF 118 II 468, V., pour une action en paternité soumise à la loi italienne abordée *supra*, N° 181 sous l'angle du renvoi et *infra*, N° 856 sous l'angle de l'imprescriptibilité de l'action; sur le renvoi dans ce domaine, BUCHER, DIP II, N° 636 ss; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 17-18 ad art. 68; DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 68 et N° 12 ad art. 14.

pas non plus la question du rattachement de la question préalable, notamment de celle ayant trait à la validité du mariage comme condition d'établissement automatique d'une filiation²⁰¹⁰.

843. *Moment déterminant.* La loi contient une règle permettant de fixer le moment déterminant des rattachements que nous venons d'énoncer. Pour déterminer le droit applicable à l'établissement de la filiation, à sa constatation ou à sa contestation, on se fondera sur la date de la naissance (art. 69 al. 1 LDIP). Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaire de la filiation, on se fondera sur la date de l'action, si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige (art. 69 al. 2 LDIP). Il est en effet fréquent que le jugement ne soit rendu que plusieurs années après la naissance de l'enfant²⁰¹¹, à un moment où celui-ci n'entretient plus de liens avec l'Etat de sa résidence ou avec son Etat national au moment de sa naissance²⁰¹². Pour A. BUCHER²⁰¹³, la notion d'intérêt prépondérant doit permettre de mieux cerner le rattachement à la loi du pays du « *centre de vie* » de l'enfant; cette règle n'exprime pas de préférence en faveur de l'application de telle ou telle loi, notamment la loi la plus favorable à l'enfant²⁰¹⁴. D'autres auteurs se sont prononcés pour une approche plus substantielle: ainsi, pour B. DUTOIT et K. SIEHR²⁰¹⁵, la condition prévue à l'art. 69 al. 2 LDIP sera réalisée lorsque la prise en compte de la date de l'ouverture de l'action permet à l'enfant de tirer au clair son rapport de filiation, alors que le droit applicable au moment de la naissance ne le permettrait pas. Selon A. E. VON OVERBECK²⁰¹⁶, cette disposition « *constitue une règle à caractère matériel qui permet de tenir compte directement du contenu des droits en jeu* ». Le Tribunal fédéral semble favorable à l'approche substantielle²⁰¹⁷. Nous reviendrons plus loin sur les rapports qu'entretient cette règle avec la réserve d'ordre public.

²⁰¹⁰ Voir pour la discussion, DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 68; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 32 ad art. 68; BUCHER, DIP II, N° 651 ss; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 19 ss ad art. 68.

²⁰¹¹ Dans l'ATF 118 II 468, V., 35 ans s'étaient écoulés.

²⁰¹² BUCHER, DIP II, N° 631.

²⁰¹³ BUCHER, DIP II, N° 633; voir également RSDIE 1998, p. 283.

²⁰¹⁴ Pour la discussion, SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 6 ad art. 69 et les références citées.

²⁰¹⁵ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 5 ad art. 69; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 69; voir également SCHNYDER, IPR, p. 68, SCHWANDER, Einführung BT, N° 263.

²⁰¹⁶ Alfred E. VON OVERBECK, Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, RCDIP 1988, p. 237 ss (255).

²⁰¹⁷ ATF 118 II 468 (473), V.: « *il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer cette disposition [l'art. 69 al. 2 LDIP], dont le recourant ne se prévaut d'ailleurs pas. En effet, elle conduirait à l'application du droit suisse, selon lequel l'action du demandeur est prescrite (art. 263 al. 1*

844. *Reconnaissance*. La section 2 du chapitre 4 concerne la reconnaissance d'enfants et les institutions comparables, comme la légitimation, qui créent un lien de filiation, à l'exclusion des reconnaissances à des fins strictement alimentaires²⁰¹⁸. La reconnaissance, qui peut être reçue par un officier de l'état civil ou intervenir au cours d'une procédure judiciaire « *dans laquelle la filiation a une portée juridique* » (art. 71 al. 2 LDIP), est effectuée conformément à la loi de la résidence habituelle de l'enfant, au droit de son Etat national, au droit du domicile ou au droit de l'Etat national de la mère ou du père, la date de la reconnaissance étant déterminante (art. 72 al. 1 LDIP)²⁰¹⁹. Ces rattachements alternatifs tendent à favoriser la validité de la reconnaissance²⁰²⁰. Ce texte offre un éventail de lois, la reconnaissance étant valable si l'une d'elles le permet, sans que l'auteur de la reconnaissance ne doive exprimer un choix du droit applicable²⁰²¹. En cas de pluralité de nationalités, seule la nationalité effective est déterminante (art. 23 al. 2 LDIP)²⁰²². Selon la doctrine majoritaire, le renvoi à la loi suisse ne doit pas être pris en considération, en dépit de l'art. 14 al. 2 LDIP, lorsque la reconnaissance est possible selon le droit désigné, mais pas selon la loi suisse à laquelle celui-ci renvoie, car le renvoi heurte alors le but de la règle de conflit²⁰²³. Dans la très grande majorité des cas, le droit suisse (art. 260 CC) sera désigné par l'un des rattachements alternatifs. La forme de la reconnaissance en Suisse étant toujours régie par la loi suisse (art. 260 al. 3 CC, 102 ss OEC), l'officier de l'état civil suisse est donc habilité à recevoir des reconnaissances intervenant en application d'un droit étranger.

ch. 2 CC) »; TF, 18 janvier 1996, SJ 1996, p. 512, RSDIE 1998, p. 280 (note BUCHER): « *il faut ainsi admettre un intérêt prépondérant chaque fois que le droit de l'Etat de la résidence au moment de l'introduction de l'action permet de clarifier le statut de l'enfant, alors que celui de la résidence au moment de la naissance ne le permet plus (...). Le second moment de rattachement (...) est offert à l'enfant, lorsque le premier (...) lui est défavorable, afin d'augmenter ses chances d'établir sa filiation* »; dans la jurisprudence cantonale, voir *Bezirksgericht Zürich/ZH*, jugement non publié du 19 août 1996: « *Ein solches Interesse des Kindes ist stets dann zu bejahen, wenn der subsidiäre Anknüpfungspunkt dessen Anliegen, die Vaterschaft zu klären, förderlich ist* ».

²⁰¹⁸ BUCHER, DIP II, N° 674-676; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 71; DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 71.

²⁰¹⁹ Pour plus de détails, BUCHER, DIP II, N° 684 ss.

²⁰²⁰ BUCHER, DIP II, N° 685; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 10 ad art. 72 et Einführung BT, N° 264.

²⁰²¹ BUCHER, DIP II, N° 686, DUTOIT, FJS N° 942 a, p. 7; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 11 ad art. 72 et SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 72.

²⁰²² SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 8 ad art. 72; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 9 ad art. 72.

²⁰²³ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 72, Internationales Familienrecht, t. I, p. 373 ss; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 72 (auteur réservant toutefois le renvoi au deuxième degré); BUCHER, DIP II, N° 687.

Les règles suisses devront être adaptées à la situation internationale qu'elles régissent: ainsi, bien que l'art. 104 al. 2 OEC prescrive une déclaration orale à l'officier de l'état civil, l'Office fédéral de la justice²⁰²⁴ est d'avis qu'une personne domiciliée dans un Etat éloigné devrait pouvoir adresser valablement à l'officier de l'état civil un acte authentique constatant la reconnaissance, confirmé par une attestation d'identité. Pour A. BUCHER, la reconnaissance intervenue en Suisse dans une forme non prévue à l'art. 260 al. 3 CC est sans effet du point de vue suisse, à moins qu'elle ait été confirmée dans un acte effectué à l'étranger et susceptible d'être reconnu en Suisse²⁰²⁵. Selon I. SCHWANDER, la loi n'envisage pas l'acte effectué en Suisse et adressé à une autorité étrangère; s'il est valable au yeux de cet Etat, il sera reconnu aux conditions de l'art. 73 LDIP²⁰²⁶.

845. *Contestation de la reconnaissance. 1° Quelques avis.* La contestation de la reconnaissance est régie par la loi suisse, que la reconnaissance ait eu lieu en Suisse ou à l'étranger (art. 72 al. 3 LDIP), de sorte que l'action aura toujours pour finalité de contester une reconnaissance qui n'est pas conforme à la vérité biologique (art. 260b CC). K. SIEHR propose d'appliquer un droit étranger, par le biais de la clause d'exception, lorsque la reconnaissance contestée est intervenue à l'étranger ou en application d'une loi étrangère²⁰²⁷. Pour B. DUTOIT²⁰²⁸, « l'art. 72, al. 3 LDIP confère un caractère d'ordre public aux art. 260a à 260c CCS. Toutefois, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle solution et sa conséquence, qui est de faire desdits articles des dispositions d'ordre public ». Selon cet auteur, d'un point de vue logique, la contestation d'une reconnaissance devrait se faire à la lumière du droit selon lequel elle a eu lieu; d'autre part, d'un point de vue systématique, l'art. 72 LDIP ne concerne que la reconnaissance intervenue en Suisse et l'art. 73 LDIP la reconnaissance intervenue à l'étranger. Il se demande dès lors s'il ne faudrait pas admettre que les mots « en Suisse » ont été omis à l'art. 72 al. 3 LDIP et que le juge suisse, saisi d'une action en contestation d'une reconnaissance intervenue à l'étranger, doit appliquer le droit étranger concerné.

846. *2° Notre position.* La thèse de B. DUTOIT paraît séduisante, dès lors que l'on ne voit pas quel but particulier devrait imposer l'application de l'art. 260b

²⁰²⁴ Office fédéral de la justice, 12 janvier 1988, REC 1988, p. 276, approuvé par SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 21 ad art. 72 et BUCHER, DIP II, N° 697; voir dans le même sens l'avis de l'ISDC, 18 septembre 1992, Avis ISDC N° 3/97, p. 20-21.

²⁰²⁵ BUCHER, DIP II, N° 702.

²⁰²⁶ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 19 ad art. 72.

²⁰²⁷ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 72.

²⁰²⁸ DUTOIT, Commentaire, N° 9 ad art. 72; cf. déjà DUTOIT, Le nouveau droit international, p. 49.

CC, alors que les autres actions de la filiation pourraient être régies par un droit étranger; il paraît certes judicieux d'appliquer, sous réserve de l'ordre public, le droit étranger à l'action en contestation, introduite en Suisse. La proposition de cet auteur paraît toutefois difficilement compatible avec le texte de la loi²⁰²⁹; les mots « *en Suisse* » ne figurent pas à l'alinéa 3 parce que l'art. 72 LDIP désigne de manière générale le droit applicable devant les autorités suisses²⁰³⁰. Il s'agit là d'une lacune improprement dite que nous ne pouvons combler. Le législateur a étendu de façon unilatérale le champ d'application du droit suisse alors que le but de ces textes ne l'imposait pas²⁰³¹; on peut regretter ce choix, mais il nous semble difficile de le nier.

b) Intervention de la réserve

aa) Filiation par naissance

847. *Fréquence.* Comme le relève A. BUCHER, la réserve d'ordre public ne sera pas fréquemment sollicitée, à mesure que le rattachement à la loi de la résidence habituelle désignera souvent le droit suisse: « *l'art. 68 al. 1 [LDIP] sauvegarde dans une large mesure le domaine d'application des dispositions impératives du droit suisse et rend ainsi inutile l'intervention de la clause d'ordre public* »²⁰³². Il n'en reste pas moins que, dans plusieurs hypothèses, certes peu fréquentes, la règle de conflit ne désigne pas la loi du for, de sorte que la réserve pourrait intervenir. Tel sera par exemple le cas lorsque le juge du for d'origine de l'art. 67 LDIP est saisi, que l'art. 68 al. 2 LDIP s'applique alors que le droit de la nationalité commune n'est pas le droit suisse²⁰³³, ou lorsque les tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant sont saisis (art. 66 LDIP) et que l'art. 68 al. 2 s'applique. Dans les rapports avec l'Iran, la réserve d'ordre public peut également intervenir à l'encontre de la loi iranienne (art. 8 al. 3, 1^{ère} phrase de la Convention avec l'Empire de Perse)²⁰³⁴.

²⁰²⁹ En ce sens SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 25 ad art. 72.

²⁰³⁰ Argument soulevé par BUCHER, DIP II, N° 704.

²⁰³¹ Au sujet des lois d'application nécessaire ne relevant pas de l'ordre public, cf. *supra*, N° 120; l'art. 73a AP prévoyait l'application des dispositions sur l'établissement de la filiation (art. 66-70 AP); le Message (ch. 243) est muet; le texte n'a pas été discuté aux Chambres fédérales (cf. BOCN 1986, p. 1349 et BOCE 1985, p. 150).

²⁰³² BUCHER, DIP II, N° 641.

²⁰³³ Il est possible qu'un for soit donné en Suisse, l'un des parents ayant la double nationalité suisse (cf. art. 23 al. 1 LDIP, DUTDIT, Commentaire, N° 2 ad art. 67; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 67) et que la nationalité commune effective (art. 68 al. 2 et 23 al. 2 LDIP) soit celle d'un Etat tiers.

²⁰³⁴ ATF 85 II 153 (168), B.; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire, t. III, p. 169, N° 6; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 3 ad art. 68.

848. *Le mécanisme de l'art. 69 al. 2 LDIP n'exclut pas l'intervention de la réserve.* K. SIEHR estime que l'art. 69 al. 2 LDIP doit permettre d'éviter que le droit désigné initialement soit appliqué au détriment de l'enfant; dès lors, avant de faire intervenir la réserve d'ordre public, il faudrait procéder au rattachement en fonction de la date de l'action et non de la naissance, selon l'art. 69 al. 2 LDIP²⁰³⁵. A nos yeux, lorsque l'intérêt de l'enfant exige que soit appliqué le droit désigné par l'art. 69 al. 2 LDIP, l'examen de la condition tenant à « l'intérêt prépondérant de l'enfant » se recoupe sur le fond avec le principe d'ordre public de l'intérêt de l'enfant; cependant, du point de vue logique, la réserve n'intervient pas, dès lors que l'on se situe au stade de la détermination de la loi applicable et non de son application²⁰³⁶. En outre, le rattachement de l'art. 69 al. 2 LDIP ne revêt pas le caractère exceptionnel de l'intervention de la réserve. Dans l'hypothèse inverse, soit lorsque l'intérêt de l'enfant n'exige pas que le rattachement soit effectué selon l'art. 69 al. 2 LDIP, la réserve d'ordre public peut toutefois intervenir en évinçant le droit désigné par le rattachement primaire, s'il déploie des effets contraires à l'ordre public. Il est en effet possible que le droit désigné par l'art. 69 al. 1 LDIP soit très favorable à l'enfant, mais que la réserve fasse obstacle à son application, par exemple parce qu'il est excessivement sévère pour le défendeur à la recherche de paternité, au point de heurter les valeurs reçues chez nous. Dans ce cas, nous pensons que le juge pourrait alors appliquer, à titre de droit de substitution²⁰³⁷, la loi désignée par le rattachement de l'art. 69 al. 2 LDIP, s'il est plus favorable à l'enfant que la loi du for, tout en restant encore compatible avec les valeurs du for (Illustration 1).

849. *Evolution du droit interne et ordre public. Actualité.* Selon certains, l'importante révision du droit de la filiation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978 a influencé le contenu de l'ordre public²⁰³⁸. Il importe à nos yeux de souligner en premier lieu que l'ordre public positif ne coïncide pas avec le droit (impératif) interne; le premier est plus étroit que le second²⁰³⁹. En outre, l'ordre public négatif n'interviendra pas chaque fois que le droit étranger conduit à une solution qui diverge de celle retenue en droit suisse. Au fil du temps, les valeurs éthiques qui étaient à l'origine du droit de la filiation du Code de 1907 se sont vues dépassées par l'évolution des conceptions de la société en ce domaine;

²⁰³⁵ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 34 ad art. 68.

²⁰³⁶ Dans son arrêt du 18 janvier 1996, SJ 1996 p. 512, RSDIE 1998, p. 280, le Tribunal fédéral soulignait que l'art. 69 al. 2 LDIP n'est « pas une disposition d'ordre public destinée à évincer le droit étranger au profit du droit suisse ».

²⁰³⁷ Sur l'application, à titre de droit de substitution, de la loi désignée par le critère de rattachement (légal) subsidiaire, cf. *supra*, N° 431.

²⁰³⁸ Cf. BUCHER, DIP II, N° 642-643.

²⁰³⁹ *Supra*, N° 137 ss.

cette disparité entre les valeurs et le droit positif s'est manifestée dans la jurisprudence relative à l'ordre public positif et négatif. Ainsi, les tribunaux avaient considéré que l'art. 304 aCC qui interdisait la reconnaissance d'enfants adultérins n'était plus d'ordre public, avant même que cette prohibition ne soit définitivement abandonnée en droit interne²⁰⁴⁰; la règle impérative interne perdait ainsi sa qualité de loi d'application nécessaire. Ceci démontre que c'est essentiellement l'évolution des conceptions ayant précédé l'importante révision législative²⁰⁴¹ qui a exercé son influence sur la mise en œuvre de la réserve dans ce domaine.

850. *Principes d'ordre public. Vérité biologique? Intérêt de l'enfant.* A. BUCHER²⁰⁴² est d'avis que, de manière générale, les exigences posées à la constatation ou à la contestation de la filiation sans rapport avec la vérité biologique et avec l'intérêt de l'enfant heurtent l'ordre public. Il cite les diverses objections d'inconduite de la mère ou du père, lorsqu'elles excluent, selon la *lex causae*, l'établissement de la filiation avec le père biologique. Ainsi, l'*Obergericht* de Zurich a jugé contraire à l'ordre public la législation ne recevant pas l'action en recherche de paternité en cas de relations multiples ou d'inconduite de la mère²⁰⁴³. A. BUCHER relève que l'ordre public est particulièrement sensible aux discriminations touchant certaines catégories d'enfants, tels que les enfants adultérins²⁰⁴⁴. En premier lieu, nous pensons que, dans le domaine de la filiation comme ailleurs, le principe de l'appréciation concrète²⁰⁴⁵ interdit d'affirmer, dans l'abstrait, qu'une règle étrangère est, de

²⁰⁴⁰ Exemple cité par BUCHER, DIP II, N° 642; voir *Tribunale di appello* TI, 29 août 1975, Rep. 1976, p. 184 (reconnaissance sans effet d'état civil); Division de la justice, 20 mai 1974, JAAC 1975 II, N° 54, p. 34 (reconnaissance avec suite d'état civil). Sur l'abandon de cette prohibition, voir Message du 5 juin 1974, FF 1974 II 1 ss (p. 17-19).

²⁰⁴¹ Le Message LDIP note l'importance de la révision du droit de la filiation; au sujet de la loi de 1972: « Ces réformes procédaient non pas seulement à de simples modifications mineures, mais aussi à des changements d'ordre social de caractère fondamental. Il s'agissait surtout d'améliorer la situation de l'enfant illégitime, d'intégrer l'enfant dans sa famille adoptive, de promouvoir l'égalité des parents en matière d'éducation et d'améliorer la protection des mineurs par les organes étatiques ».

²⁰⁴² BUCHER, DIP II, N° 644; voir également SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 22 ad art. 68.

²⁰⁴³ *Obergericht* ZH, 7 mai 1985, RSJ 1987, p. 83, N° 12; Felix DASSER, Mit dem ordre public gegen italienisches Kindesrecht?, RSJ 1988, p. 9-11, est d'avis que cet arrêt procède d'une analyse inexacte du droit italien, fondée sur la lecture d'un ouvrage allemand très général: « Hätte sich das Obergericht die Mühe einer gründlicheren Abklärung genommen, so hätte sich die Anwendung der ordre-public-Guillotine mit höchster Wahrscheinlichkeit erübrigt » (op. cit., p. 10).

²⁰⁴⁴ BUCHER, DIP II, N° 644; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 22 ad art. 68 et Einführung BT, N° 262.

²⁰⁴⁵ *Supra*, N° 215-218.

façon générale, contraire à l'ordre public. L'application de la *lex causae* doit être examinée sous l'angle des principes d'ordre public, notamment du principe de l'intérêt de l'enfant, qu'il convient de nuancer en fonction des liens que la cause entretient avec le for et de l'incidence concrète que déploie la législation étrangère désignée²⁰⁴⁶. Ainsi, la loi étrangère qui interdit l'établissement d'une filiation adultérine ne sera pas évincée lorsque, dans le cas concret, la filiation litigieuse n'est pas adultérine. Le noyau dur de l'ordre public, notamment l'interdiction des discriminations, est susceptible d'intervenir quels que soient les liens avec le for. En second lieu, il convient de souligner que le droit suisse de la filiation ménage de larges dérogations au principe de la vérité biologique; comme le souligne M. MANDOFIA BERNEY²⁰⁴⁷, celui-ci n'intervient qu'en l'absence de volonté parentale (exprimée par l'acceptation de l'enfant en mariage ou par la reconnaissance) ou lors de conflits entre plusieurs intéressés. Même en ce dernier cas, la vérité biologique ne l'emporte pas toujours sur la réalité socio-affective: ainsi, pour ne prendre que deux exemples, l'enfant n'a pas la faculté d'agir en désaveu de paternité lorsque la vie commune des époux n'a pas pris fin durant sa minorité (art. 256 CC); l'auteur d'une reconnaissance qui n'est pas le père de l'enfant ne peut ouvrir action en contestation que dans des hypothèses précisément circonscrites (art. 260a al. 2 CC). Ces dérogations se sont trouvées renforcées par l'adoption de la Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée²⁰⁴⁸; elle prévoit que l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère²⁰⁴⁹; l'enfant ne peut ouvrir action en paternité que lorsque le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée (art. 23 LPMA). Le droit suisse de la filiation se fonde sur un équilibre entre vérité biologique et filiation socio-affective. La réserve n'interviendra jamais, faute d'atteinte aux valeurs fondamentales de notre ordre juridique, à l'encontre d'une *lex causae* déployant des effets équivalents aux tempéraments que le droit suisse apporte à la vérité biologique; sauf à reconnaître la qualité de loi d'application nécessaire à l'ensemble du droit de la filiation, ce qui serait excessif, d'autres tempéraments à la vérité biologique prévus par les droits étrangers doivent résister à la censure de l'ordre public suisse. Nous pensons qu'il convient d'admettre que le principe d'ordre public déterminant en ce domaine est celui de l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir un lien de filiation. Il

²⁰⁴⁶ Dans l'arrêt zurichois précité (*Obergericht* ZH, 7 mai 1985, *supra*, note 2043), la mère et l'enfant résidaient en Suisse et les parents avaient vécu en Suisse avant la naissance de l'enfant en Italie. L'exception de *forum shopping* soulevée par le père fut rejetée.

²⁰⁴⁷ MANDOFIA BERNEY, p. 108.

²⁰⁴⁸ Cf. *infra*, N° 868.

²⁰⁴⁹ L'action en désaveu du mari est également exclue s'il a consenti à la conception par le fait du tiers (art. 256 al. 3 CC).

s'agit d'une valeur éthique fondamentale qui trouve également son expression dans la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant²⁰⁵⁰. Lorsque le droit étranger ne permet pas à l'enfant d'établir une filiation, notamment parce que la *lex causae* s'écarte dans une très large mesure du principe de la vérité biologique, alors que le droit suisse s'en inspirerait davantage en l'espèce, l'ordre public pourrait être heurté, pour autant que la *Binnenbeziehung* soit suffisamment forte. En revanche, lorsque ces liens sont moins étroits, l'ordre public ne devrait pas intervenir. Le ressort de l'ordre public sera plus sensible (noyau dur) lorsque la *lex causae* opère une discrimination envers une catégorie d'enfants.

851. *Actions inconnues*. Les tribunaux suisses peuvent être appelés à connaître d'actions inconnues du droit suisse de la filiation, lorsqu'elles sont prévues par la *lex causae*; elles ne sont pas en soi contraires à l'ordre public suisse²⁰⁵¹. Un tribunal suisse pourrait, par exemple, se prononcer sur une action en possession d'état (art. 322 CCFr.)²⁰⁵².

852. *Absence de possibilité d'établir la filiation. Loi prohibitive. 1° Doctrine et jurisprudence*. Quelle doit être la réaction de l'ordre public à l'encontre de lois qui ne permettent pas à un enfant d'établir une filiation avec ses parents de sang?²⁰⁵³ Le Tribunal fédéral et la jurisprudence cantonale ne semblent pas avoir tranché cette question de façon définitive. Pour A. BUCHER, la loi étrangère ne devrait pas être écartée sur le fondement de l'ordre public, mais en raison des besoins de coordination avec la loi applicable à l'obligation alimentaire. Les conceptions suisses pourraient évoluer en ce domaine, car la discrimination frappant l'enfant sans lien d'état civil lui paraît difficilement tolérable. Les divergences culturelles marquant les législations ne devraient pas empêcher une évolution de l'ordre public propre à la Suisse. Dans des lignes publiées avant l'arrêt de la Cour de cassation française du 1^{er} février 1993, A. BUCHER était d'avis que la position suisse devait être proche de celle exprimée dans l'arrêt de la même juridiction du 3 novembre 1988: la tendance se dirigeait vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'enfant à

²⁰⁵⁰ RS 0.107, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997; on songe à l'art. 2 (interdiction des discriminations, notamment celles frappant l'enfant né hors mariage, voir Message du Conseil fédéral du 29 juin 1994, FF 1994 V 1 ss [13-14]), à l'art. 3 (prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant) et à l'art. 7 (droit de l'enfant de connaître, « dans la mesure du possible », ses parents).

²⁰⁵¹ DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 67; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 4 ss ad art. 66.

²⁰⁵² DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 67; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 38 et 39 ad art. 68.

²⁰⁵³ Voir p. ex., pour le Maghreb, MEZIOU, Maghreb, p. 218: « la filiation paternelle est légitime ou n'existe pas. Révélant un caractère illicite, la filiation paternelle est ignorée »; voir également ISSAD, Droit international privé, p. 263-264.

connaître et à établir la vérité sur ses liens de la filiation²⁰⁵⁴. Un intéressant arrêt non publié du Tribunal civil d'Orbe du 9 novembre 1982, cité par B. DUTOIT²⁰⁵⁵, mérite d'être rapporté: selon cet arrêt, l'ordre public impose que l'on accorde un droit d'action à un enfant ivoirien domicilié en Suisse, de telle sorte qu'il puisse obtenir la rupture du lien de filiation avec le père inscrit dans les registres et l'établissement d'un nouveau lien avec son père biologique. L'interprétation littérale²⁰⁵⁶ du droit ivoirien conduisait à attribuer la qualité pour agir au seul père et à soumettre l'action à des délais très brefs; le Tribunal d'Orbe a considéré que « l'enfant est réputé avoir intérêt à ce que son statut juridique corresponde à la réalité biologique »; pour le Tribunal, « exclure l'action de l'enfant par une application littérale du droit national des parties devrait être jugé contraire à l'ordre public suisse. Cela équivaldrait en effet à laisser au mari seul le pouvoir de décider, par son action ou son inaction, de l'état civil de l'enfant »²⁰⁵⁷.

853. 2° *Notre conception*. Nous pensons qu'il convient de s'inspirer de la solution adoptée par la Cour de cassation française, dans son arrêt du 10 février 1993²⁰⁵⁸, tout en assouplissant la condition de proximité de la cause avec le for: en tenant compte des liens reliant la cause à la Suisse, notamment la résidence ou la nationalité de l'enfant - sans que ces éléments soient nécessaires ou suffisants - l'ordre public pourrait faire obstacle à l'application d'une loi qui prohiberait complètement l'établissement d'une filiation entre celui-ci et son père, par exemple parce qu'il est né hors mariage. Il va de soi que la question ne se pose que dans la mesure où la règle de conflit, compte tenu de l'art. 69 al. 2 LDIP, ne désigne pas la loi suisse. En outre, lorsque la *lex causae* connaît un tempérament au principe de la vérité biologique connu du droit suisse (p. ex. absence d'action en paternité contre le donneur de sperme en cas de procréation médicalement assistée) tout en s'écartant en partie du droit suisse (p. ex. absence d'action contre le donneur de sperme qui a sciemment fait un don à une

²⁰⁵⁴ BUCHER, DIP II, N° 648; voir également SIEHR, IPRG Kommentar, N° 40 ad art. 68: « ein vollkommener Ausschluss einer Anfechtungsmöglichkeit in jedem Falle würde gegen den inländischen Ordre public verstossen ».

²⁰⁵⁵ DUTOIT, Ordre public, p. 462.

²⁰⁵⁶ Il est intéressant de constater qu'à titre de motivation principale, le Tribunal a considéré qu'il fallait admettre, en droit ivoirien, que l'enfant pouvait agir lui-même lorsque le mari de la mère a négligé d'agir en temps utile, en se fondant sur le fait que le Tribunal fédéral (ATF 88 II 477, A. et G.) en avait jugé ainsi, avant la révision du droit suisse de la filiation, alors beaucoup plus défavorable à l'enfant né hors mariage que ne l'était le droit ivoirien. L'art. 16 LDIP ferait aujourd'hui obstacle à un raisonnement semblable.

²⁰⁵⁷ Tribunal civil du district d'Orbe/VD, 9 novembre 1982, non publié. A noter que les liens avec la Suisse étaient étroits: domicile en Suisse de l'enfant, de la mère et du père biologique qui s'est engagé à reconnaître l'enfant; l'enfant devait très probablement vivre en Suisse.

²⁰⁵⁸ *Supra*, N° 830.

personne non autorisée à pratiquer la procréation médicalement assistée), la réserve n'interviendra pas toujours. Dans les autres cas, lorsque le droit suisse ne connaît pas le tempérament prévu par la *lex causae*, le juge examinera globalement l'étendue des liens avec le for; la résidence ne suffira pas toujours, en particulier si l'enfant ne séjourne que temporairement en Suisse (séjour dans un hôpital ou un établissement scolaire), à moins qu'elle ne soit renforcée par d'autres éléments. Si le for d'origine a été saisi, la nationalité, par hypothèse non effective, de l'un des parents pourrait ne pas constituer une *Binnenbeziehung* suffisante (cf. Illustrations 2a et b).

854. *Loi ne connaissant pas l'action principale en filiation.* Différente est la question de la loi étrangère qui ne connaît pas les actions d'état, le juge ne tranchant le problème de la filiation qu'à titre de question préalable aux actions fondées sur les effets de la filiation (p. ex. action en paiement d'entretien), comme c'est souvent le cas dans le monde anglo-américain²⁰⁵⁹. I. SCHWANDER est d'avis qu'une telle loi n'est pas contraire à l'ordre public²⁰⁶⁰, ce qui n'exclut pas que l'on admette une véritable action d'état correspondant à celle existant en droit suisse, à condition que l'un des intéressés ait un intérêt digne de protection, en soumettant toutefois l'établissement de la filiation aux conditions résiduelles de la loi normalement applicable. Nous partageons l'analyse de cet auteur, sauf à préciser que la réserve pourrait intervenir aux mêmes conditions que vues précédemment; l'ordre public pourrait écarter l'impossibilité de faire constater judiciairement la filiation, lorsque les liens de la cause avec le for sont suffisamment étroits. Cette intervention sera strictement limitée à l'existence du droit d'action et non aux conditions de fond de l'établissement du lien qui resteront soumises à la *lex causae*, à moins que celles-ci ne produisent également des effets inacceptables, pour une autre raison²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁹ Voir Harry D. KRAUSE, IECL vol. IV/6, *Creation of Relationships of Kindship*, La Haye/Tübingen 1976, p. 36; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 43 ad art. 68 cite la loi hollandaise. La *common law* anglaise ne connaissait pas d'action principale en paternité jusqu'à l'adoption de la section 56 (1) du *Family Law Act* 1986 (modifié par la section 22 du *Family Law Reform Act* 1987), cf. les références figurant dans l'avis de droit de l'ISDC, 16 février 1993, Avis ISDC N° 3/97, p. 44-45 et S. M. CRETNEY/J. M. MASSON, *Principles of Family Law*, 6^e éd., Londres 1997, p. 634.

²⁰⁶⁰ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 23 ad art. 68; voir l'exemple donné par SIEHR, IPRG Kommentar, N° 43 ad art. 68.

²⁰⁶¹ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 40 ad art. 68, ouvre également l'action constatatoire: « *dies ist weniger ein Fall des Ordre public, als eine Frage der Anpassung, und zwar des ausländischen Rechts an inländische Grundsätze einer allseitig wirksamen Klärung eines Familienstatuts* ».

855. *Condition de recevabilité de l'action. Lois plus strictes.* L'ordre public suisse peut être touché lorsque les conditions de recevabilité ou certaines présomptions sont tellement strictes qu'il devient extrêmement difficile pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec son père biologique. Cela ne signifie pas que les règles du droit suisse relatives à la qualité pour agir (art. 260a CC) et aux délais (art. 260c) constituent un minimum d'application nécessaire et appartiennent à l'ordre public positif. Nous rejoignons I. SCHWANDER²⁰⁶² pour qui l'ordre public suisse n'est pas touché par une règle qui prévoit un cercle de personnes ayant qualité pour agir un peu moins large qu'en droit suisse ou un délai plus bref, pour autant que la vérité biologique puisse être établie avec effet sur la filiation, au moins par un cercle limité de personnes et dans un bref délai. Si le délai pour ouvrir action est si bref qu'il ne permet pratiquement pas d'établir une filiation, l'ordre public pourrait intervenir²⁰⁶³. A nouveau, il faut toutefois préciser que l'étendue des liens avec le for sera déterminante (Illustration 3).

856. *Condition de recevabilité de l'action. Lois moins strictes. 1° Délais.* En principe, les règles étrangères ouvrant l'action plus largement que la loi suisse ne heurtent pas l'ordre public²⁰⁶⁴. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, le droit italien prévoyant l'imprescriptibilité de l'action en recherche de paternité ne heurte pas l'ordre public²⁰⁶⁵, et cela dans le cas d'une action mettant aux prises un Italien de 35 ans agissant en Suisse contre son père de nationalité italienne également. Dans une jurisprudence constante rendue avant l'entrée en vigueur de la LDIP²⁰⁶⁶, le Tribunal fédéral avait jugé qu'un droit étranger qui ne soumettait pas l'action en paternité à un délai « ne heurt[ait] pas l'ordre public suisse ». Dans l'ATF 118 II 468, qui concernait le droit italien, le Tribunal fédéral a affirmé que « cette jurisprudence visait l'ancien art. 308 CC, mais il n'y a pas de raison de ne pas la maintenir dans le cadre de la législation actuelle. L'article 263 al. 1 ch. 2 CC n'est pas une disposition impérative du droit suisse au sens de l'art. 18 LDIP »²⁰⁶⁷. A la première formulation, qui nous semble être en contradiction avec le principe de l'appréciation concrète de la réserve, nous préférons la seconde formule choisie dans le dernier arrêt: si le délai du droit

²⁰⁶² SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 23 ad art. 68 et Einführung BT, N° 262.

²⁰⁶³ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 42 ad art. 68.

²⁰⁶⁴ BUCHER, DIP II, N° 646.

²⁰⁶⁵ ATF 118 II 468 (475), V.

²⁰⁶⁶ ATF 96 II 4 (8), *Pastavina*, ASDI 1969/70, note LALIVE, citant: ATF 69 II 342 (347), *Santi* (action en annulation du mariage pour cause d'*impotentia coeundi*); 51 I 101 (105-106), *Archiv Deutscher Berufsvormünder*; 45 II 503 (505), *Zwinzsch*; 41 II 423, *Drysch*; *Obergericht SO*, 7 octobre 1974, ASDI 1976, p. 266; cf. également TF, 3 octobre 1952, ASDI 1955, p. 239, *Bertschmann* pour l'action en désaveu.

²⁰⁶⁷ ATF 118 II 468 (475), V.

suisse ne constitue pas une loi d'application nécessaire, la réserve d'ordre public, qui n'interviendra en principe pas à l'encontre d'une loi instaurant une action imprescriptible, pourrait toutefois évincer une règle étrangère sur les délais qui déploierait des effets inconciliables avec des principes fondamentaux du for. On peut citer la législation prévoyant des délais différents selon l'appartenance religieuse ou ethnique des parties.

857. 2° *Preuves*. Pour A. BUCHER, l'art. 254 ch. 2 CC obligeant les parties à se soumettre aux expertises nécessaires pour élucider la filiation s'appliquera en tant que loi de procédure à toute action introduite en Suisse quel que soit le droit applicable²⁰⁶⁸. Au contraire de l'action en contestation de la reconnaissance (art. 72 al. 3 LDIP), le législateur n'a pas soumis l'action en recherche de paternité à la loi suisse. Le succès de l'action en contestation de la reconnaissance dépend de la preuve de l'absence d'un lien biologique entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant. Selon A. BUCHER, le fait que l'art. 72 al. 3 LDIP attribue un caractère d'ordre public à l'art. 260b CC se répercute nécessairement au niveau des autres actions relatives à l'établissement de la filiation. Pour cet auteur, l'art. 254 ch. 2 CC est une disposition impérative au sens de l'art. 18 LDIP. Quant à I. SCHWANDER²⁰⁶⁹, il estime que les principes de la libre appréciation des preuves et de l'administration de preuves scientifiques doivent s'appliquer même si la *lex causae* s'en écarte; en premier lieu, parce qu'il s'agirait d'une question de procédure soumise à la loi du for; en second lieu, parce qu'une autre réglementation heurterait les principes d'ordre public de la loyauté de la procédure et de la vérité biologique. Nous nous rallions à I. SCHWANDER, sous la réserve suivante: nous pensons que ce n'est pas le principe de la vérité biologique mais le principe de l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir sa filiation qui est déterminant.

858. *Présomption de paternité*. L'ordre public n'est en principe pas heurté par une règle étrangère qui fixe la présomption de paternité de façon plus restrictive que le droit suisse, par exemple en permettant au père biologique de reconnaître l'enfant sans recourir à une action en désaveu de paternité contre le père supposé²⁰⁷⁰. A nouveau, la réserve pourrait intervenir, en fonction des liens de la cause avec le for, en présence d'une réglementation discriminatoire.

²⁰⁶⁸ BUCHER, DIP II, N° 645. Voir également BUCHER, DIP I/I, N° 412 et 742, au sujet de la maxime d'office.

²⁰⁶⁹ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 25-26 ad art. 68.

²⁰⁷⁰ BUCHER, DIP II, N° 649. Voir également: Office fédéral de la justice, avis non publié du 5 juin 1996, se prononçant pour la transcription (art. 32 LDIP) d'un acte de reconnaissance paternelle effectué dans les circonstances suivantes: enfant née de mère inconnue en Italie le 5 octobre 1972; reconnaissance paternelle effectuée en Italie le 11 octobre 1972 par un Italien domicilié en Italie; reconnaissance maternelle effectuée en Italie par une Suissesse, domiciliée

859. *Filiation maternelle.* Certaines lois étrangères prévoient que l'établissement d'une filiation maternelle passe par la reconnaissance de l'enfant par la mère²⁰⁷¹. La LDIP n'a pas repris la proposition de la Commission d'experts, qui avait prévu un art. 68 al. 3 P aux termes duquel « *la loi suisse s'applique lorsque le seul fait de la naissance ne crée pas le lien de filiation à l'égard de la mère suisse selon la loi normalement applicable* ». Selon le Message du Conseil fédéral, le principe « *mater semper certa* », exprimé à l'art. 252 al. 1 CC, ne doit pas être érigé en principe d'ordre public positif, pour éviter des rapports juridiques boiteux²⁰⁷². Dans son arrêt *Marckx*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la loi belge, prévoyant que la mère célibataire ne pouvait établir de lien de filiation avec son enfant que par la reconnaissance, conduisait en l'espèce à une violation du droit à la vie familiale de l'art. 8 CEDH, tant pour la mère que pour l'enfant²⁰⁷³. Selon I. SCHWANDER²⁰⁷⁴, l'art. 252 al. 1 CC doit être qualifié de loi d'application immédiate; toutefois, afin d'assurer la reconnaissance de la situation à l'étranger, il serait possible d'appliquer parallèlement une règle étrangère prévoyant la reconnaissance de l'enfant par sa mère; en l'absence d'une telle déclaration, l'art. 252 al. 1 CC s'appliquerait néanmoins. L'officier de l'état civil suisse pourrait recevoir des déclarations de reconnaissance maternelle. Pour K. SIEHR²⁰⁷⁵, la jurisprudence de la Cour européenne interdit d'appliquer en Suisse une loi étrangère ne fondant pas automatiquement la maternité sur la naissance, ce qui n'exclut pas qu'une reconnaissance par la mère soit inscrite

en Suisse, le 8 octobre 1994; cette dernière était divorcée depuis moins de 300 jours au moment de la naissance (art. 255 al. 1 CC): « *Il fatto stesso che il diritto materiale italiano permetta un riconoscimento più ampio del diritto svizzero e conosca un'altra "Rechtstechnik" a proposito, di per se non ferisce l'ordine public (...). Insieme al principio del favor recognitionis c'è anche da considerare il desiderio dell'ordinamento giuridico di trovare la verità biologica (...). Siamo dell'opinione che nel caso presente il riconoscimento dell'atto estero non sia manifestamente incompatibile con l'ordine public svizzero e che l'interessata sia da iscrivere nei registri come figlia del padre naturale* ».

²⁰⁷¹ Voir les exemples cités par KRAUSE, *op. cit.* (*supra*, note 2059), p. 28 et la liste d'Etats mentionnés dans la circulaire de l'Office fédéral de la justice, 27 janvier 1997, REC 1997, p. 120.

²⁰⁷² Message, ch. 242.2.

²⁰⁷³ Cour Eur. D. H., 13 juin 1979, *Marckx c./ Royaume de Belgique*, Série A, N° 31; à relever qu'en l'espèce, la mère était placée devant un dilemme qui n'est pas resté sans incidence sur la solution adoptée par la Cour: soit elle reconnaissait l'enfant, ce qui limitait sa capacité de lui donner ou de lui léguer ses biens (dès lors que le droit belge de l'époque prévoyait que les enfants naturels jouissaient de droits successoraux inférieurs à ceux des enfants légitimes), soit elle renonçait à établir un lien de filiation, auquel cas elle pouvait disposer librement en sa faveur (voir §§ 18 et 36 de l'arrêt).

²⁰⁷⁴ SCHWANDER, p. 824.

²⁰⁷⁵ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 44 ad art. 68.

dans le registre des reconnaissances, ainsi que cela ressort d'ailleurs du Manuel de l'état civil publié par le DFJP²⁰⁷⁶. A. BUCHER considère que l'arrêt *Marckx* « n'empêche cependant pas d'atténuer l'effet de l'ordre public dans le but d'éviter les rapports juridiques boiteux ». L'ordre public suisse ne s'opposerait pas à la règle étrangère prévoyant la reconnaissance d'enfants par la mère, pour autant qu'il ne s'agisse pas de dire que l'absence de reconnaissance ait pour effet de laisser l'enfant sans mère. L'ordre public ne s'opposerait pas aux effets selon la *lex causae* d'une reconnaissance, mais s'opposerait aux effets négatifs d'une absence de reconnaissance²⁰⁷⁷. L'approche d'A. BUCHER nous paraît la meilleure; nous avons exposé précédemment²⁰⁷⁸ les raisons pour lesquelles nous estimons que les droits fondamentaux n'ont pas qualité de lois d'application nécessaire. Le contenu de ces droits rayonne toutefois sur les litiges civils internationaux par le truchement de la réserve d'ordre public. Le principe *mater semper certa* constitue une valeur d'ordre public, appelée à intervenir à l'encontre des effets qu'entraîne une législation qui le relativiserait, lorsque les liens avec la cause sont suffisamment étroits. Le détour par la réserve permet d'appliquer en Suisse les règles étrangères sur la reconnaissance de l'enfant par la mère, ce qui est utile lorsque la mère a effectivement reconnu son enfant et qu'il est indiqué de s'assurer que le lien créé en Suisse sera reconnu à l'étranger, par hypothèse dans un Etat exigeant une telle déclaration de reconnaissance; lorsque la reconnaissance de la mère établit un lien de filiation, l'ordre public suisse n'est pas heurté par l'application de cette règle étrangère. Lorsque cette reconnaissance fait défaut et que les liens avec le for sont suffisamment étroits, en particulier lorsque l'enfant réside en Suisse, la réserve d'ordre public (principe d'ordre public de l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir sa filiation) interviendra et l'art. 252 al. 1 CC, ou une autre règle conforme à l'ordre public suisse, s'appliquera.

bb) Reconnaissance

860. *Principes d'ordre public.* Ainsi que le relève B. DUTOIT²⁰⁷⁹, en matière de reconnaissances, l'art. 72 al. 1 LDIP conduira fréquemment à l'application du droit suisse, ce qui réduit le champ d'intervention potentiel de la réserve. Les mêmes principes d'ordre public que dans le domaine de l'établissement de la filiation sont susceptibles de s'appliquer dans ce domaine: principe de l'intérêt de l'enfant à établir un lien de filiation, interdiction des traitements discriminatoires et *mater semper certa*.

²⁰⁷⁶ Manuel de l'état civil, Exemples A, N° 5.8514.

²⁰⁷⁷ BUCHER, DIP II, N° 650 et 692-694 au sujet de la Convention CIEC du 1^{er} septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels (RS 0.211.222.1).

²⁰⁷⁸ Cf. *supra*, N° 353-354.

²⁰⁷⁹ DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 72.

861. *Prohibition absolue de la reconnaissance.* La question de l'intervention de l'ordre public en cas de prohibition absolue de toute reconnaissance ne se posera que si le droit suisse ne figure pas au rang des droits désignés par l'art. 72 al. I LDIP²⁰⁸⁰ et qu'aucun des droits entrant en ligne de compte n'admet la reconnaissance. Selon A. BUCHER, la prohibition de toute reconnaissance d'enfants par la *lex causae* est incompatible avec l'ordre public²⁰⁸¹. K. SIEHR²⁰⁸² souligne la nécessité d'examiner la présence d'une *Binnenbeziehung* suffisante. I. SCHWANDER²⁰⁸³ est d'avis que les règles qui excluent la reconnaissance lorsque l'auteur n'est pas le père de l'enfant, qui prohibent la reconnaissance lorsqu'il y a déjà un lien de filiation ou qui refusent la reconnaissance conditionnelle ne heurtent pas l'ordre public. Nous pensons également que l'ordre public permissif pourrait intervenir lorsque les différents droits désignés par l'art. 72 al. I LDIP prohibent la reconnaissance de l'enfant. Il nous paraît difficile d'imaginer un cas, en matière d'effet direct, dans lequel les liens avec le for seraient suffisamment lâches pour que la réserve n'intervienne pas, alors que les conditions d'une reconnaissance seraient réunies selon le droit suisse.

862. *Prohibition de la reconnaissance d'un enfant adultérin et incestueux.* La doctrine récente admet que la prohibition de la reconnaissance d'un enfant adultérin heurte également l'ordre public²⁰⁸⁴. Il en va certainement de même de la prohibition de la reconnaissance de l'enfant incestueux²⁰⁸⁵. Il s'agit d'une manifestation très claire du principe de l'actualité de l'ordre public, puisque les valeurs fondamentales suisses se sont renversées sur ce point²⁰⁸⁶. La prohibition porte atteinte au noyau dur de l'ordre public.

863. *Reconnaissance sous réserve de rupture d'un lien de filiation existant.* La reconnaissance sous réserve de rupture d'un lien de filiation existant, prévue par la loi étrangère, n'est pas en contradiction avec un principe d'ordre public suisse²⁰⁸⁷. Comme le relève A. BUCHER, si la jurisprudence (interne) suisse est hostile à ce type de reconnaissance²⁰⁸⁸, le Tribunal fédéral a reconnu, sous l'empire de l'ancien droit de la filiation, que cette manière de faire était la seule

²⁰⁸⁰ L'art. 69 al. 2 LDIP n'entre pas en ligne de compte.

²⁰⁸¹ BUCHER, DIP II, N° 691; DUTOIT, Commentaire, N° 6 ad art. 72.

²⁰⁸² SIEHR, IPRG Kommentar, N° 16 ad art. 72.

²⁰⁸³ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 72.

²⁰⁸⁴ BUCHER, DIP II, N° 691; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 72.

²⁰⁸⁵ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 72.

²⁰⁸⁶ Voir *supra*, N° 259 et ATF 75 II 177 (181), *Cocovillo*.

²⁰⁸⁷ BUCHER, DIP II, N° 688; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 72.

²⁰⁸⁸ ATF 107 II 403, X.

possibilité d'éviter les conséquences d'un refus éventuel du père de procéder à la reconnaissance, une fois le désaveu prononcé. Ainsi, dans les situations internationales comparables, la reconnaissance conditionnelle devrait être admise²⁰⁸⁹. La règle étrangère n'admettant pas de telles reconnaissances, à l'instar du droit suisse, ne heurte bien évidemment pas l'ordre public²⁰⁹⁰.

864. *Consentement*. La loi étrangère, selon laquelle la reconnaissance ne devient effective qu'après que l'autre parent ou l'enfant ont donné leur consentement, peut heurter le principe d'ordre public de l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir sa filiation. La réserve d'ordre public pourrait intervenir lorsque tous les droits désignés par l'art. 72 al. 1 LDIP posent une telle exigence et que le consentement ne peut être obtenu. En revanche, lorsque ce consentement permet d'assurer la validité internationale de l'acte, en particulier parce que la loi d'un Etat avec lequel les parties entretiennent des liens prévoit que la condition relative au consentement est d'ordre public, le consentement devrait pouvoir être porté sur l'acte de reconnaissance dressé en Suisse, lorsqu'il peut être obtenu²⁰⁹¹.

865. *Lois plus larges. Reconnaissance de maternité*. Des lois plus larges que la loi suisse ne sont pas en soi contraires à l'ordre public, à condition que le principe de l'intérêt de l'enfant à établir sa filiation maternelle ne soit pas heurté. Ainsi, nous avons vu que la reconnaissance de maternité pouvait être admise²⁰⁹². La loi étrangère devrait en revanche être écartée si elle permettait une telle reconnaissance par une personne qui n'est pas la mère de l'enfant. Nous traiterons ultérieurement de la problématique de la maternité de substitution²⁰⁹³.

866. *Rétroactivité*. Dans un arrêt de 1968, l'*Obergericht* de Zurich a considéré que le juge devait refuser, au nom de l'ordre public, d'appliquer une règle étrangère de droit transitoire qui conférait à une reconnaissance, de façon rétroactive, des effets beaucoup plus larges que ne le faisait le droit sous l'empire duquel elle avait eu lieu²⁰⁹⁴. Il s'agissait en l'espèce du droit de l'ex-RDA, qui attribuait aux reconnaissances aux fins d'aliments, ne créant pas un lien de filiation, effectuées avant l'entrée en vigueur du *Familiengesetzbuch* du

²⁰⁸⁹ BUCHER, DIP II, N° 688.

²⁰⁹⁰ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 72.

²⁰⁹¹ Voir BUCHER, DIP II, N° 690.

²⁰⁹² DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 72; BUCHER, DIP II, N° 650, 692-694; voir toutefois *supra*, N° 859 au sujet de l'établissement de la filiation maternelle.

²⁰⁹³ *Infra*, N° 931-936.

²⁰⁹⁴ *Obergericht* ZH, 22 mars 1968, ZR 1968, N° 20, p. 73; cf. DUTOIT, L'ordre public, p. 463.

20 décembre 1965 les effets du nouveau droit, soit l'établissement d'un lien de filiation. Au vu de la teneur de l'art. 13a Tfin CC, il est probable que l'ordre public n'interviendrait plus pour évincer une disposition similaire²⁰⁹⁵.

cc) Contestation de la reconnaissance

867. *Principe. La règle de conflit laisse-t-elle subsister un champ d'intervention résiduel pour la réserve ?* La réserve d'ordre public n'est pas appelée à jouer de rôle en matière de contestation de la reconnaissance, si l'on admet que la loi du for se voit attribuer la qualité de loi d'application nécessaire par la règle de conflit (art. 72 al. 3 LDIP) et que, dès lors, l'art. 260b CC s'applique toujours²⁰⁹⁶. Si l'on estime que le droit suisse n'a pas qualité de loi d'application nécessaire, tout en étant désigné par la règle de conflit, il faudrait réserver l'art. 15 LDIP qui pourrait conduire à l'application d'une loi étrangère²⁰⁹⁷, de sorte que l'intervention de la réserve ne serait pas exclue. Si l'on suit en revanche la thèse de B. DUTOIT²⁰⁹⁸, la réserve d'ordre public pourrait intervenir plus souvent, puisqu'un droit étranger pourrait fréquemment trouver application²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁵ Certes, l'art. 13a Tfin CC n'a pas le même contenu que la règle allemande puisque l'enfant au bénéfice d'une « paternité alimentaire » selon l'ancien droit devait ouvrir action en « conversion de paternité » (pour plus de détails, voir Cyril HEGNAUER, Die Klage auf Feststellung des Kinderverhältnisses zum Vater gemäss Art. 13a SchlT/ZGB, RDT 1979, p. 41-54); toutefois, le Conseil fédéral avait envisagé l'application du nouveau droit aux paternités alimentaires de l'ancien droit, solution qu'il a écartée pour des raisons tenant à l'intérêt de l'enfant (stabilité de sa situation, inopportunité éventuelle de l'établissement d'un lien de filiation) et des motifs d'ordre pratique (absence de registre des paternités alimentaires; voir Message du 5 juin 1974, FF 1974 II 1 ss [105]); plusieurs auteurs sont d'avis que l'application du nouveau droit aurait été parfaitement envisageable, le père n'ayant aucun droit acquis à conserver une paternité simplement alimentaire (voir notamment Cyril HEGNAUER, Die Übergangsbestimmungen zum neuen Kindesrecht in Mélanges en l'honneur de Henri Deschensux, Fribourg 1977, p. 164 ss (168); Louis BOURGKNECHT, Les nouvelles actions en paternité au sens de l'art. 13a Tit. fin CC, RDT 1979, p. 81-89 (82). Il nous paraît dès lors délicat d'affirmer qu'une telle réglementation heurte les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse.

²⁰⁹⁶ BUCHER, DIP II, N° 703.

²⁰⁹⁷ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 72, lorsque la reconnaissance est intervenue à l'étranger et que seule la loi étrangère permet sa contestation; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 24-25 ad art. 72 conteste les opinions de DUTOIT et de SIEHR, tout en réservant l'art. 15 LDIP, ce que fait justement SIEHR.

²⁰⁹⁸ *Supra*, N° 845.

²⁰⁹⁹ Cf. DUTOIT, Commentaire, N° 9 *in fine* ad art. 72.

868. *Jurisprudence rendue sous l'ancien droit.* Sous l'empire de l'ancien droit de la filiation, le Tribunal fédéral²¹⁰⁰ avait laissé ouverte la question du caractère « *d'ordre public* », c'est-à-dire impératif sur le plan international, des anciens art. 305-306 CC, relatifs à la contestation de la reconnaissance, aujourd'hui remplacés par les art. 260a à 260c CC. Sans résoudre la question, le Tribunal fédéral avait souligné le fait qu'à la différence des cas prévus à l'ancien art. 304 CC (prohibition de la reconnaissance des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux), les anciens art. 305 et 306 ne déclaraient pas nulle, mais simplement annulable, la reconnaissance qui émanait d'un autre que du père ou du grand-père de l'enfant; le fait que la loi laissait ainsi à la discrétion des intéressés le droit de se prévaloir ou non de l'inexactitude de la déclaration de reconnaissance par une demande d'annulation et le fait qu'elle soumettait l'action à un délai de prescription extrêmement court (3 mois) permettait « *semble-t-il, de trancher la question par la négative* ». Il est délicat de vouloir tirer des conclusions de cette jurisprudence; la nouvelle règle de conflit attribue un rayon d'intervention plus large aux règles matérielles du for. Il est toutefois difficile d'affirmer que ces règles s'inspirent, davantage que l'ancien droit de la filiation, du principe de la vérité biologique: certes, la reconnaissance de l'enfant par le grand-père, qui était possible sous l'ancien droit, ne l'est plus²¹⁰¹ et les délais pour ouvrir action sont allongés. Cependant, la Loi fédérale du 18 décembre 1998, qui n'est pas encore entrée en vigueur²¹⁰², renforcera le fondement social et affectif de la filiation.

869. *Notre position.* Nous avons déjà exposé²¹⁰³ les raisons qui nous conduisent à ne pas nous rallier à l'opinion de B. DUTOIT; en conséquence, la réserve d'ordre public n'est pas appelée à intervenir en ce domaine. A nos yeux, la clause d'exception n'a pas à intervenir pour désigner un droit étranger, le droit suisse ayant qualité de règles d'application nécessaire.

dd) Légitimation en Suisse

870. *Principe.* La Suisse a supprimé l'institution de la légitimation lors de la révision du droit de la filiation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978²¹⁰⁴.

²¹⁰⁰ ATF 75 II 177 (180-182), *Cocovillo*.

²¹⁰¹ Voir l'ancien art. 303 CC, admettant la reconnaissance par le grand-père en cas de décès ou d'incapacité permanente du père; de 1968 à 1970, seuls deux reconnaissances de ce type avaient été enregistrées; les Chambres ont suivi le Conseil fédéral qui proposait de supprimer cette singularité du droit suisse, cf. Message du 5 juin 1974, FF 1974 II 1 ss (38).

²¹⁰² Voir *infra*, N° 933.

²¹⁰³ *Supra*, N° 846.

²¹⁰⁴ LF du 25 juin 1976; sur la légitimation, voir le Message du 5 juin 1974, FF 1974 II 1 ss (35-37).

L'art. 259 al. 1 CC dispose que l'enfant né avant le mariage jouit du statut d'un enfant né dans le mariage dès que les père et mère se marient, pour autant que la paternité du mari soit établie par une reconnaissance ou un jugement. Quant à la légitimation judiciaire (art. 260 aCC), elle a été définitivement supprimée. La LDIP ne prévoit pas de disposition relative à une légitimation intervenue en Suisse. La doctrine souligne, à juste titre, que ce silence ne doit pas être interprété comme un rejet de l'application d'une loi étrangère connaissant cette institution²¹⁰⁵ qui ne heurte aucune valeur du for. L'application de lois étrangères prévoyant la légitimation n'est pas en soi contraire à l'ordre public. Elle répond fréquemment à l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir sa filiation. Selon A. BUCHER, l'ordre public pourrait en revanche intervenir à l'encontre de légitimations qui sont de manière reconnaissable sans rapport avec la vérité biologique²¹⁰⁶. Nous ne nous rallions pas à cette opinion: en droit suisse, l'art. 259 CC ne repose qu'en partie sur le principe de la vérité biologique, dès lors que l'auteur d'une reconnaissance peut ne pas être le père de l'enfant et que la reconnaissance ne peut être contestée par l'enfant que dans une mesure restreinte. Le droit suisse s'accommodant d'une dérogation importante au principe de la vérité biologique, les valeurs de l'ordre juridique suisse ne nous paraissent pas atteintes.

B. Effet indirect

a) Conditions de la reconnaissance de situations acquises et de décisions rendues à l'étranger

871. *Constatation et contestation de la filiation.* Les décisions étrangères relatives à la constatation ou à la contestation de la filiation sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans son Etat national, dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de la mère ou du père (art. 70 LDIP). La compétence indirecte n'est pas donnée lorsqu'un jugement a été rendu dans un autre Etat, même s'il est reconnu dans l'un des Etats mentionnés²¹⁰⁷. En cas de pluralité de nationalités, chacune de celles-ci est prise en compte (art. 23 al. 3 LDIP). Cette règle s'inspire de façon

²¹⁰⁵ BUCHER, DIP II, N° 706, qui se prononce pour l'inscription dans les registres des familles et, le cas échéant, des naissances; dans le même sens: DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 74; à relever, cette citation du Message LDIP (ch. 241.2): « De nombreux Etats connaissent encore la légitimation. C'est pourquoi l'on doit veiller à ce que les dispositions du DIP suisse ne soient pas trop fermement calquées sur les concepts et la systématique du propre droit matériel ».

²¹⁰⁶ BUCHER, DIP II, N° 706: « (...) comme c'est le cas de certaines légitimations fondées sur des droits islamiques ».

²¹⁰⁷ BUCHER, DIP II, N° 673; voir toutefois pour la compétence indirecte fondée sur le for de nécessité, DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 70; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 16 ad art. 70.

très généreuse du principe du *favor recognitionis*. La règle vise toutes les décisions étrangères relatives à l'établissement ou à la suppression d'un lien de filiation, même si elles sont d'un type inconnu du droit suisse²¹⁰⁸. Les reconnaissances intervenues à l'étranger, régies par l'art. 73 LDIP, les légitimations étrangères (art. 74 LIP), ainsi que les adoptions prononcées à l'étranger (art. 78 LDIP) ne sont pas visées par l'art. 70 LDIP. Il faut une nouvelle fois réserver les conventions internationales bilatérales applicables en la matière²¹⁰⁹.

872. *Reconnaissance et contestation de la reconnaissance*. La reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans son Etat national, dans l'Etat du domicile ou encore dans l'Etat national du père ou de la mère (art. 73 al. 1 LDIP). La loi ne contient pas de règle de compétence indirecte²¹¹⁰, manifestant une volonté de favoriser la reconnaissance, le législateur a opté pour une règle très libérale qui permet de reconnaître des effets à une reconnaissance, pour autant que celle-ci soit valable selon la loi de l'un des Etats désignés (*kollisionsrechtliche Anerkennung*). Ce texte ne concerne que les reconnaissances avec effets d'état civil, à l'exclusion des reconnaissances purement alimentaires²¹¹¹. Quant aux décisions relatives à la contestation de la reconnaissance, elles sont reconnues lorsqu'elles ont été rendues dans l'un de ces Etats (art. 73 al. 2 LDIP), sous réserve des conventions internationales²¹¹².

873. *Légitimations*. Bien que la légitimation ne soit plus prévue par le droit suisse depuis le 1^{er} janvier 1978, la LDIP contient une règle sur la reconnaissance des légitimations intervenues à l'étranger, dès lors que de nombreux ordres juridiques connaissent cette institution²¹¹³. L'art. 73 LDIP, relatif aux reconnaissances et aux décisions en matière de contestation de la

²¹⁰⁸ DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 70; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 12 ad art. 70.

²¹⁰⁹ Voir SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 4-13 ad art. 70 et DUTOIT, Commentaire, N° 4 ad art. 70.

²¹¹⁰ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 2 et 9 ad art. 73 et Einführung BT, N° 294.

²¹¹¹ DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 73, citant, sous l'ancien droit: Office fédéral de la justice, 30 juin 1982, JAAC 1982, N° 45, p. 259 (au sujet du droit texan) et ATF 106 II 236, *S. et consorts* (au sujet du droit anglais); SIEHR, IPRG Kommentar, N° 6 ad art. 73, citant: Office fédéral de la justice, 12 janvier 1988, REC 1988, p. 276 (au sujet du droit de l'une des provinces du Canada).

²¹¹² Cf. SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 7 ad art. 73, sur les conventions bilatérales et DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 73, sur la Convention CIEC du 14 septembre 1961 portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir la reconnaissance d'enfants naturels (RS 0.211.112.13).

²¹¹³ Message, ch. 243; SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 1 ad art. 74; DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 74.

reconnaissance intervenues à l'étranger, s'applique par analogie (art. 74 DIP), qu'il s'agisse d'une légitimation *ex lege*²¹¹⁴, éventuellement constatée dans un acte public, ou d'une légitimation par décision de l'autorité²¹¹⁵.

b) Intervention de la réserve

874. *En général.* L'ordre public formel peut être appelé à intervenir, sur requête, à l'encontre d'un acte étranger dont la reconnaissance heurterait les principes procéduraux fondamentaux de l'ordre juridique suisse. Les mêmes principes d'ordre public matériel que ceux que nous avons décrits dans le contexte de l'application de la loi étrangère sont susceptibles d'intervenir à l'encontre de décisions ou d'actes étrangers devant produire des effets en Suisse; cependant, la réserve interviendra avec moins d'acuité en raison de l'application des théories des liens avec le for et de l'effet atténué: les liens avec la Suisse seront en règle générale moins étroits qu'en matière d'effet direct et le temps qui s'est écoulé depuis la naissance de l'acte à l'étranger pourra atténuer la réaction de l'ordre public suisse. Il est important d'éviter autant que possible la création de situations juridiques boiteuses. Le refus de reconnaître un lien de filiation créé à l'étranger, vécu par les parties comme un statut parfaitement valable, sur la base duquel elles auront fondé de multiples attentes, pas uniquement patrimoniales, implique une négation juridique d'une vérité humaine, familiale, psychologique et sociale. Sans parler de la douleur que peuvent ressentir les intéressés sur le plan affectif et identitaire, un tel refus peut avoir de lourdes conséquences matérielles (aliments, successions, permis de séjour, etc.); lorsque les intéressés résident pour une plus brève durée en Suisse, un refus opposé à un statut pleinement reconnu dans les Etats avec lesquels les intéressés sont étroitement liés sera source d'incompréhension et mettra en cause le bien-fondé de la solution retenue par l'autorité.

875. *Principe de vérité biologique ? 1° Preuves scientifiques.* Faut-il admettre que l'ordre public suisse comprend un principe de la vérité biologique susceptible d'intervenir à l'encontre d'actes créés à l'étranger? Selon K. SIEHR, un jugement de paternité, de désaveu, de contestation de possession d'état ou de contestation de la reconnaissance qui ne se fonde pas sur des moyens de preuves scientifiques posera problème sous l'angle de l'ordre public, à moins que l'intéressé n'ait refusé, sans motif suffisant, de se soumettre à une expertise²¹¹⁶. En revanche, un jugement constatant que les conditions légales à l'établissement d'une filiation fondée sur une présomption ou une possession d'état sont remplies devrait être reconnu, même s'il n'y a pas eu expertise, pour

²¹¹⁴ Voir les § 1719-1722 BGB, les art. 331-332-1 CCFr., et l'art. 283 CCIt.

²¹¹⁵ Voir les § 1723-1740g BGB; les art. 333-333-5 CCFr., et 284-290 CCIt.

²¹¹⁶ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 19 ad art. 70.

autant que la présomption ou la possession d'état puissent être contestées dans le cadre d'un procès au cours duquel les moyens de preuves scientifiques seront admis²¹¹⁷. Pour les raisons exposées en matière d'application du droit étranger²¹¹⁸, nous pensons qu'il n'y a pas lieu d'affirmer l'existence d'un principe d'ordre public de la vérité biologique; dans l'hypothèse envisagée, la réserve pourrait intervenir lorsque la reconnaissance de l'acte étranger aurait pour conséquence de porter gravement atteinte au droit de l'enfant d'établir des liens de filiation.

876. 2° *Reconnaissances de complaisance.* a) *Décision de la Direction de l'Intérieur du Canton de Zurich.* Une décision de la Direction de l'Intérieur du Canton de Zurich²¹¹⁹ mérite d'être signalée. La Direction de l'Intérieur, agissant en sa qualité d'autorité cantonale de surveillance de l'état civil, a refusé de transcrire dans les registres de l'état civil suisse la reconnaissance effectuée devant notaire, à Guatemala, par un citoyen suisse domicilié en Suisse, des trois enfants de sa femme, citoyenne du Guatemala, domiciliée en Suisse au moment de la décision. L'autorité de surveillance a constaté que l'auteur de la reconnaissance avait respectivement 9, 12 et 16 ans au moment de la naissance des enfants, de sorte qu'elle a estimé qu'il était évident pour les deux premiers, et hautement vraisemblable pour le dernier, que l'auteur de la reconnaissance n'était pas le père des enfants. L'auteur de la reconnaissance avait du reste expressément admis, durant l'échange d'écritures, qu'il n'était pas le père des enfants, qu'il désirait en fait les adopter, et que c'était en raison d'une négligence des autorités guatémaltèques qu'il avait été inscrit comme père et non comme père adoptif. L'autorité de surveillance a jugé que la reconnaissance de cet acte heurtait l'ordre public suisse²¹²⁰. A titre d'*obiter dictum*, l'autorité mentionnait que la reconnaissance d'une adoption, si elle avait été prononcée à l'étranger, aurait également dû être refusée en Suisse, dès lors que l'exigence de différence d'âge minimale du droit suisse n'était pas satisfaite pour deux des enfants.

²¹¹⁷ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 70.

²¹¹⁸ *Supra*, N° 850.

²¹¹⁹ *Direktion des Innern* ZH, décision non publiée du 21 février 1997.

²¹²⁰ Décision précitée, p. 2-3: « Eine solche Anerkennung hätte in der Schweiz vom Zivilstandsbeamten zurückgewiesen werden müssen, weil es sich um eine Gefälligkeitsanerkennung handelt, die den Interessen der Kinder zuwiderläuft (...). Die vergleichende, ergebnisbezogene Wertung dieser im Ausland erfolgten Anerkennungen ergibt einen offensichtlichen Widerspruch zum geltenden inländischen Recht, weshalb die Verletzung des Ordre public zu bejahen ist ».

877. b) *Décision du Département de l'Intérieur du canton d'Argovie*. Le Département de l'Intérieur du canton d'Argovie²¹²¹, agissant également en sa qualité d'autorité cantonale de surveillance de l'état civil, a statué de façon comparable: un citoyen suisse, domicilié en Suisse, avait reconnu une fille née à Lyon d'une mère Française et sollicitait l'inscription de cette reconnaissance dans le registre des familles de son lieu d'origine. L'auteur de la reconnaissance avait déclaré à l'officier de l'état civil suisse qu'il n'était pas le père biologique de l'enfant, mais qu'il souhaitait néanmoins que l'inscription soit effectuée. L'autorité a refusé de procéder à cette inscription, invoquant l'ordre public suisse²¹²², précisant que l'admission de reconnaissance par d'autres personnes que le père biologique risquait d'éluder les dispositions relatives à l'adoption.

878. c) *Notre opinion. Importance des liens avec le for et de l'écoulement du temps*. Force est d'admettre qu'il arrivera que des reconnaissances de complaisance effectuées par un auteur qui sait ne pas être le père biologique de l'enfant doivent être reconnues en Suisse²¹²³. Dans la deuxième décision examinée, si le père n'avait pas fait une déclaration exacte à l'officier de l'état civil, l'autorité n'aurait pas eu d'indice lui permettant de conclure à une légitimation de complaisance et aurait dû inscrire la reconnaissance. Dans le premier exemple, si le requérant n'avait pas conforté par ses déclarations le soupçon que nourrissait l'autorité de surveillance, celle-ci aurait probablement dû transcrire la reconnaissance de l'enfant le plus jeune. Les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse ne sont pas heurtées, dans la mesure où le droit matériel suisse ne prévoit pas de contrôle de la conformité de la reconnaissance à la vérité biologique, sous réserve d'une invraisemblance trop évidente²¹²⁴. L'intervention d'un principe de la vérité biologique au stade de la réception d'une reconnaissance prononcée à l'étranger risquerait de transformer cette procédure en contestation de la reconnaissance, alors qu'elle n'a pas cette fonction et que l'autorité saisie n'est pas armée pour trancher un contentieux relatif à la filiation. La reconnaissance effectuée à l'étranger peut elle-même, une fois reconnue en Suisse, faire l'objet d'une procédure de contestation; le juge suisse

²¹²¹ *Departement des Innern AG*, décision non publiée du 17 septembre 1996.

²¹²² Décision précitée, p. 2: « *Die Zulassung der Anerkennung durch einen anderen Mann als den biologischen Vater würde die Vorschriften des schweizerischen ZGB über die Adoption unterlaufen. Die bewusste und gewollte Täuschung des Zivilstandsamtes über die väterliche Abstammung stellt sogar eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 253 Abs. 1 StGB dar. In diesem Sinne muss die Anerkennung eines Kindes durch einen Mann, der nicht dessen biologischer Vater ist, als offensichtliche Verletzung des schweizerischen Ordre public gelten* ».

²¹²³ Sur la reconnaissance utilisée comme fraude aux règles sur l'adoption, voir notamment Isabelle GUYON-RENARD, La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC, RCDIP 1996, p. 541 (543).

²¹²⁴ Voir MANDOLFIA BERNEY, p. 87.

se fondera sur la vérité biologique (art. 72 al. 3 LDIP, art. 260b CC). Par conséquent, nous pensons que le refus de reconnaissance ne peut porter que sur la reconnaissance de paternité dont l'in vraisemblance est évidente. Dans certains cas exceptionnels, des reconnaissances de ce type devraient également être reconnues en Suisse sans que l'ordre public n'y fasse obstacle: tel devrait être le cas lorsque la reconnaissance est intervenue à l'étranger plusieurs années auparavant, à une époque où les intéressés n'entretenaient pas de véritable lien avec la Suisse et que la filiation a été vécue à l'étranger par les parties comme une relation juridique valable, dans un ou plusieurs Etats dans lesquels elles étaient intégrées. Dans une telle situation, lorsque c'est l'auteur de la reconnaissance de complaisance qui fait valoir la contrariété à l'ordre public par voie d'objection à une action en paiement d'entretien en Suisse, alors que la filiation était reconnue dans l'Etat du domicile de la mère et de l'enfant, pays dans lequel la reconnaissance a été valablement effectuée plusieurs années auparavant, sans contestation de son auteur, l'ordre public ne serait pas véritablement heurté par la reconnaissance de l'acte en Suisse. Il faudrait renvoyer l'auteur à agir par la voie de l'action en contestation de la reconnaissance (art. 72 al. 3 LDIP).

879. *Reconnaissance devant une autorité consulaire, à l'étranger et en Suisse.* Les reconnaissances intervenues à l'étranger, devant une autorité consulaire d'un Etat tiers, dotées d'efficacité dans l'Etat dans lequel elles ont eu lieu ou dans un autre Etat étranger mentionné à l'art. 73 al. 1 LDIP, devront être reconnues en Suisse²¹²⁵. Il est plus délicat de décrire la réaction de l'ordre public lorsque la reconnaissance est intervenue en Suisse, devant un représentant diplomatique ou consulaire d'un Etat étranger, conformément à la loi de l'Etat d'envoi, mais en violation des devoirs de la représentation à l'égard de la Suisse. A. BUCHER, suivi de B. DUTOIT²¹²⁶, estime qu'elle doit être reconnue comme si elle avait été effectuée à l'étranger: selon lui, « *il serait disproportionné de refuser la validité d'une telle reconnaissance et de frapper ainsi l'enfant d'une sanction qui devrait être réservée aux seuls consuls qui outrepassent leur compétence* »²¹²⁷. I. SCHWANDER parvient au même résultat en affirmant que la remise de la déclaration en mains de l'autorité étrangère peut également être effectuée en Suisse²¹²⁸. Nous pensons également que pareilles

²¹²⁵ Selon le Message (ch. 73), « *la reconnaissance reçue dans une ambassade étrangère serait valable si elle correspond à l'un des droits désignés par l'article 70, 1^{er} alinéa* ».

²¹²⁶ BUCHER, DIP II, N° 679, approuvé par DUTOIT, Commentaire, N° 2 ad art. 71.

²¹²⁷ Le Message paraît refléter un avis contraire; juste après le texte cité ci-dessus (note 2125), le Conseil fédéral ajoute: « *l'observation de la forme d'une déclaration de reconnaissance doit répondre aux conditions du droit suisse lorsqu'elle est faite en Suisse* ».

²¹²⁸ SCHWANDER, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 73 et, se référant à l'opinion de BUCHER, SCHWANDER, Einführung BT, N° 286.

déclarations devraient être reconnues en Suisse, pour autant que les individus entretiennent certains liens avec l'Etat dont la représentation a enregistré la reconnaissance (Illustration 4). Indépendamment du fait que les autorités suisses ne sauront pas toujours qu'une reconnaissance a été déclarée devant un consul en Suisse²¹²⁹ (il est possible que l'extrait du registre de l'état civil étranger ne mentionne pas ce fait), il nous semble injuste de prendre en otage les intéressés, en leur faisant subir le poids d'une sanction qui devrait à l'évidence être dirigée contre l'Etat accréditant dont la représentation viole les obligations internationales; ce n'est pas le rôle du juge ou de l'autorité de l'état civil d'éliminer ces pratiques regrettables, mais celui du Conseil fédéral, qui peut faire usage des moyens que le droit international public met à sa disposition²¹³⁰.

880. *Légitimations*. Les mêmes principes sont susceptibles d'intervenir en matière de légitimation déclarée ou prononcée à l'étranger. Selon A. BUCHER, l'ordre public pourrait s'opposer aux légitimations qui ne correspondent pas à la vérité biologique; il faudrait toutefois que l'autorité appelée à se prononcer sur la reconnaissance en Suisse de la légitimation puisse aisément constater qu'un lien biologique n'existe pas entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant²¹³¹. Pour notre part, nous pensons que l'intervention de la réserve n'est envisageable que dans la mesure où la reconnaissance heurterait gravement l'intérêt de l'enfant à pouvoir établir un lien de la filiation avec ses auteurs.

C. Illustrations

881. *Illustration 1*. (69 al. 2 LDIP) Vladimir Szlitzhy est né en Syldavie en 1960, fruit de la relation adultérine d'Ana, ressortissante bordure domiciliée en Syldavie, et de Brutrus, Comte de Vlassof, de nationalité bordure. Vladimir a la nationalité bordure. Vladimir sait depuis l'âge de 10 ans que Brutrus est son père; il n'a jamais ouvert action contre lui, par respect pour sa mère. En 1992, Vladimir acquiert le statut de réfugié politique en Suisse. En 1998, afin d'éviter que sa fiancée, Hildegard von Schnurps, dont les conceptions familiales sont très strictes, ne le repousse en raison de son absence de filiation paternelle, ce qu'il lui a caché jusque-là, Vladimir décide d'ouvrir, au for de sa résidence en Suisse (art. 66 LDIP), une action en recherche de paternité contre Brutrus, toujours domicilié dans le Royaume de Bordurie. Si l'on se fonde sur la date de la naissance (art. 69 al. 1 LDIP), la loi applicable est la loi syldave de la résidence de l'enfant au moment de la naissance (art. 68 al. 1 LDIP). La loi syldave permettrait à Vladimir d'établir sa filiation paternelle en présentant au juge une déclaration

²¹²⁹ BUCHER, DIP II, N° 679.

²¹³⁰ Pour une réaction des autorités fédérales en rapport avec les activités d'état civil de certaines représentations en Suisse, voir notamment la lettre du DFAE du 8 février 1995 aux représentations diplomatiques et consulaires en Suisse, in REC 1995, p. 128. Sur la reconnaissance exceptionnelle d'actes effectués en Suisse devant des représentations étrangères, voir *supra*, N° 571-572 (mariage), 653 (mariage polygamique), 732 (partenariat homosexuel), 753-754 (divorce), 758 (répudiation) et *infra*, N° 926 (adoption).

²¹³¹ BUCHER, DIP II, N° 713.

authentifiée de sa mère, affirmant qu'elle a entretenu des relations intimes avec le défendeur au moment de la conception. En présence d'un tel document, la loi syldave prévoit que le juge doit déclarer la demande bien-fondée, sans que le père prétendu dispose d'un quelconque moyen de défense et sans que la filiation soit établie de façon scientifique. Le juge constate que l'application de la loi syldave constituerait un net avantage pour le demandeur; il ne fait dès lors pas application de l'art. 69 al. 2 LDIP. Il évince toutefois la loi syldave au nom de l'ordre public, l'absence d'exception à disposition du père prétendu lui paraissant contraire au noyau dur de l'ordre public. Il applique à titre de droit de substitution la loi bordure (art. 69 al. 2 et 68 al. 2 LDIP), qui est plus favorable à Vladimir que la loi suisse, puisqu'elle prévoit que l'action est imprescriptible.

882. *Illustration 2 a).* Yadolah X. est un jeune ressortissant du Sultanat de Belomar, de religion musulmane, né de la liaison entretenue par sa mère, double-nationale suisse et belomarienne, avec un ressortissant belomarien marié. Tous trois étaient domiciliés dans le Sultanat au moment de la naissance de Yadolah. Yadolah ouvre action en paternité contre son père, devant le for d'origine (lieu d'origine de sa mère, art. 67 LDIP). Le défendeur ne répond pas à la citation qui lui est adressée par la voie diplomatique. Le juge constate qu'il est compétent: la loi du Sultanat prohibe l'établissement de la filiation adultérine, de sorte que l'on ne peut exiger du demandeur qu'il ouvre action en ce lieu. La loi du Sultanat, résidence habituelle de Yadolah, est applicable, que l'on se fonde sur le moment de la naissance ou de l'action (art. 68 al. 1, 69 LDIP). Le juge estime que l'ordre public suisse n'est pas suffisamment heurté pour que la réserve intervienne, au vu des liens très peu étroits des intéressés avec le for; il constate que le seul point de contact avec la Suisse est très lâche, la mère du demandeur n'ayant ni famille ni amis dans ce pays et ne s'y étant jamais rendue. Il rejette la demande en application de la loi du Sultanat.

883. *Illustration 2 b).* Yasser, ressortissant du Sultanat né en 1970, est issu de la liaison adultérine entretenue par sa mère, ressortissante du Sultanat, avec un compatriote. Yasser est domicilié au Sultanat, avec sa mère, jusqu'en 1979, avant de quitter ce pays pour l'Inde où il acquiert une formation en informatique. En 1991, Yasser obtient un permis de séjour en Suisse; une année plus tard, Yasser se marie avec une Suissesse. Il ouvre action en paternité contre son père, domicilié en Iran, devant le tribunal de sa résidence; il invoque la contrariété à l'ordre public de la législation du Sultanat et entend se prévaloir de l'art. 263 al. 3 CC. Le tribunal admet sa compétence (art. 66 LDIP). Le juge constate que le droit du Sultanat s'applique, que l'on tienne compte du moment de la naissance (art. 69 al. 1 et 68 al. 1 LDIP), l'enfant ayant alors sa résidence habituelle dans le Sultanat, ou de celui de l'action (art. 69 al. 2 et 68 al. 2 LDIP, droit de la nationalité commune). Le juge écarte la loi du Sultanat; il est d'avis qu'elle heurte l'ordre public suisse, compte tenu des liens étroits que l'intéressé entretient avec la Suisse, en particulier son domicile conjugal, la nationalité de son épouse. Toujours pour tenir compte de ces liens, il applique le droit suisse à titre de droit de substitution, en particulier l'art. 263 al. 3 CC.

884. *Illustration 3.* Xavo, domicilié en Syldavie, a les nationalités suisse, italienne et syldave; il est né de père inconnu et d'une mère italienne et suisse en 1980. En 1997, sa mère lui révèle le nom de son père. En 2000, Xavo ouvre action en recherche de paternité devant les tribunaux vaudois du lieu d'origine de sa mère (art. 67 LDIP) à l'encontre de P., ressortissant syldave domicilié en Syldavie. Selon la loi du Royaume de Syldavie, la preuve de la paternité doit être rapportée par témoignage uniquement; le juge suisse s'estime compétent, étant d'avis que l'on ne peut raisonnablement exiger de Xavo qu'il ouvre action devant les tribunaux de Syldavie,

au vu du système de preuves légales qui y règne. Le juge applique la loi syldave, la Syldavie étant le lieu de la résidence actuelle de l'enfant et de celle qu'il avait au moment de sa naissance (art. 68 al. 1 et 69 LDIP). Le droit syldave prévoit que l'action en recherche de paternité peut être intentée par la mère au nom de l'enfant dans un délai de trois mois à compter de la naissance, puis par l'enfant, dans l'année qui suit sa majorité, qui est fixée à 17 ans. Le juge constate que l'action est tardive en l'espèce; le bref délai pour ouvrir l'action ne lui paraît pas heurter l'ordre public suisse, compte tenu des liens très peu étroits de la cause avec le for.

885. *Illustration 4 a*) (reconnaissance consulaire). Boris est citoyen suisse domicilié en Suisse, de lointaine origine bordurie; Sonia est citoyenne italienne, domiciliée en Suisse depuis 10 ans. Boris et Sonia pensent ouvrir dans un proche avenir un commerce de laitues biologiques en Bordurie, marché en pleine expansion. Sonia met au monde un enfant, des œuvres de Boris. A la naissance de son fils, Boris se rend à l'Ambassade de Bordurie pour le reconnaître, car il a entendu dire que la Bordurie n'admettait que la validité des reconnaissances intervenues devant ses autorités; le consul enregistre la déclaration de reconnaissance, ainsi que la loi bordurie le lui impose, et délivre un extrait à Boris. Celui-ci demande à l'autorité de surveillance du canton de son domicile de transcrire cette déclaration dans les registres. La reconnaissance est refusée, au vu de l'intensité des liens que les parties entretiennent avec la Suisse et des liens peu étroits qu'ils ont avec la Bordurie; en outre, la reconnaissance n'y a pas encore véritablement déployé d'effets. Compte tenu de ce refus, Boris se rend auprès de l'office de l'état civil de son domicile pour effectuer une reconnaissance en Suisse.

886. *Illustration 4 b*). Vladislav, citoyen russe domicilié en Syldavie, âgé de 19 ans, est le père de l'enfant que porte Tatiana, citoyenne syldave. En 1995, Tatiana met au monde une fille, Mouna. Vladislav refuse d'assumer sa paternité et décide d'émigrer en Suisse, où il obtient un permis saisonnier et du travail dans un restaurant de Travers. Une année après son arrivée, Vladislav se rend à l'Ambassade de Syldavie, à Beme, où il déclare reconnaître la paternité de sa fille Mouna. La reconnaissance est transcrite dans les registres de l'état civil syldave. Vladislav retourne en Syldavie en 1997 où il reste pendant deux ans; pendant cette période, il verse une pension mensuelle à Tatiana pour l'entretien de leur fille. En février 1999, Vladislav obtient un nouveau permis annuel de travail en Suisse; il s'établit à Fleurier/NE; il cesse de payer la pension de sa fille et cache son adresse à la mère de son enfant. Tatiana ouvre action en paiement d'une pension alimentaire devant le président du Tribunal du Val-de-Travers (résidence du défendeur, art. 79 al. 1 LDIP). Vladislav prétend ne pas être le père de l'enfant. Se prononçant par jugement séparé sur la question préalable de la filiation, le juge estime que la reconnaissance prononcée devant l'Ambassade de Syldavie doit être reconnue en Suisse.

Chapitre IX: Adoption et réserve d'ordre public

1. Introduction

887. *Divergences du droit matériel.* L'adoption, qui se donne pour but, selon la formule élégante de B. ANCEL et Y. LEQUETTE, de « nouer les fils de destinées individuelles que la nature n'avait pas à l'origine associées »²¹³², n'est pas connue de tous les systèmes juridiques, certaines législations satisfaisant par le biais d'autres institutions le besoin auquel elle répond. Les lois de certains Etats, en particulier des pays musulmans, la prohibent²¹³³. Les pays qui connaissent cette institution ne la réglementent pas tous de la même façon²¹³⁴. Certains pays, comme la Suisse jusqu'en 1973, connaissent une forme d'adoption dans laquelle de nouveaux liens juridiques avec la famille d'accueil viennent se greffer sur les liens existant avec la famille de sang, ceux-ci étant maintenus (adoption simple). D'autres pays, à l'instar de la Suisse depuis 1973, prévoient la suppression des liens juridiques avec la famille de sang, un lien juridique complet s'installant alors entre l'adopté et les adoptants; l'adopté acquiert un statut équivalent à celui des descendants de sang des adoptants (adoption plénière)²¹³⁵. D'autres Etats encore connaissent les deux formes d'adoption. L'adoption est tantôt conçue comme un acte étatique prononcé par une autorité administrative ou judiciaire agissant en qualité de juridiction gracieuse ou encore par un organisme privé ou religieux investi d'une mission étatique, tantôt comme un contrat purement privé, généralement approuvé par une autorité étatique²¹³⁶. Les effets de l'adoption, notamment quant au nom, à l'entretien ou aux expectatives successorales, sont différents dans chaque législation. Les efforts d'harmonisation sont restés très limités jusqu'à aujourd'hui. Dans le contexte européen, l'on peut signaler la Convention européenne en matière d'adoption des enfants du 24 avril 1967, ratifiée par la Suisse²¹³⁷, qui contient des prescriptions fondamentales que les Etats doivent

²¹³² ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, p. 521.

²¹³³ Cf. Elisabeth POISSON-DROCOURT, in RCDIP 1993, p. 257; HENRICH, in Staudingers Kommentar zum BGB, 12^e éd., Art. 20-22 nf EGBGB, Berlin 1988, N° 4 Vorbem. zu Art. 22 nf EGBGB; MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 14 ad art. 78.

²¹³⁴ En droit comparé, voir p. ex. Harry D. KRAUSE, Creation of Relationships of Kindships, IECL, Vol. IV/6, La Haye/Tübingen 1976, p. 73 ss; HENRICH, *op. cit.* (note 2133), N° 4-6 Vorbem. zu Art. 22 nf EGBGB; Elisabeth POISSON-DROCOURT, L'adoption internationale, RCDIP 1987, p. 677 ss et les nombreuses références données par Cyril HEGNAUER, Berner Kommentar, N° 3 vor art. 264; voir également les indications in Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33 (37 ss).

²¹³⁵ Voir le tableau de MOSIMANN, IPR Kommentar, N° 14 ad art. 78, pour un aperçu en droit comparé et KRAUSE, *op. cit.* (note 2134), p. 86 ss.

²¹³⁶ Cf. KRAUSE, *op. cit.* (note 2134), p. 73.

²¹³⁷ RS 0.211.221.310.

respecter dans leur législation (art. 4-15) et des recommandations (art. 17-20). Cette convention n'est pas applicable directement dans l'ordre juridique (« *self executing* »)²¹³⁸.

888. *L'adoption internationale.* Les adoptions internationales ont connu un essor sans précédent durant la seconde moitié du XX^e siècle²¹³⁹. Le nombre d'enfants juridiquement adoptables dans les pays occidentaux est insuffisant, du fait notamment de la généralisation de l'utilisation des moyens de contraception, pour combler l'attente de candidats à la parenté adoptive toujours plus nombreux; ceux-ci, ainsi que les intermédiaires au placement, se tournent plus fréquemment qu'auparavant vers d'autres continents, vers des pays dans lesquels la précarité ambiante contraint les plus démunis à offrir des descendants à l'adoption. De plus en plus souvent, les enfants adoptés sont originaires d'Etats fort éloignés de la Suisse (Amérique latine, Afrique ou Asie)²¹⁴⁰. Les législateurs nationaux et certaines conférences internationales tentent de lutter contre les abus fréquemment dénoncés en ce domaine (achats d'enfants, rapt, chantage, etc.)²¹⁴¹. Aux problèmes humains et psychologiques que pose toute adoption, s'ajoutent, en matière d'adoption internationale, ceux découlant des difficultés que peut vivre l'adopté du fait de son déracinement.

889. *Internationalité.* Une adoption prononcée en Suisse est internationale lorsque l'un des intéressés (adoptant, adopté, parent de sang) a une nationalité étrangère, est domicilié ou réside à l'étranger. Une adoption est toujours internationale lorsqu'elle a été prononcée à l'étranger et qu'il s'agit d'en

²¹³⁸ Cf. Cass. it., 21 juillet 1995, cité par BALLARINO, p. 459, note 1, au sujet de l'art. 6 de la convention (adoption de mineurs par une personne seule).

²¹³⁹ Voir J. H. A. VAN LOON, Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger in Actes et documents de la XVII^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé (Adoption-coopération), La Haye 1994, p. 10-119 (36 ss).

²¹⁴⁰ En 1997, sur 1043 enfants adoptés en Suisse, 502 venaient d'Europe (dont 310 de Suisse), 71 d'Afrique, 241 d'Amérique, 228 d'Asie, cf. Office fédéral de la statistique, Annuaire statistique suisse 1999, Zürich 1998, p. 45. Par contre, il n'existe pas de statistique des adoptions prononcées à l'étranger pour des adoptants domiciliés en Suisse et reconnues en Suisse; cf. Message du Conseil fédéral du 19 mai 1999 concernant la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ainsi que la loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale, FF 1999, p. 5129, ch. 11. Pour une analyse critique des problèmes posés par les adoptions internationales en Suisse, voir Marie-Françoise LÜCKER-BABEL, Adoption internationale et droits de l'enfant. Qu'advient-il des laissés-pour-compte? Fribourg 1991; *idem*, Les cas d'échec de l'adoption internationale en Suisse. Un point de vue juridique, RDT 1994, p. 86-96.

²¹⁴¹ Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 13; cf. les art. 21 lit. d et 35 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (RS 0.107); VAN LOON, *op. cit.* (note 2139), p. 50-54 sur le trafic international d'enfants.

examiner les effets dans l'Etat de la reconnaissance, que la reconnaissance soit demandée à titre principal ou préjudiciel. Dans ce dernier cas, une adoption internationale pour l'Etat de la reconnaissance peut avoir pour objet, dans l'optique de l'Etat d'origine, soit une adoption interne, soit une adoption internationale.

2. *Aperçu de droit international privé comparé*

A. France

890. *Règles de conflit.* Nous n'étudierons pas de façon détaillée le rattachement (jurisprudentiel) de l'adoption en droit international privé français, si ce n'est pour souligner qu'une loi autre que la loi française a vocation à s'appliquer en ce domaine. Coupant court à ce que J. FOYER a qualifié de « *valse-hésitation* »²¹⁴² de la doctrine et de la jurisprudence, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt de principe de 1984²¹⁴³ que les conditions et les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une personne seule, par la loi nationale de celle-ci, la loi nationale de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté²¹⁴⁴. La Cour formulait en outre une règle internationale matérielle, en affirmant que lorsque le consentement à l'adoption d'un enfant étranger par un Français ne précisait pas en considération de quel type d'adoption il avait été donné, ce consentement valait pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français (adoption simple ou plénière). Dans un autre arrêt²¹⁴⁵, la Cour a formulé une règle matérielle complémentaire en précisant que le contenu du consentement devait être apprécié indépendamment des conditions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté expresse ou présumée de la personne qui avait consenti.

891. *Adoption conjointe.* Cette jurisprudence ne résout pas toutes les difficultés. Quel rattachement détermine les conditions d'une adoption conjointe ? P. MAYER, H. GAUDEMET-TALLON, B. ANCEL/Y. LEQUETTE²¹⁴⁶ propo-

²¹⁴² FOYER, RCDIP 1978, p. 686.

²¹⁴³ Cass. fr., 7 novembre 1984, RCDIP 1985, p. 533, 1^{ère} espèce, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 65, *Torfer*; voir déjà CA Paris, 8 décembre 1977, RCDIP 1978, p. 684.

²¹⁴⁴ Sur l'adoption en droit international privé français, voir notamment GAUDEMET-TALLON, *Le droit français*, p. 567 ss; Jean-Marc BISCHOFF, *L'adoption en droit international privé/France*, RIDC 1985, p. 799 ss; AUDIT, N° 726 ss; MAYER, N° 626 ss; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 359 ss; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 467 ss; Elisabeth POISSON-DROCOURT, *L'adoption internationale*, RCDIP 1987, p. 673-710.

²¹⁴⁵ Cass. fr., 31 janvier 1990, RCDIP 1990, p. 519, *Pistre*; ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 66.

²¹⁴⁶ MAYER, N° 628; GAUDEMET-TALLON, *Le droit français*, p. 578; ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 65-66, ch. 2.

sent d'appliquer la loi des effets du mariage (loi nationale commune, à défaut loi du domicile commun), alors que Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL préfèrent la loi du domicile commun des parents²¹⁴⁷.

892. *Intervention de l'ordre public (effet direct). 1° Loi nationale ignorant l'adoption.* Quelle attitude adopter lorsque la loi nationale de l'adoptant ou de l'adopté ignore l'adoption ? Ce silence qualifié participe souvent des valeurs fondamentales de l'ordre public de ces Etats²¹⁴⁸. Lorsqu'elle examine cette question, la doctrine française est fort divisée: E. POISSON-DROCOURT est d'avis qu'il faut refuser de prononcer l'adoption pour éviter la création d'une situation boiteuse²¹⁴⁹. H. MUIR WATT considère que la loi personnelle de l'enfant n'a pas toujours la même vocation à empêcher la création d'un lien adoptif, son intervention serait bien moins justifiée lorsque l'enfant a été recueilli en France ou y réside de manière permanente que lorsqu'il s'agit de le faire sortir de son pays d'origine en vue d'une adoption en France. Selon cet auteur, on pourrait concevoir que la compétence de la loi nationale de l'enfant soit relayée, subsidiairement, dans les cas où elle interdirait l'adoption plénière, par la loi de la résidence habituelle de ce dernier²¹⁵⁰. Pour H. GAUDEMET-TALLON, il conviendrait d'établir une règle matérielle selon laquelle l'adoption plénière peut être prononcée en France dès lors qu'il y a une certitude quant au désintérêt total des parents de sang vis-à-vis de l'enfant²¹⁵¹. Pour Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL²¹⁵², l'ordre public pourrait fonder un droit à la création d'une adoption au profit d'adoptants français ou étrangers domiciliés en France lorsque l'enfant a déjà été recueilli en France et qu'il est intégré à la communauté française au moment de son adoption. Avant que la Cour de cassation ne tranche la question, la jurisprudence des cours inférieures n'était pas unanime: ainsi, faisant jouer la théorie des liens avec le for, le Tribunal de grande instance de Paris²¹⁵³ avait considéré que « *si la prohibition par la loi marocaine de l'adoption sous sa forme plénière, inspirée par le souci de ne pas couper l'enfant de ses racines, n'apparaît pas choquante, ladite loi*

²¹⁴⁷ LOUSSOUARN/BOUREL, N° 359, p. 401 *ii*.

²¹⁴⁸ Cf. la circulaire du 23 janvier 1985 du Ministère de la Justice du Maroc, interdisant aux notaires de recevoir des consentements à l'adoption de la part de parents marocains, car il y aurait « *violation de l'ordre public marocain* », citée dans la réponse du Ministre français des affaires étrangères du 28 août 1986 au sujet de l'habilitation des consuls français à recevoir des consentements, in RCDIP 1986, p. 795: « *Toutefois un certain nombre de pays qui ne reconnaissent pas l'institution de l'adoption, considèrent souverainement que cette pratique est de nature à porter atteinte à leur notion même d'ordre public* ».

²¹⁴⁹ POISSON-DROCOURT, *op. cit.* (note 2144), p. 684-686.

²¹⁵⁰ Horatia MUIR WATT in JCP 1991 II 21635.

²¹⁵¹ GAUDEMET-TALLON, Le droit français, p. 581.

²¹⁵² LOUSSOUARN/BOUREL, N° 360.

²¹⁵³ TGI Paris, 5 février 1992, RCDIP 1993, p. 251, 1^{ère} espèce.

est en revanche et en l'espèce contraire à la conception française de l'ordre public, en ce qu'elle prohibe également l'adoption simple, dans la mesure en effet où la jeune [adoptée], née de parents inconnus, vit en France depuis le 20 janvier 1991, y est élevée par un couple dont l'un des époux est français et a ainsi avec la France des liens de rattachement concrets et forts ». La Cour d'appel de Versailles avait refusé de prononcer l'adoption plénière d'un enfant français demandée par un couple algérien, n'écartant pas au nom de l'ordre public leur loi nationale qui ignorait l'adoption²¹⁵⁴; quant à la Cour d'appel de Dijon, elle n'avait pas non plus fait jouer la réserve à l'encontre de la loi marocaine, s'agissant de l'adoption d'un enfant marocain par un couple marocain²¹⁵⁵. Dans un arrêt du 10 mai 1995²¹⁵⁶, la Cour de cassation a développé la règle matérielle évoquée précédemment, estimant que deux époux français pouvaient adopter en France un enfant dont la loi personnelle prohibait cette institution (en l'espèce la loi marocaine), à la condition que le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption demandée; la Cour cassait un arrêt dans lequel les juges n'avaient pas recherché qui était le représentant légal de l'enfant et en quels termes celui-ci avait consenti à la remise de l'enfant.

893. 2° *Autres cas d'intervention*. Dans son arrêt *Pistre*, la Cour de cassation devait se prononcer sur l'éviction éventuelle de la loi brésilienne qui prévoyait l'adoption simple et l'adoption plénière, mais qui interdisait le bénéfice de la seconde aux adoptants étrangers désirant adopter un enfant brésilien²¹⁵⁷. Pour la Cour, les dispositions de la loi brésilienne, « *qui reposent sur le souci de ne pas couper complètement l'enfant de ses racines, ne sont contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la CEDH ni à celles du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* ». Les normes étrangères prévoyant des conditions d'âge différentes de celles de la loi française ne semblent pas avoir suscité la réaction de l'ordre public français²¹⁵⁸, pas plus que les normes relatives au consen-

²¹⁵⁴ CA Versailles, 16 février 1983, RCDIP 1985, p. 535; voir déjà Tribunal civil de la Seine, 16 janvier 1947, RCDIP 1947, p. 302 et Tribunal civil de Tunis, 28 janvier 1959, JDI 1961, p. 560.

²¹⁵⁵ CA Dijon, 12 mars 1993, RCDIP 1994, p. 82.

²¹⁵⁶ Cass. fr., 10 mai 1995, RCDIP 1995, p. 547; voir également Cass. fr., 1^{er} juillet 1997 et CA Paris, 10 juin 1997, RCDIP 1997, p. 705, 1^{ère} espèce; au sujet de l'adoption simple, voir récemment Cass. fr., 16 décembre 1997, RCDIP 1998, p. 433.

²¹⁵⁷ Cass. fr., 31 janvier 1990, RCDIP 1990, p. 519, ANCEL/LEQUETTE, Grands arrêts, N° 66.

²¹⁵⁸ CA Paris, 10 juillet 1946, RCDIP 1947, p. 142; cf. également CA Paris, 2 janvier 1936, RCDIP 1936, p. 459 (mais la loi française avait changé entre temps, l'arrêt invoquant l'actualité de l'ordre public).

tement²¹⁵⁹, avant l'adoption de la règle jurisprudentielle matérielle précitée. La Cour de Paris a estimé que « *malgré les dispositions de l'article 345-1 du code civil [CCFr.]* », prohibant l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, « *n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international* » la loi allemande autorisant l'adoption plénière (§ 1754 al. 1 BGB) de l'enfant du conjoint alors que la filiation est établie à l'égard du parent prédécédé, dès lors que cette adoption, tout en étant qualifiée de plénière en droit allemand, n'entraînait pas une rupture complète de l'enfant avec la famille de sang; en effet, le § 1756 BGB prévoit que les liens subsistent avec les parents de l'époux prédécédé²¹⁶⁰. L'une des rares interventions claires de la réserve apparaît dans une jurisprudence aujourd'hui dépassée par l'évolution du droit interne: à une époque où la loi française prohibait l'adoption en présence d'enfants de sang, des lois étrangères ne prévoyant pas cette prohibition furent écartées au nom de l'ordre public²¹⁶¹.

894. *Reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger.* Une adoption prononcée à l'étranger a effet en France sans *exequatur*, à l'exception de ce qui concerne des mesures d'exécution forcée (paiement de pensions, remise de l'enfant)²¹⁶², et sans que la transcription dans les registres de l'état civil doive nécessairement être ordonnée²¹⁶³. La reconnaissance est soumise aux conditions ordinaires, en particulier à l'examen de la conformité de la décision à l'ordre public français.

895. *Intervention de l'ordre public (effet indirect).* La doctrine prend la peine de souligner que l'ordre public susceptible d'intervenir est atténué²¹⁶⁴, de sorte qu'il interviendra rarement. Ainsi, un arrêt du Tribunal de grande instance de Paris a refusé de faire jouer l'ordre public à l'encontre d'une adoption prononcée dans l'Etat de New York d'un mineur de plus de 15 ans, quand bien même l'adoption n'aurait pu être prononcée en application de la loi française, « *attendu qu'en l'espèce, la notion d'ordre public n'intervient que dans son*

²¹⁵⁹ Tribunal civil d'Avesne, 24 juin 1943, Sirey 1944 II, p. 23.

²¹⁶⁰ CA Paris, 31 mars 1995, RCDIP 1996, p. 314.

²¹⁶¹ Cass. fr. (Chambre des requêtes), 21 avril 1931, RCDIP 1932, p. 526, *dame Pounoucannamalle*.

²¹⁶² MAYER, N° 633; LOUSSOUARN/BOUREL, p. 566 *if.*; Cass. fr. (Chambre sociale), 19 avril 1989, RCDIP 1990, p. 92; pour plus de détails sur l'effet des jugements en matière d'état et de capacité des personnes indépendamment de l'*exequatur*, voir p. ex. LOUSSOUARN/BOUREL, N° 512, p. 565-567. Voir également GAUDEMET-TALLON, Le droit français, p. 589 ss.

²¹⁶³ Cass. fr., 14 février 1990, RCDIP 1991, p. 129. A noter que l'adoption qui n'emporte aucun effet sur la filiation de l'enfant n'est pas transcrite dans les registres français (voir CA Paris, 4 juin 1998, RCDIP 1999, p. 108).

²¹⁶⁴ Voir p. ex. GAUDEMET-TALLON, Le droit français, p. 588.

effet atténué »²¹⁶⁵. Dans un arrêt de 1997²¹⁶⁶, invoquant « *les effets atténués* » de l'ordre public, la Cour d'appel de Paris a déclaré exécutoire un jugement d'adoption de l'Etat d'Ohio opérant rupture des liens avec la famille de sang de l'enfant d'un conjoint, même s'il conservait une filiation à l'égard de son deuxième parent; la Cour était d'avis qu'un tel régime ne heurtait pas l'ordre public dès lors que le droit interne français antérieur à la loi du 8 janvier 1993 prévoyait la même solution. La Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'une adoption prononcée par le Tribunal de Tananarive (Madagascar) alors que l'adoptée était majeure, décision qui avait reçu l'*exequatur* en France par une décision définitive du Tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion, entraînait transmission de la nationalité française, quand bien même la reconnaissance en France était intervenue de façon erronée et aurait dû, selon elle, être refusée au nom de l'ordre public²¹⁶⁷; l'ordre public est également intervenu dans le cas d'une adoption qui compromettrait la paix de la famille en France en raison de l'existence d'enfants du premier lit du mari qui se sentaient évincés par l'adoptée²¹⁶⁸; cette jurisprudence date d'avant l'abrogation de la règle française qui prohibait l'adoption en présence d'enfants du sang des adoptants.

B. Allemagne

896. *Adoption prononcée en Allemagne. Règles de conflit.* Aux termes de l'art. 22 EGBGB, l'adoption est soumise au droit national de l'adoptant, lorsqu'il s'agit d'une personne non mariée; l'adoption par une personne mariée ou un couple marié est soumise au droit qui régit les effets généraux du mariage, tel que le détermine le rattachement en cascade de l'art. 14 EGBGB. Lorsqu'un couple marié désire adopter un enfant, le droit allemand trouvera application dans la majorité des cas, en raison de la règle de conflit. Une loi étrangère régira l'adoption d'un enfant par un couple de ressortissants étrangers de même nationalité. Aux termes de l'art. 23 EGBGB, l'exigence d'un consentement et son octroi par l'enfant et par la personne avec laquelle l'enfant entretient un rapport de famille sont soumis, cumulativement, au droit applicable à l'adoption et à la loi nationale de l'enfant²¹⁶⁹. Pour autant que l'intérêt de l'enfant l'exige, il y a lieu d'appliquer le droit allemand au lieu de la loi nationale.

²¹⁶⁵ TGI Paris, 15 décembre 1975, RCDIP 1976, p. 728.

²¹⁶⁶ CA Paris, 27 mars 1997, RCDIP 1997, p. 732.

²¹⁶⁷ Cass. fr., 17 juin 1980, RCDIP 1981, p. 73.

²¹⁶⁸ CA Colmar, arrêt non publié du 20 septembre 1985, cité par Elisabeth POISSON-DROCOURT, RCDIP 1987, p. 696, note 86 et GAUDEMET-TALLON, *Le droit français*, p. 588, note 100.

²¹⁶⁹ Voir KLINKHARDT, *München. Komment.*, N° 5 ad art. 23 EGBGB.

897. *Intervention de la réserve d'ordre public (effet direct)*. Lorsqu'une loi étrangère s'applique, la réserve d'ordre public a vocation à l'évincer. La doctrine souligne, de façon classique, que la réserve doit intervenir de façon tout à fait exceptionnelle²¹⁷⁰, la théorie de l'*Inlandsbeziehung* étant parfois évoquée²¹⁷¹. Quelle doit être la réaction de l'ordre public lorsque la *lex causae* ne connaît pas l'adoption ? La doctrine n'est pas unanime²¹⁷². L'*Amtsgericht* de Hagen²¹⁷³ a fait intervenir la réserve pour écarter la prohibition du droit iranien, s'agissant de l'adoption d'un enfant originaire du Sri Lanka par un couple germano-iranien, compte tenu de la forte *Binnenbeziehung*. Les règles du droit étranger qui prévoient l'adoption sous une forme purement privée, sans la moindre collaboration ou autorisation étatique, ne devraient pas être appliquées en Allemagne²¹⁷⁴. La jurisprudence offre plusieurs exemples dans lesquels des empêchements de la loi étrangère, inconnus du droit allemand, n'ont pas été écartés au nom de l'ordre public; ainsi, la norme étrangère (art. 229 CCit.) qui interdit l'adoption simple lorsque les adoptants ont eux-mêmes des enfants a tantôt été évincée²¹⁷⁵, tantôt appliquée²¹⁷⁶. L'ordre public ne devrait pas faire obstacle à l'application d'une règle prohibant l'adoption d'enfants de plus de 14 ans²¹⁷⁷, ainsi que de celle qui prévoit un âge minimum pour les adoptants²¹⁷⁸. L'intensité des liens avec le for pourrait toutefois conduire les tribunaux à des conclusions inverses²¹⁷⁹. La loi étrangère prévoyant que seuls de jeunes enfants

²¹⁷⁰ Voir p. ex. KLINKHARDT, München. Komment., N° 55 ad art. 22 EGBGB; HENRICH, in Staudingers Kommentar zum BGB, 12^e éd., art. 20-22 n° EGBGB, Berlin 1988, N° 104 ad art. 22.

²¹⁷¹ HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104; KLINKHARDT, München. Komment., N° 55 ad art. 22.

²¹⁷² KLINKHARDT, München. Komment., N° 56 ad art. 22 EGBGB; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104 ad art. 22; VON BAR, IPR II, N° 326 et note 1129.

²¹⁷³ AmtG Hagen, 14 mars 1984, IPRax 1984, p. 279.

²¹⁷⁴ KLINKHARDT, München. Komment., N° 57 ad art. 22.

²¹⁷⁵ AmtG Siegen, 22 janvier 1992, IPRax 1993, p. 184, approuvé par SCHNABEL, IPRax 1993, p. 169-170.

²¹⁷⁶ AmtG Weilheim, 5 mars 1982, IPRax 1982, p. 161, approuvé par KLINKHARDT, München. Komment., N° 58 ad art. 22 et par HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104 ad art. 22.

²¹⁷⁷ OLG Frankfurt, 6 octobre 1983, IPRax 1984, p. 330 (droit du Sri Lanka).

²¹⁷⁸ HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104 ad art. 22; voir toutefois AmtG Recklinghausen, 9 mai 1983, IPRax 1985, p. 110, écartant la loi turque au nom du bien de l'enfant.

²¹⁷⁹ AmtG Recklinghausen, 14 juin 1982, IPRax 1982, p. 205: conjoint de nationalité étrangère, vivant depuis 18 ans en Allemagne et ne souhaitant plus retourner dans son Etat d'origine, désirant adopter l'enfant né du premier mariage de son épouse; loi italienne écartée au nom de l'ordre public, avec une référence au standard de l'art. 12 al. 2 de la Convention européenne de 1967; OLG Karlsruhe, 25 novembre 1996, IPRax 1999, p. 49, renvoyant la cause au tribunal de première instance en l'invitant à examiner si la prohibition de l'adoption

abandonnés par leurs parents peuvent être adoptés en la forme plénière et que les enfants plus âgés ne peuvent être adoptés qu'en la forme simple a résisté au jeu de l'ordre public²¹⁸⁰. Selon la doctrine majoritaire, la loi qui n'exigerait pas de placement nourricier provisoire avant le prononcé de l'adoption ne heurterait pas l'ordre public allemand²¹⁸¹. En revanche, la réserve devrait écarter la règle prévoyant qu'en cas d'adoption par le parâtre des enfants nés du précédent mariage de l'épouse, l'autorité parentale est retirée à la mère pour être intégralement attribuée à l'adoptant²¹⁸².

898. *Adoption prononcée à l'étranger.* Les conditions générales de la reconnaissance des actes de la juridiction gracieuse sont énoncées au § 16a de la loi sur la juridiction gracieuse (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*)²¹⁸³. Cette disposition réserve l'ordre public formel (§ 16a ch. 2 et 3) et matériel (§ 16a ch. 4).

899. *Intervention de la réserve d'ordre public (effet indirect).*
1° *Consentements.* D. HENRICH²¹⁸⁴ relève qu'il n'est plus possible d'invoquer, pour s'opposer à la reconnaissance, la simple contrariété de l'adoption étrangère avec des « *leitende Grundsätze des deutschen Adoptionsrechts* », comme la jurisprudence le faisait précédemment²¹⁸⁵; seule la reconnaissance d'une décision qui se révèle manifestement incompatible avec des principes fondamentaux du droit allemand sera refusée. S'agissant des conditions du consentement, en l'absence de jurisprudence du *Bundesgerichtshof*, les auteurs traitent de cette question de façon fouillée, se prononçant, souvent implicitement, pour la création de règles internationales matérielles. Selon certains, l'ordre public allemand exigerait que la requête des adoptants soit déclarée, en principe personnellement, de façon inconditionnelle et sans limitation dans le

prévue par le droit marocain ne heurte pas l'ordre public allemand, en déterminant plus précisément l'*Inlandsbezug* (résidence définitive en Allemagne des intéressés ou esprit de retour marqué) ou si, au contraire, le maintien d'un simple placement nourricier assure davantage la continuité du développement culturel de l'enfant.

²¹⁸⁰ LG Göttingen, 12 septembre 1980, FamRZ 1981, p. 207; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104 ad art. 22.

²¹⁸¹ KLINKHARDT, München. Komment., N° 59 ad art. 22 et les références citées en note 172.

²¹⁸² AmtG Wolfsburg, 10 juin 1983, IPRax 1984, p. 44, approuvé par HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 104 ad art. 22.

²¹⁸³ KLINKHARDT, München. Komment., N° 85 ad art. 22; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 86 ad art. 22.

²¹⁸⁴ HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 88 ad art. 22.

²¹⁸⁵ LG Stuttgart, 10 mars 1982, IPRax 1983, p. 194; LG Tübingen, 30 mai 1984, StAZ 1986, p. 42; AmtG Bonn, 22 septembre 1982, IPRax 1984, p. 36 (37): « *Die Adoption ist anzuerkennen wenn sie in ihren Grundzügen dem deutschen Adoptionsrecht entspricht* ».

temps, comme l'exige le § 1752 BGB²¹⁸⁶; en revanche, les exigences de forme du droit allemand (forme authentique, cf. § 1752 al 2 BGB) ne relèveraient pas de l'ordre public²¹⁸⁷. Lorsque le consentement de l'enfant fait défaut, la réserve d'ordre public pourrait intervenir dans des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'un enfant capable de se prononcer n'a pas été entendu²¹⁸⁸. Même dans ce dernier cas, la réserve ne devrait pas faire obstacle à la reconnaissance lorsque l'adoption ne serait plus susceptible d'annulation en droit interne (§ 1762 et 1763 BGB) au vu de l'écoulement du temps²¹⁸⁹. La doctrine n'est pas unanime quant aux exigences à poser en rapport avec le consentement des parents biologiques; pour certains auteurs, l'ordre public exigerait toujours la présence de ce consentement, à moins que l'autorité d'origine n'ait eu un motif plausible et sérieux d'en faire abstraction²¹⁹⁰. D'autres auteurs, plus sévères, se réfèrent directement aux exigences du droit matériel allemand (§ 1748 BGB)²¹⁹¹; l'ordre public allemand exigerait que le consentement de la mère soit donné après une période de réflexion, sans qu'il soit nécessaire que ce délai corresponde à celui que prévoit le droit interne (§ 1747 al. 3 BGB)²¹⁹². Ainsi, une adoption prononcée sans que la mère biologique ait été entendue dans la procédure d'adoption, alors qu'elle avait offert son enfant à l'adoption avant sa naissance et n'avait pas révoqué son agrément durant le délai légal de deux mois après la naissance prévu par la loi hongroise, a été reconnue en Allemagne²¹⁹³. L'adoption d'un enfant prononcée sans le consentement d'une mère qui l'a abandonné ne heurte pas l'ordre public allemand²¹⁹⁴, pas plus que l'adoption prononcée sans entendre des parents auxquels l'autorité parentale avait été retirée²¹⁹⁵.

²¹⁸⁶ AmtG St Ingbert, 2 août 1983, IPRax 1984, p. 43; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 89 ad art. 22.

²¹⁸⁷ HENRICH, *op. cit.*, N° 89 ad art. 22; KLINKHARDT, München. Komment., N° 92 ad art. 22.

²¹⁸⁸ HENRICH, *op. cit.*, N° 90 ad art. 22; KLINKHARDT, München. Komment., N° 92 ad art. 22.

²¹⁸⁹ LG Tübingen, 15 mai 1985, IPRax 1986, p. 236 et LG Tübingen, 30 mai 1984, StAZ 1986, p. 42; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 90 ad art. 22.

²¹⁹⁰ KLINKHARDT, München. Komment., N° 92 ad art. 22 et IPRax 1987, p. 161; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 91 ad art. 22.

²¹⁹¹ Norbert KÖNIG, *Die Annahme eines Kindes im Ausland*, Berlin 1979, p. 49, cité par KLINKHARDT, München. Komment., note 259, p. 1312.

²¹⁹² HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 91 ad art. 22; voir cependant AmtG St Ingbert, 2 août 1983, IPRax 1984, p. 43.

²¹⁹³ LG Frankfurt, 23 février 1994, IPRax 1995, p. 44.

²¹⁹⁴ OLG Stuttgart, 25 juillet 1980, IPRspr. 1980, N° 120; AmtG Fürth, 6 décembre 1971, StAZ 1973, p. 144; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 91 ad art. 22.

²¹⁹⁵ En ce sens, AmtG Rottweil, 24 juillet 1990, IPRax 1991, p. 129. Relevons enfin que l'ordre public allemand n'a pas fait obstacle à la reconnaissance d'un jugement américain

900. 2° *Adoption simple*. Selon la doctrine majoritaire, la reconnaissance d'une adoption simple ne heurte pas l'ordre public²¹⁹⁶, quand bien même certaines décisions anciennes²¹⁹⁷ avaient rejeté des requêtes de reconnaissance de ce type d'adoption, les tribunaux estimant que le principe de l'adoption plénière des mineurs relevait des principes essentiels du droit allemand de l'adoption. D. HENRICH souligne à juste titre que « *was bis vor einigen Jahren noch geltendes deutsches Recht war, kann nicht plötzlich grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen erschüttern (...)* »²¹⁹⁸.

901. 3° *Adoption privée*. 4° *Divers*. L'adoption fondée sur un contrat passé entre les adoptants et les parents biologiques, approuvé par une autorité étatique étrangère, sera reconnue en Allemagne (§ 16a FGG), dans la mesure où l'autorité d'origine a procédé à un examen au fond des conditions de l'adoption²¹⁹⁹. L'adoption purement privée ne pourrait en revanche pas faire l'objet d'une reconnaissance au sens de cette disposition; pour certains auteurs, l'effectivité et la validité d'une telle adoption devraient alors être examinées au regard du droit désigné par la règle de conflit de l'art. 22 EGBGB²²⁰⁰. Bien que ces auteurs, raisonnant par analogie avec le traitement qu'ils préconisent pour les divorces privés, ne le précisent pas, il est évident que l'ordre public réservé par l'art. 6 EGBGB pourrait intervenir le cas échéant. D'autres auteurs sont d'avis qu'une adoption purement privée ne pourra jamais déployer d'effets en Allemagne²²⁰¹. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas tranché cette délicate question. Une adoption prononcée à l'étranger alors que les exigences d'âge du droit allemand (§ 1743 BGB) ne seraient pas respectées ne heurte pas en soi l'ordre public allemand²²⁰². L'ordre public pourrait en revanche faire

prononçant l'annulation d'une adoption prononcée, près de quarante ans auparavant, sans le consentement du père biologique, OLG Düsseldorf, 24 novembre 1995, IPRax 1997, p. 427.

²¹⁹⁶ Cf. p. ex. OLG Zweibrücken, 8 janvier 1985, StAZ 1985, p. 132; BayObLG, 18 décembre 1968, FamRZ 1969, p. 225 (226), AmtG Schöneberg, 5 novembre 1982, IPRax 1983, p. 190; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 97 ad art. 22 et les références citées par KLINKHARDT, München. Kommentar, note 252, p. 1311.

²¹⁹⁷ Voir notamment AmtG St Ingbert, 2 août 1983, IPRax 1984, p. 43.

²¹⁹⁸ HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 97 ad art. 22.

²¹⁹⁹ HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 98 ad art. 22.

²²⁰⁰ KLINKHARDT, München. Kommentar, N° 83 ad art. 22; HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 98 ad art. 22.

²²⁰¹ KÖNIG, *op. cit.* (note 2191), p. 48, cité par KLINKHARDT, München. Kommentar, N° 83, note 231.

²²⁰² HENRICH, *op. cit.* (note 2170), N° 94 ad art. 22.

obstacle à la reconnaissance d'une adoption qui irait à l'encontre du bien de l'enfant²²⁰³.

C. Conclusion

902. *Importance de la règle de conflit.* Comme en d'autres domaines, l'aperçu de droit comparé qui précède démontre l'influence considérable que la formulation de la règle de conflit de lois exerce sur l'étendue du champ d'intervention potentiel de la réserve. Nous observerons qu'en Suisse, la réserve d'ordre public n'intervient pas, le prononcé d'une adoption étant soumis au droit suisse, de sorte que la jurisprudence française et allemande en matière d'effet direct ne présente guère d'intérêt pratique pour nous, si ce n'est de mettre en évidence les principes d'ordre public susceptibles d'intervenir en matière d'effet indirect également. Dans le domaine de la reconnaissance en revanche, il est intéressant de constater que la France et l'Allemagne, demandeurs sur le « marché » de l'adoption, sont fréquemment confrontés à des questions identiques. Les réponses que la jurisprudence y apporte présentent un grand intérêt pour nous.

3. Droit international privé suisse

A. Adoptions prononcées en Suisse

903. *Droit conventionnel. La Convention de La Haye de 1965.* La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption²²⁰⁴ s'applique très rarement²²⁰⁵, en raison du nombre limité des ratifications²²⁰⁶ et de son champ d'application restrictif²²⁰⁷, de sorte que nous ne l'examinerons que de façon superficielle. Ce texte prévoit l'application de principe de la loi de l'autorité prononçant l'adoption (art. 4 al. 1), la loi nationale de l'enfant étant applicable aux consentements autres que ceux d'un adoptant, de sa famille et de son conjoint (art. 5); l'autorité qui prononce l'adoption au lieu de la résidence habituelle de l'adoptant doit respecter les interdictions d'adopter de la loi

²²⁰³ KLINKHARDT, München. Komment., N° 93 ad art. 22 et les références citées en note 263.

²²⁰⁴ RS 0.211.221.315, entrée en vigueur pour la Suisse le 23 octobre 1978.

²²⁰⁵ Cf. BUCHER, DIP II, N° 759, et la décision citée; sur la convention, voir Yvon LOUSSOUARN, La X^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé, JDI 1965, p. 5-23 (6-11) et Paul LAGARDE, La dixième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, RCDIP 1965, p. 249-266 (250-255).

²²⁰⁶ Seules l'Autriche, la Grande-Bretagne et la Suisse l'ont ratifiée (cf. RCDIP 1999, p. 174).

²²⁰⁷ La convention n'est applicable que si l'adoptant ou les époux adoptants et l'adopté ont tous la nationalité d'un Etat contractant et leur résidence habituelle dans l'un de ces Etats (cf. art. 1^{er}); voir SIEHR, IPRG Kommentar, N° 2 ad art. 75.

nationale de l'adoptant ou, s'il s'agit d'une adoption par des époux, par leur loi nationale commune, lorsque cette interdiction a fait l'objet d'une déclaration ad hoc par l'Etat contractant, au sens de l'art. 13. Les auteurs de ce texte souhaitent ainsi réduire la fréquence du recours à l'ordre public au stade de la reconnaissance²²⁰⁸. Lorsqu'une autre loi que la loi du for s'applique, l'ordre public est réservé de façon tout à fait classique à l'art. 15.

904. *La Convention de La Haye de 1993*. Il vaut la peine d'examiner brièvement la Convention de La Haye du 19 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale²²⁰⁹, signée mais pas encore ratifiée par la Suisse²²¹⁰. Cette convention rencontre un succès important²²¹¹. Ce texte prévoit la création, par les Etats contractants, d'autorités centrales en matière d'adoption et institue une collaboration étroite entre l'autorité de l'Etat de provenance de l'enfant, appelée à se déterminer sur « l'adoptabilité » de l'enfant et sur le point de savoir si les parents biologiques ont consenti, et l'autorité de l'Etat d'accueil, qui doit se prononcer sur la capacité des parents adoptifs à assumer leurs tâches; dans la procédure de *matching* (appariement), les deux autorités se prononcent sur le projet d'adoption et peuvent éventuellement s'opposer à la poursuite de la procédure; il s'agit donc avant tout d'une convention d'entraide administrative et judiciaire²²¹². La convention contient plusieurs règles matérielles constituant un standard minimum uniforme (art. 4-5), par exemple en matière de consentement. La convention ne procède toutefois pas à une unification des règles de conflit²²¹³, sauf à respecter le standard minimum décrit dans la convention, le droit applicable, désigné par la règle de conflit de l'autorité compétente pour prononcer l'adoption, détermine les conditions de l'adoption, de sorte que la

²²⁰⁸ Cf. Roger MAUL, Rapport in Actes et documents de la X^e session de la Conférence de la Haye de droit international privé, t. II (Adoption), La Haye 1965, p. 421.

²²⁰⁹ Voir notamment: Actes et documents de la XVII^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. II (Adoption-coopération), La Haye 1994; Andreas BUCHER/Monique JAMETTI GREINER, La Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, RSDIE 1994, p. 55-102, p. 63 ss et texte p. 89-102; Andreas BUCHER, L'avant-projet d'une convention de La Haye sur l'adoption internationale, RSDIE 1993, p. 153-182; *idem*, La nouvelle Convention de La Haye relative à l'adoption internationale, RDT 1994, p. 97-115; Horatia MUIR WATT, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, TCFDIP 1993-1994, p. 49 ss; Nathalie MEYER-FABRE, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, RCDIP 1994, p. 259-295.

²²¹⁰ Voir le Message du Conseil fédéral du 19 mai 1999, *op. cit.* (note 2140).

²²¹¹ Voir l'état des signatures et ratifications au 1^{er} mars 1999 in RCDIP 1999, p. 187.

²²¹² En ce sens, Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 14.

²²¹³ Cf. Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 14 et 212; AUDIT, N° 739^{bis}.

réserve d'ordre public de l'Etat considéré pourrait intervenir dans les Etats dans lesquels la règle de conflit désigne une autre loi que celle du for. Ce ne sera pas le cas en Suisse, puisque l'art. 77 LDIP continuera à s'appliquer aux adoptions prononcées en Suisse²²¹⁴, règle de conflit de lois qui supprime tout champ d'intervention à la réserve.

905. *La règle de conflit de la LDIP. L'Ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants.* La réserve d'ordre public n'est pas appelée à intervenir lorsqu'une adoption est prononcée en Suisse, dès lors que les autorités appliquent le droit suisse (art. 77 al. 1 LDIP)²²¹⁵. La règle correspond à celle de l'ancien art. 8b LRDC²²¹⁶. La règle de conflit du droit international privé suisse exclut l'intervention de la réserve lorsqu'une adoption est prononcée en Suisse. Au stade de la procédure administrative aboutissant à l'autorisation d'entrée en Suisse d'un enfant en vue de l'adoption, l'Ordonnance du Conseil fédéral du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants²²¹⁷ prévoit que, pour le placement d'enfants de nationalité étrangère qui ont vécu jusqu'alors à l'étranger, les parents nourriciers doivent présenter un document attestant du consentement des parents à l'adoption ou une attestation d'une autorité indiquant les raisons pour lesquelles ce consentement ne peut être donné, ainsi qu'une déclaration d'une autorité compétente, selon le droit du pays d'origine de l'enfant, certifiant que ce dernier peut être confié à des parents nourriciers en Suisse (art. 6 al. 2 lit. c et d OPE)²²¹⁸. Il n'en reste pas moins que l'adoption sera prononcée en application du droit suisse²²¹⁹.

²²¹⁴ Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 223.5.

²²¹⁵ Sur l'étendue de l'application de la loi suisse, voir BUCHER, DIP II, N° 727 et les décisions citées. Nous ne traiterons pas ici de la procédure proprement dite, essentielle en matière d'adoption internationale, qui est régie par l'Ordonnance du Conseil fédéral du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants (OPE). A ce sujet, voir notamment Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 122.2.

²²¹⁶ Cf. p. ex. VISCHER/VON PLANTA, DIP, p. 129.

²²¹⁷ RS 211.222.338.

²²¹⁸ MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 77.

²²¹⁹ Voir p. ex., pour les conditions d'âge, l'étonnante affaire examinée par la *Justiz-, Polizei und Miliärdirektion* BL, décision non publiée du 7 juillet 1993 et par le *Regierungsrat* BL, 9 janvier 1996, REC 1997, p. 175: X., né en 1958 et son épouse Y., née en 1959, réfugiés turcs résidant en Suisse, souhaitaient adopter Z., neveu de X., ressortissant turc domicilié en Turquie. En 1989, les requérants avaient demandé des renseignements à l'autorité de surveillance de l'état civil, en déposant la carte d'identité de Z., qui mentionnait que celui-ci était né le 2 janvier 1973. L'autorité avait indiqué aux requérants que le droit suisse s'appliquait en l'espèce et que l'adoption n'était pas possible vu la différence d'âge (moins de 16 ans). Le 17 mars 1993, les requérants avaient déposé une requête d'adoption, annexant un jugement d'état du 26 janvier 1993 d'un tribunal turc modifiant la date de naissance de Z. au 2 janvier 1975, se fondant sur quelques témoignages et une attestation médicale. L'autorité cantonale demanda une expertise à l'Institut de médecine légale de l'Université de Berne;

906. *Influence de l'ordre public étranger.* Aux termes de l'art. 77 al. 2 LDIP, « lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant, l'autorité tient compte en outre des conditions posées par le droit de l'Etat en question. Si, malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l'adoption ne doit pas être prononcée ». L'ordre public, positif et négatif, de l'Etat étranger du domicile et de la nationalité de l'adoptant ou des époux adoptants devra être pris en considération par l'autorité se prononçant sur une adoption en Suisse²²²⁰. Cette disposition, précédemment prévue aux art. 8a al. 2 et 8c LRDC²²²¹, tend à favoriser la reconnaissance à l'étranger de l'adoption prononcée en Suisse; elle s'explique notamment par le fait que la loi attribue aux autorités suisses une assez large compétence pour prononcer des adoptions: ainsi, les autorités du lieu d'origine en Suisse sont compétentes lorsque les adoptants ne sont pas domiciliés en Suisse et qu'ils ne peuvent adopter à leur domicile étranger ou que l'on ne saurait raisonnablement exiger qu'ils y engagent une procédure d'adoption (art. 76 LDIP). Le degré d'intégration en Suisse de la famille adoptive fournit un important élément d'appréciation pour décider de l'application de l'art. 77 al. 2 LDIP²²²². Le caractère préjudiciable du refus de reconnaissance sera plus facilement établi lorsque l'adoptant et l'adopté vivent à l'étranger et qu'ils ont

selon l'Institut, l'état actuel de la science ne permettrait pas d'établir avec précision, et même à deux ans près, la date de naissance d'une personne. L'autorité cantonale a estimé que l'ordre public suisse faisait obstacle à la reconnaissance du jugement turc, jugeant qu'il était intervenu pour éluder les prescriptions du droit suisse de l'adoption; il a rejeté la requête. Le Gouvernement cantonal a rejeté le recours interjeté contre cette décision, relevant que le rapport médical sur lequel se fondait la décision turque avait été rendu sur la base de radiophotographies, sans examen médical de l'intéressé; en outre, la décision turque était en contradiction avec le rapport médical qui retenait un âge de 19 ans. Un recours auprès du Tribunal administratif a été classé, l'avance de frais n'ayant pas été effectuée (*Verwaltungsgericht* BL, décision non publiée du 14 octobre 1996).

²²²⁰ Cf., p. ex., se référant à l'ordre public de la reconnaissance des Etats considérés, la Division de la justice, 10 décembre 1973, JAAC 1974, N° 8, p. 18 et l'Office fédéral de la justice, 20 février 1981, JAAC 1981, N° 11, p. 45 (47); BUCHER, DIP II, N° 733.

²²²¹ Cf. VISCHER/VON PLANTA, p. 129-130.

²²²² BUCHER, DIP II, N° 730; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 12 ad art. 77; DUTOIT, Commentaire, N° 5 ad art. 77; MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 11 ad art. 77; sous l'ancien droit (art. 8c LRDC), voir Division de la justice, 27 août 1973, JAAC 1973, N° 54, p. 58 (62), 10 décembre 1973, JAAC 1974, N° 8, p. 18, et 16 mai 1974, JAAC 1975, N° 56, p. 37; Office fédéral de la justice, 20 février 1981, JAAC 1981, N° 11, p. 45 (48); Office fédéral de la justice, 25 février 1988, non publié, rapporté par ALDEEB ABU SAHLIEH, Le droit international privé, p. 50.

saisi les autorités du for d'origine de l'adoptant en Suisse²²²³. L'on ne saurait toutefois exclure que l'art. 77 al. 2 LDIP s'applique à l'adoption d'un enfant de nationalité suisse par des parents de nationalité étrangère domiciliés en Suisse. A cet égard, A. BUCHER²²²⁴ observe que le caractère préjudiciable pour l'enfant d'un refus de reconnaissance de l'adoption à l'étranger apparaît plus nettement lorsque les intéressés, de nationalité étrangère, ont un esprit de retour marqué que lorsqu'il s'agit d'un couple n'ayant aucune intention de quitter la Suisse. La grille d'analyse des liens avec le for paraît une nouvelle fois déterminante, mais sous une forme inversée: plus les liens avec le for sont étroits, du fait de l'intégration des intéressés en Suisse, moins l'ordre public étranger aura vocation à intervenir, l'intérêt de l'enfant au prononcé de l'adoption l'emportant sur le préjudice qui découlerait d'un refus potentiel de sa reconnaissance par un Etat avec lequel les parties n'entretiennent, et vraisemblablement n'entretiendront, que des liens peu étroits.

907. *Droit national ou du domicile des adoptants prohibant l'adoption.* Lorsque le droit national ou du domicile des adoptants prohibe l'établissement d'une filiation adoptive, la question de savoir s'il est néanmoins possible de prononcer une adoption en Suisse ne se résout pas à la lumière de l'ordre public permissif, comme le propose une partie de la doctrine et de la jurisprudence allemandes, ou par le biais d'une règle matérielle tenant compte du consentement des parents, comme le retient la jurisprudence française. L'autorité examinera dans un premier temps si les conditions du prononcé d'une adoption sont réunies en droit suisse; dans un second temps, l'autorité posera un pronostic quant à la reconnaissance de l'adoption dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national des adoptants. Il est possible qu'un Etat, dont les règles matérielles prohibent l'adoption, ne s'oppose pas à la reconnaissance d'adoptions prononcées à l'étranger (par les autorités du domicile de ses nationaux ou par les autorités nationales de personnes domiciliées sur son territoire), jugeant que son ordre public n'est pas concerné, notamment du fait de l'application des théories de l'effet atténué et des liens avec le for. Dans un tel cas l'adoption pourrait être prononcée en Suisse. Dans l'hypothèse inverse, l'autorité suisse devrait encore examiner si le refus de reconnaissance risque de porter préjudice à l'enfant; si tel est le cas, elle refuserait de prononcer l'adoption.

908. *Une norme spéciale d'ordre public ?* L'art. 77 al. 2 LDIP ne nous paraît pas constituer une réserve spéciale d'ordre public, dans son acception stricte, à savoir une règle fixant les conditions et l'effet de l'intervention de la réserve pour une matière spéciale. Au contraire des art. 61 al. 3, 135 al. 2 et 137 al. 2

²²²³ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 1 ad art. 77; MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 8 ad art. 77.

²²²⁴ BUCHER, DIP II, N° 730; SCHWANDER, Einführung BT, N° 277.

LDIP, l'intervention de l'art. 77 al. 2 LDIP n'entraîne pas l'éviction d'une norme étrangère jugée incompatible avec des valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse²²²⁵. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant peut conduire l'autorité à refuser de prononcer, en application du droit suisse, une adoption qui ne serait pas reconnue à l'étranger. L'art. 77 al. 2 LDIP impose, dans une hypothèse précise, d'appliquer cumulativement les droits intéressés et de respecter le droit le plus strict, dans le seul but d'éviter que, du fait d'un refus de reconnaissance de l'adoption à l'étranger, celle-ci se révèle contraire aux intérêts de l'adopté. L'art. 77 al. 2 LDIP est une règle à caractère substantiel qui s'inspire d'un principe d'ordre public, puisqu'il tend à assurer que l'adoption ne se fera pas au détriment de l'enfant.

909. *Annulation d'une adoption. Clause spéciale d'ordre public ?* L'annulation d'une adoption prononcée en Suisse est soumise à la loi suisse; quant à l'adoption prononcée à l'étranger et reconnue en Suisse, elle ne peut être annulée en Suisse que s'il existe aussi un motif d'annulation en droit suisse (art. 77 al. 3 LDIP); dans ce dernier cas, selon A. BUCHER, la loi suisse s'applique cumulativement, comme « loi d'ordre public »²²²⁶, à la loi appliquée par l'autorité étrangère ayant prononcé l'adoption²²²⁷. Il est regrettable que cette disposition ne précise pas le droit applicable à l'action, ouverte en Suisse, en annulation d'une adoption prononcée à l'étranger. Il est évident que, pour avoir un sens, ce texte implique qu'un droit étranger s'applique; à défaut, l'adverbe « aussi » n'aurait pas lieu d'être. Selon la doctrine, le droit appliqué par l'autorité ayant prononcé l'adoption à l'étranger est déterminant²²²⁸, ce qui paraît logique. K. SIEHR est d'avis que l'art. 77 al. 3, deuxième phrase LDIP est une clause spéciale d'ordre public, les motifs d'annulation du droit suisse représentant « *das Maximum der Gründe (...) aus denen eine Adoption beseitigt werden kann* »²²²⁹. Si l'on inclut l'ordre public positif dans la définition de la clause spéciale d'ordre public, l'affirmation de K. SIEHR est exacte. Pour nous, cette disposition ne constitue pas une clause spéciale d'ordre public au sens strict. A l'art. 77 LDIP, la désignation (malheureusement implicite, ce qui ne facilite pas la compréhension du système !) de la loi étrangère s'accompagne

²²²⁵ Comme le relève SCHWANDER, Einführung BT, N° 277, le fait qu'un droit étranger n'admet l'adoption qu'à des conditions plus strictes que le droit suisse est une réalité, un fait qui peut nuire à l'enfant s'il s'établit plus tard dans cet Etat; notre ordre public n'y change rien. Les valeurs de l'ordre juridique suisse sont prises en compte lors de l'examen de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'application de l'art. 77 al. 2 LDIP.

²²²⁶ Pour la discussion au sujet des « lois d'ordre public », qui seraient distinctes des lois d'application nécessaire, cf. *supra*, N° 132-135.

²²²⁷ BUCHER, DIP II, N° 742; DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 77.

²²²⁸ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 29 ad art. 77; BUCHER, DIP II, N° 742; DUTOIT, Commentaire, N° 8 ad art. 77.

²²²⁹ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 32 ad art. 77.

d'une règle spéciale de conflit, déterminant unilatéralement le champ d'application des art. 269 et 269a CC en matière internationale; ces règles matérielles sont donc des règles internationalement impératives. On peut distinguer le procédé utilisé à l'art. 77 al. 3 LDIP de celui qui figure aux art. 61 al. 3, 135 al. 2 et 137 al. 2 LDIP qui constituent des véritables réserves spéciales. A l'art. 77 al. 3 LDIP, certaines règles matérielles du droit suisse sont dotées d'un champ d'application impératif sur le plan international, alors qu'aux art. 135 al. 2 et 137 al. 2 LDIP, un principe d'ordre public fait obstacle au résultat qu'entraîne l'application d'une règle étrangère. Quant aux autres questions en rapport avec l'annulation (cercle des personnes ayant qualité pour agir en annulation, délai, etc.), elles sont soumises à la loi étrangère; dans ce cadre, la réserve d'ordre public de l'art. 17 LDIP pourrait intervenir²²³⁰.

B. Adoptions prononcées à l'étranger

a) Principe

910. *Règle de la LDIP.* La loi est favorable à une large reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger, les divergences entre les droits matériels des Etats ne devant pas faire obstacle aux effets que doit déployer un lien juridique vécu comme une réalité humaine et affective à l'étranger. Aux termes de l'art. 78 al. 1 LDIP, dont la note marginale précise qu'il concerne les « *adoptions et institutions semblables du droit étranger* », « *les adoptions intervenues à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants* ». La loi contient une règle de compétence indirecte, prévoyant deux critères alternatifs, celui de la nationalité n'étant pas subsidiaire, comme l'a souligné, à juste titre, le Tribunal fédéral²²³¹ et contrairement à l'opinion défendue par le Département fédéral de justice et police²²³². Il peut s'agir de la nationalité de l'un des conjoints d'un couple d'adoptants n'ayant pas la même nationalité²²³³; cela peut également être l'une des nationalités d'un adoptant unique ayant plusieurs nationalités²²³⁴. Lorsqu'une adoption étrangère doit être inscrite dans les registres suisses de l'état civil, parce que l'un des intéressés est suisse, l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil

²²³⁰ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 33 ad art. 77; SCHWANDER, Einführung BT, N° 280.

²²³¹ ATF 120 II 87, SJ 1994, p. 301, *époux X.*; MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 4 ad art. 78.

²²³² Circulaire du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33.

²²³³ ATF 120 II 87, SJ 1994, p. 301, *époux X.*; en ce sens déjà BUCHER, DIP II, N° 750 et SIEHR, IPRG Kommentar, N° 6 ad art. 78; MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 5 ad art. 78.

²²³⁴ Cf. art. 23 al. 3 LDIP; voir MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 5 ad art. 78; BUCHER, DIP II, N° 750.

examine si l'adoption peut être transcrite en Suisse (art. 32 al. 1 LDIP, art. 73c OEC) aux conditions des art. 25-27 LDIP. La reconnaissance préjudicielle d'une adoption par une autorité saisie d'une question principale n'est bien entendu pas exclue (art. 29 al. 3 LDIP).

911. *Reconnaissance d'institutions semblables à l'adoption.* Selon le second alinéa de l'art. 78 LDIP, « les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées ». Il s'agissait pour le législateur d'éviter notamment que les adoptions simples du droit étranger ne déploient davantage d'effets que ceux conférés par le droit étranger.²²³⁵ Le Message insiste sur le fait que « la reconnaissance ne porte pas d'appréciation de l'adoption étrangère ni n'a d'effets correcteurs; elle se limite à perpétuer une situation préexistante à l'étranger »²²³⁶. Selon le Tribunal fédéral, il est nécessaire, pour qu'une adoption étrangère soit reconnue comme une adoption plénière du droit suisse, qu'elle présente une certaine correspondance. Ainsi, l'adoption qui laisse des liens successoraux entre l'adopté et ses parents biologiques ne pourrait être inscrite comme adoption plénière dans les registres de l'état civil suisse²²³⁷. En revanche, il convient d'inscrire dans les registres de l'état civil suisse une adoption simple, lorsqu'elle crée un lien de la filiation avec les adoptants tout en laissant subsister certain liens, par exemple successoraux, avec la famille biologique, mais en précisant dans le feuillet qu'il s'agit d'une adoption prononcée selon le droit d'un Etat déterminé. Cette solution, suivie dans la pratique²²³⁸, est conforme à la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral²²³⁹. En effet, la teneur même de l'art. 78 al. 2 LDIP suppose la reconnaissance de principe d'institutions semblables à l'adoption, mais ne déployant pas tous les effets de l'adoption plénière au sens du droit suisse. Une adoption simple étrangère sera reconnue en Suisse, mais elle ne déploiera que

²²³⁵ BUCHER, DIP II, N° 755; Message, ch. 244.4; SIEHR/TEJURA, p. 277.

²²³⁶ Message, ch. 244.4.

²²³⁷ ATF 117 II 340 (342-345), *E. et A. F.-M.*, concernant l'adoption simple du droit philippin (au sujet de cet arrêt, voir SIEHR/TEJURA, p. 277 ss et VON OVERBECK, IPRax 1993, p. 349-351). Pour plus de détails, voir BUCHER, DIP II, N° 752-753, DUTOIT, Commentaire, N° 4-5 ad art. 78, SIEHR, IPRG Kommentar, N° 20 ad art. 78.

²²³⁸ Voir Circulaire de l'Office fédéral de la justice, 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33 (36); Martin JÄGER/Toni SIEGENTHALER, *Das Zivilstandswesen in der Schweiz*, Berne 1998, N° 17.228; Martin JÄGER, *La situation juridique dans le domaine de l'état civil après la mise en vigueur de la loi de DIP*, REC 1989, p. 110-121 (119); SIEHR/TEJURA, p. 278, 280; DÖRIG, note 1418.

²²³⁹ En effet, le Tribunal fédéral (ATF 117 II 340 [345], *E. et A. F.-M.*) déclare: « es steht den Beschwerdeführern frei, die streitige Adoption im Familienregister als einfache Adoption eintragen zu lassen »; SIEHR/TEJURA ne prennent pas en compte cette affirmation.

les effets que la loi étrangère lui attribue²²⁴⁰. Comme en Allemagne, l'adoption simple n'est pas devenue contraire aux principes fondamentaux du droit suisse du fait que le législateur l'a abandonnée en droit interne²²⁴¹; relevons qu'en droit intertemporel interne, l'ancien droit continue à régir les adoptions simples prononcées sous son empire²²⁴², ce qui démontre l'absence d'atteinte aux valeurs du for. L'art. 78 LDIP ne concerne en revanche pas les institutions du droit étranger permettant l'accueil d'une personne au sein d'une famille nourricière sans que soit créé un lien de filiation²²⁴³.

b) Intervention de la réserve d'ordre public (effet indirect)

aa) En général

912. *Principe.* La violation de l'ordre public constitue un motif de refus de reconnaissance d'une adoption valablement prononcée à l'étranger²²⁴⁴. La réserve d'ordre public n'interviendra que dans la mesure où des principes essentiels de l'ordre juridique sont heurtés de façon concrète par les effets que déploierait la reconnaissance en Suisse. L'autorité de la reconnaissance examinera, sur requête, les motifs de refus liés à l'ordre public formel (art. 27 al. 2 LDIP). Elle étudiera soigneusement les liens que la cause entretient avec la Suisse. S'agissant d'un adopté de passage en Suisse, n'entretenant pas de lien particulier avec la Suisse, la réserve d'ordre public ne devrait faire obstacle à la reconnaissance du lien adoptif que dans la mesure où le noyau dur de l'ordre public suisse est fondamentalement heurté. Comme l'écrit A. BUCHER, l'autorité doit prendre en compte « le temps écoulé depuis le prononcé de

²²⁴⁰ Sous l'ancien droit, voir l'ATF 113 II 106 (112-113), Y.: l'adoption du droit bulgare, qui prend fin avec la mort de l'adoptant, ne sera pas inscrite dans les registres suisses de l'état civil, ce qui n'empêche pas l'adopté bulgare de faire valoir des prétentions successorales dans la succession de l'adoptant ouverte en Suisse. Pour l'adoption simple du droit philippin, SIEHR/TEJURA, p. 278-279 et 281.

²²⁴¹ BUCHER, DIP II, N° 752; cf. également ATF 113 II 106, Y. précité; cf. également Andreas BUCHER, Reconnaissance et transcription en Suisse des adoptions intervenues à l'étranger, REC 1977, p. 376-387 (383); GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 58-64; Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 121; implicite: MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 13 ad art. 78.

²²⁴² Art. 12a Tfin CC, à moins d'avoir fait l'objet d'une déclaration de soumission au nouveau droit, en application de l'art. 12b Tfin CC; cf. GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 50-51.

²²⁴³ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 4 ad art. 78; DUTOIT, Commentaire, N° 1 ad art. 78, MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 3 ad art. 78, citant la *Kafala* du droit musulman (p. ex. en droit algérien, art. 116 ss du Code de la famille, BERGMANN/FERID, V° Algerien, p. 116 ss; JÄGER, *op. cit.* [note 2238], p. 119; pour le droit iranien, voir l'intéressant avis de l'ISDC, 7 janvier 1991, Avis ISDC N° 4/97, p. 39-42, également rapporté par ALDEEB ABUSAHLEH, Le droit international privé, p. 52-53).

²²⁴⁴ ATF 117 II 340 (341), E. et A. F.-M.; sous l'ancien droit, voir ATF 113 II 106, Y.

l'adoption (cf. art. 269b CCS), ce qui constitue un élément important de « l'effet atténué » de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions étrangères»²²⁴⁵. Il faut effectivement éviter que le refus de reconnaître une adoption prononcée à l'étranger plusieurs années auparavant, dont la réalité affective et la validité juridique ont été vécues par les intéressés à l'étranger, ne ruine les attentes que ceux-ci nourrissent. Nier une expectative successorale ou un droit à l'entretien, au motif qu'une adoption prononcée des décennies auparavant heurte l'ordre public suisse, peut se révéler profondément inéquitable pour les intéressés. Enfin, il n'est pas souhaitable de se cantonner dans des aspects juridiques, voire patrimoniaux, et de renoncer à évoquer sous l'angle psychologique les dommages moraux que peut entraîner pour l'adopté le refus de valider un lien de filiation qui participe de son identité.

bb) L'intérêt de l'enfant

913. *Les principes d'ordre public. Le principe de l'intérêt de l'enfant.* Le principe de l'intérêt de l'enfant constitue le principe d'ordre public cardinal pour les adoptions. Ce principe est également déterminant en droit matériel suisse (art. 264 CC)²²⁴⁶. Comme l'écrivait M. GROSS sous l'ancien droit, pour savoir si l'on peut refuser la reconnaissance au nom de l'ordre public, « *il faut toujours considérer l'ensemble des circonstances du cas concret. A ce sujet, il faut être attentif au fait que le bien de l'enfant doit l'emporter sur des conditions purement formelles* »²²⁴⁷. Dans un arrêt de 1994, le Tribunal fédéral s'est expressément référé au critère de l'intérêt de l'enfant en rapport avec l'ordre public²²⁴⁸. Dans un arrêt plus ancien²²⁴⁹, le Tribunal fédéral relevait, à titre d'*obiter dictum*, qu'une décision prononcée à l'étranger sans examen approfondi de tous les éléments importants d'appréciation, tels que la personnalité et la santé de l'adopté et des parents adoptifs, la situation financière et la motivation de ces derniers, ne serait pas reconnue. Pour l'Office fédéral de la

²²⁴⁵ BUCHER, DIP II, N° 751; le Tribunal fédéral fait sienne cette opinion in ATF 120 II 87 (89), *époux X*.

²²⁴⁶ Voir Martin STETTLER, *Le droit suisse de la filiation*, TDPS III/II.1, Fribourg 1987, p. 98 ss.

²²⁴⁷ GROSS, *La reconnaissance de l'adoption*, p. 53.

²²⁴⁸ Cf. ATF 120 II 87, SJ 1994, p. 301, *époux X*: le Tribunal fédéral constate, dans le considérant consacré à l'examen de la compatibilité à l'ordre public: « *rien dans le dossier ne permet de considérer que l'adoption en question serait préjudiciable à l'intérêt de l'enfant* ».

²²⁴⁹ TF, 20 janvier 1993, RDT 1993, p. 147 (affaire complexe commentée par VON OVERBECK, IPRax 1993, p. 350, note 12); une Suissesse et un double national suisse-hongrois, domiciliés en Suisse, avaient adopté un enfant brésilien au Brésil et l'avaient introduit en Suisse sans autorisation; l'autorité avait refusé le placement chez ce couple, estimant qu'il n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant; le couple avait obtenu une seconde décision d'adoption en Hongrie sur laquelle le TF ne devait pas se prononcer directement.

justice, « pour refuser de reconnaître une décision étrangère, encore faudrait-il que les circonstances démontrent clairement que l'adoption n'a pas été prononcée dans l'intérêt de l'enfant »²²⁵⁰.

914. *Notre opinion.* Le critère de l'intérêt de l'enfant constitue certainement un principe d'ordre public susceptible d'intervenir par le biais de la réserve. Il faut toutefois relativiser la portée réelle de ce contrôle; la notion d'intérêt de l'enfant est variable et fait appel à des critères multiples dont le poids respectif dépendra de l'âge, du vécu et de l'origine socioculturelle de l'enfant²²⁵¹. En outre, l'autorité appelée à statuer sur la reconnaissance d'une adoption se prononçant sur la base d'une décision, parfois sommairement motivée, sans disposer de toutes les pièces, en particulier de l'enquête sociale, ne sera fréquemment guère en mesure de procéder à ce contrôle. L'autorité doit-elle « s'assurer que l'autorité étrangère, lors de l'examen des conditions de l'adoption, s'est véritablement inspirée de l'intérêt de l'enfant », comme le suggère A. BUCHER²²⁵²? La formulation que propose cet auteur nous paraît relativement extensive. L'on peut se demander si un examen aussi strict et approfondi de la décision étrangère ne risque pas d'apparenter ce contrôle à la révision au fond prohibée par l'art. 27 al. 3 LDIP. Pour notre part, nous estimons qu'il ne faut pas procéder rétrospectivement à l'analyse de la motivation retenue par l'autorité étrangère ayant prononcé l'adoption, mais s'assurer, objectivement et compte tenu des circonstances concrètes, que sa reconnaissance en Suisse n'interviendra pas au détriment de l'enfant. Si l'autorité d'origine n'a ni fait état ni pris en considération l'intérêt de l'enfant, l'adoption pourra néanmoins être reconnue en Suisse lorsque, dans le cas concret et compte tenu de la situation prévalant au moment où l'autorité suisse statue, la reconnaissance est dans l'intérêt de l'adopté. En outre, l'autorité de la reconnaissance ne saurait substituer sans motif important sa conception de l'intérêt de l'enfant à celle de l'autorité étrangère; l'autorité suisse devrait toujours examiner si l'intérêt actuel de l'enfant s'accommode d'un éventuel refus de reconnaissance de l'adoption, compte tenu des nombreux désagréments qu'entraînerait l'émergence d'une situation boiteuse. Lorsqu'un refus apparaît profondément choquant au regard des attentes des intéressés, l'adoption devrait en principe être reconnue. En d'autres termes, nous pensons que ce sont les effets de la reconnaissance, au jour où l'autorité suisse se prononce, qui doivent être jugés au regard du principe de l'intérêt de l'enfant.

²²⁵⁰ Office fédéral de la justice, avis non publié du 30 septembre 1997.

²²⁵¹ Cf. STETTLER, *op. cit.* (note 2246), p. 101 et, p. 99, citant Jean CARBONNIER: « L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui ».

²²⁵² BUCHER, DIP II, N° 751.

cc) *Autres principes d'ordre public*aaa) *Quelques arrêts et opinions de divers auteurs*

915. *Autres principes ? La doctrine.* Il est admis que les règles du droit suisse qui concernent les modalités du consentement des parents, la différence d'âge et la période probatoire de placement nourricier ne constituent pas un minimum que devraient respecter les décisions étrangères. Selon A. BUCHER, il faudrait exiger le respect de leur contenu essentiel, en ce sens, par exemple, qu'une différence d'âge de 15 ans ou un lien nourricier de plusieurs mois suffiraient²²⁵³, alors que ne serait pas reconnue une adoption entre des individus n'ayant qu'une différence d'âge de quelques années, de sorte que le parent adoptif ne pourrait être, sur le plan biologique, l'ascendant de l'adopté. Il s'agirait en d'autres termes de s'assurer que les conditions du droit suisse destinées à préserver l'intérêt de l'enfant sont respectées dans leur esprit, mais non nécessairement à la lettre, pour reprendre l'expression de B. DUTOIT²²⁵⁴. M. GROSS semble moins strict: selon lui, si l'adoption a été prononcée à l'étranger en application d'une loi prévoyant un placement plus court que celui prévu par le droit suisse (art. 264 CC), « on doit invoquer l'ordre public pour rejeter la demande de reconnaissance si les circonstances démontrent que l'adoption n'a pas été prononcée dans l'intérêt de l'enfant »²²⁵⁵. Cet auteur admet également que la réserve intervienne lorsque l'adoptant a presque le même âge que l'adopté ou en cas d'adoption du conjoint par son époux. S'agissant de la demande de reconnaissance d'une adoption d'un majeur, en présence de descendants dans la famille adoptive, la réserve pourrait intervenir si l'adoption lèse de manière inéquitable la situation des descendants du parent adoptif; or, selon M. GROSS, « la vocation successorale de l'adopté majeur ne saurait être un élément constitutif d'une atteinte inéquitable à la situation des autres enfants des parents adoptifs ». C'est l'examen des circonstances concrètes qui permettra de décider de faire intervenir ou non la réserve²²⁵⁶. Lorsque l'adoption a été prononcée à l'étranger en application du droit suisse mais en faisant à tort abstraction du consentement des parents, l'ordre public pourrait également intervenir pour éviter une violation du droit au consentement²²⁵⁷. Sous l'empire

²²⁵³ En ce sens, BUCHER, DIP II, N° 751.

²²⁵⁴ DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 78. Quant à HEGNAUER, Berner Kommentar, N° 89 ad art. 268, il se réfère à une « *schwerwiegender Abweichung* »; voir également MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 78: « *ein materiellrechtlicher Verweigerungsgrund für die Anerkennung muss schwerwiegend sein* »; cf. également Robert M. ZUEGG, Die Vermittlung ausländischer Adoptivkinder als Problem des präventiven Kinderschutzes, th. Fribourg 1986, Zurich 1986, p. 62.

²²⁵⁵ GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 52.

²²⁵⁶ GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 53.

²²⁵⁷ GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 53 et 55.

de la LRDC, M. GROSS était d'avis que le principe de l'adoption conjointe relevait de l'ordre public, sous réserve des exceptions prévues par la loi suisse²²⁵⁸.

916. *L'opinion du Tribunal fédéral. Le consentement des parents. Délai de réflexion.* Selon le Tribunal fédéral, l'ordre public s'oppose à la reconnaissance de l'adoption étrangère lorsque celle-ci a été prononcée en l'absence du consentement des parents naturels de l'enfant²²⁵⁹. En revanche, une adoption prononcée en faisant abstraction du consentement du parent inconnu ne heurte pas l'ordre public suisse, le droit suisse prévoyant également une dispense de consentement du parent inconnu (art. 265c ch. 1 CC)²²⁶⁰. L'exigence du consentement des parents n'implique pas qu'il doive être recueilli dans une forme équivalente à celle du droit suisse (art. 265a CC). Ainsi, le Tribunal fédéral²²⁶¹ n'a pas fait jouer la réserve à l'encontre d'une décision d'adoption d'une juridiction américaine qui ne contenait aucune information sur les parents de sang et ne mentionnait pas leur identité, en vue de sauvegarder le secret de l'adoption. Le Tribunal fédéral a considéré que le consentement des parents naturels était suffisamment établi sur la base d'un *affidavit* signé par l'avocat des adoptants et par un notaire, attestant que les parents naturels avaient renoncé à leurs droits parentaux et consenti à l'adoption, document accompagné de la décision de la Cour approuvant ces déclarations.

917. *Le placement.* Dans l'arrêt riche d'enseignements que nous venons d'examiner, rompant avec la pratique antérieure²²⁶², le Tribunal fédéral a estimé que l'adoption prononcée aux Etats-Unis quatre semaines après la naissance de l'enfant ne heurtait pas l'ordre public, quand bien même cette décision ne tenait pas compte du délai, impératif en droit suisse, de deux ans de placement (art. 264 CC)²²⁶³. Se référant à l'opinion d'A. BUCHER, le Tribunal fédéral soulignait que le temps représentait un élément important de l'effet atténué de l'ordre public; il nous paraît intéressant de relever que l'effet guérisseur dû à l'écoulement du temps est intervenu assez rapidement dans le cas particulier, l'enfant ayant été adoptée douze mois avant la décision entreprise et vingt-trois mois avant le prononcé de l'arrêt du Tribunal fédéral. De surcroît, les liens avec

²²⁵⁸ GROSS, La reconnaissance de l'adoption, p. 55.

²²⁵⁹ ATF 120 II 87 (89), *époux X.*; cf. également Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33 (36).

²²⁶⁰ ATF 117 II 340 (342), *E. et A. F.-M.*

²²⁶¹ ATF 120 II 87, *époux X.*

²²⁶² Dans un arrêt du 29 avril 1982 (résumé in REC 1983, p. 143), le TF avait affirmé que la reconnaissance d'adoptions prononcées à l'étranger en faveur de couples domiciliés en Suisse, sans respecter le délai de placement de deux ans, devait être refusée.

²²⁶³ ATF 120 II 87 (88-89), *époux X.*

la Suisse étaient relativement étroits, ce qui pouvait accroître la force de réaction de l'ordre public: les adoptants et l'adoptée étaient domiciliés en Suisse, le mari était Suisse, l'épouse double nationale suisse et américaine; enfin, il s'agissait de procéder à une inscription dans les registres de l'état civil suisse.

918. *Différence d'âge ?* Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question. Dans l'arrêt qui vient d'être exposé, il fait mention de la différence d'âge lorsqu'il examine la compatibilité de l'adoption à l'ordre public; le considérant du Tribunal fédéral ne permet pas de résoudre cette question, puisqu'il semble se référer au droit suisse²²⁶⁴ sans préciser s'il s'agit d'une exigence minimale; le Tribunal fédéral pouvait s'abstenir de prendre position, puisque l'âge des adoptants satisfaisait aux conditions du droit suisse.

919. *Avis de l'Office fédéral de la justice (1997).* Dans un avis rendu en 1997²²⁶⁵, l'Office fédéral de la justice s'est prononcé pour la transcription dans le registre des familles en Suisse d'une adoption plénière prononcée au Nicaragua en 1996. L'enfant adoptif était de nationalité nicaraguayenne; les adoptants, de nationalité suisse et domiciliés au Nicaragua, n'étaient pas mariés et vivaient en concubinage. La loi nicaraguayenne prévoyait expressément la possibilité, pour un couple vivant une union de fait stable, d'adopter un enfant. Après avoir souligné l'importance du principe d'ordre public de l'intérêt de l'enfant, l'Office relevait que l'ordre public pourrait être invoqué si le consentement des parents biologiques faisait défaut, ce qui n'était pas le cas en l'espèce; s'agissant de la différence d'âge, l'Office précisait que sans vouloir poser de limite précise, elle devait être, dans la mesure du possible, conforme à celle qui existe dans la famille biologique. Le droit suisse ne fixant pas de différence d'âge maximale, le critère étant celui de l'intérêt de l'enfant, l'Office a estimé qu'en l'espèce, la différence d'âge, de 43 ans pour le concubin et de 37 ans pour la concubine, si considérable qu'elle fût, n'était pas contraire à l'ordre public. Pour l'Office « *la reconnaissance en Suisse d'une adoption étrangère par des concubins (...) ne [nous] paraît pas heurter de manière intolérable les principes fondamentaux de notre ordre juridique, à condition, bien entendu, que l'adoption soit dans l'intérêt de l'enfant* ». Le droit suisse admettant l'adoption par une personne seule (art. 264b CC), l'Office relevait que l'on pouvait se demander s'il n'était pas davantage dans l'intérêt de l'enfant d'être adopté par des personnes vivant ouvertement dans une union stable de fait que par une personne, officiellement seule, mais vivant « *en cachette avec*

²²⁶⁴ ATF 120 II 87, *époux X*: « *S'agissant des autres conditions posées par le droit civil suisse, les recourants, âgés tous deux de plus de 35 ans et mariés depuis plus de cinq ans, remplissent, en soi, les conditions d'une adoption conjointe de l'article 264a CC* ».

²²⁶⁵ Office fédéral de la justice, avis non publié, 30 septembre 1997.

quelqu'un d'autre, tout au moins de temps à autre ». Selon l'Office, l'enfant d'un couple divorcé se trouverait dans une situation moins stable que l'enfant adopté par un couple vivant une union de fait durable.

920. *Autres avis.* Dans une circulaire de 1992 à l'adresse des autorités cantonales de l'état civil, l'Office fédéral de la justice soulignait que, sous réserve des principes les plus importants de l'ordre public suisse, une adoption étrangère devait être reconnue en Suisse, quand bien même elle ne pourrait être prononcée, dans les mêmes circonstances, en application du droit suisse²²⁶⁶. Ainsi, traitant de la question de la différence d'âge, l'Office estimait qu'il ne fallait pas fixer de limite stricte en la matière, mais que la différence d'âge devait « *soweit möglich - mit demjenigen in einer leiblichen Familie übereinstimmen* »²²⁶⁷. Enfin, une adoption prononcée alors que l'adoptée n'avait pas vécu durant deux ans avec ses futurs parents adoptifs ne heurte pas en soi l'ordre public²²⁶⁸. Selon le Tribunal civil de Bâle-Ville, le fait que la loi étrangère, en l'espèce allemande, ait transformé une adoption simple en adoption plénière, en vertu d'un changement de législation, ne heurte pas l'ordre public²²⁶⁹.

bbb) Notre conception

921. *Placement.* Au vu de la diversité des législations, c'est à juste titre que la jurisprudence fédérale ne soumet pas la reconnaissance d'une adoption au respect de la durée de placement du droit suisse. Il est en revanche difficile de savoir si elle opposerait aujourd'hui l'ordre public à une adoption prononcée sans le moindre placement, comme elle le faisait en 1983²²⁷⁰. L'arrêt de 1994²²⁷¹

²²⁶⁶ Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33 (35): « Eine ausländische Adoption müsste dennoch, unter Vorbehalt der wichtigsten Grundsätze des schweizerischen Ordre public, in der Schweiz selbst dann anerkannt werden, wenn nach dem schweizerischen Recht eine derartige Adoption unter den gegebenen Verhältnissen nicht hätte ausgesprochen werden können », texte signalé, sans traduction, in Manuel de l'état civil, Circulaires fédérales, 3/92-07-01.

²²⁶⁷ Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33 (35); formulation assez proche chez MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 78. En sens contraire, voir *Direktion des Innern* ZH, décision non publiée du 21 février 1997, citée *supra*, N° 876 (reconnaissance d'enfants): « Im übrigen hätte jedoch auch die Anerkennung einer Adoption versagt bleiben müssen, da der gesetzlich geforderte minimale Altersunterschied (...) nicht gegeben war ».

²²⁶⁸ Circulaire de l'Office fédéral de la justice du 15 juillet 1992, REC 1993, p. 33-37 (35-36).

²²⁶⁹ *Zivilgericht* BS, 18 juillet 1986, REC 1987, p. 80; dans le même sens, en rapport avec l'art. 27 al. 2 LDIP, MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 17 ad art. 79.

²²⁷⁰ TF, 29 avril 1982, REC 1983, p. 143, approuvé par MOSIMANN, IPR Kommentar SPR, N° 15 ad art. 78.

²²⁷¹ ATF 120 II 87, *époux X*.

fournit un début de réflexion. Dans l'affaire tranchée par le Tribunal fédéral, l'adoption avait été prononcée quatre semaines après la naissance de l'enfant, une période tellement brève qu'elle équivalait dans son résultat à une absence pure et simple de placement; cela n'a pas empêché la reconnaissance de l'adoption, ce qui semble indiquer, compte tenu des liens que les intéressés entretenaient avec la Suisse, que les exigences de l'ordre public en rapport avec le placement ne sont pas très fortes. En second lieu, le message du Conseil fédéral relatif à la ratification de la Convention de La Haye de 1993 et à la loi fédérale d'introduction fournit un autre indice: le Conseil fédéral propose de réduire, en droit interne, le délai de placement à une année²²⁷²; après avoir relevé que *« dans les cas où les Etats étrangers prévoient une période probatoire préalable à l'adoption, la durée de cette période varie entre six mois et une année »*, le Conseil fédéral souligne que *« la convention obligera la Suisse à reconnaître des adoptions étrangères qui auront été prononcées sans être précédées d'une période probatoire ou après une période probatoire de quelques jours seulement »*²²⁷³. L'exigence du placement ne semble dès lors pas constituer un principe d'ordre public aux yeux du Conseil fédéral. Si l'on estime que l'exigence du placement relève de l'ordre public, l'application de la théorie de la *Binnenbeziehung* permettra de tenir compte de la réelle incidence de la reconnaissance sur la société suisse; ainsi, l'adoption devrait être reconnue lorsqu'au moment du prononcé, les liens avec le for n'étaient guère étroits, que les intéressés étaient localisés durant une certaine période dans des Etats (Etat du prononcé ou Etats tiers) dans lesquels l'adoption était dotée d'efficacité. A nos yeux, l'exigence du placement n'est pas une valeur éthique essentielle de la société, même s'il s'agit d'une règle impérative en droit interne. Cette exigence ne constitue pas un principe d'ordre public autonome, mais une concrétisation de celui de l'intérêt de l'enfant. Lorsque la reconnaissance d'une adoption intervenue sans placement préalable est dans l'intérêt de l'enfant, celui-ci étant apprécié à la lumière des circonstances présentes au moment où l'autorité suisse statue sur la reconnaissance, l'ordre public ne devrait pas intervenir.

922. *Consentement.* Nous pensons que l'on ne saurait affirmer, de façon catégorique et abstraite, que l'absence de consentement des parents naturels fait obstacle à la reconnaissance de l'adoption, en vertu de l'ordre public. S'il est vrai qu'il s'agit d'une exigence fondamentale du droit suisse de l'adoption, celui-ci prévoit des exceptions importantes²²⁷⁴. En outre, il faut relever qu'en droit interne, le défaut de consentement ne rend pas l'adoption nulle, mais

²²⁷² Projet de loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption, art. 264 P CC.

²²⁷³ Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 231.1.

²²⁷⁴ Aux termes de l'art. 265c CC, il peut être fait abstraction du consentement du parent inconnu, absent depuis longtemps, incapable de discernement de manière durable ou qui ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant.

simplement annulable; l'action, soumise à délai (art. 269b CC), n'est admise que si le bien de l'enfant ne s'en trouve pas sérieusement compromis (art. 269 CC). En présence d'une adoption prononcée à l'étranger par une autorité qui a fait abstraction du consentement des parents en se fondant sur un motif qui n'est pas prévu par le droit suisse, alors que l'ordre juridique suisse n'est guère concerné, l'intervention de la réserve pourrait être inopportune; on songe à nouveau à l'exemple de l'adoption prononcée alors que les intéressés n'entretenaient pas de lien (ou que des liens très lâches) avec la Suisse, pourvue d'efficacité à l'étranger, et sur laquelle les intéressés ont nourri des attentes (Illustration 1). La force de réaction de l'ordre public dépendra également de la gravité de l'atteinte portée aux valeurs de notre ordre juridique. Ainsi, l'ordre public pourrait intervenir avec davantage de force lorsque la dispense de consentement reposait sur des motifs discriminatoires²²⁷⁵. Enfin, même lorsque l'ordre juridique suisse est concerné, la reconnaissance doit être prononcée lorsqu'un refus risquerait de compromettre les intérêts de l'enfant.

923. *Adoption conjointe.* A nos yeux, le principe de l'adoption conjointe ne relève pas de l'ordre public suisse, en ce sens que pourrait être reconnue l'adoption prononcée à la requête d'une personne seule, quoique mariée et alors que les conditions strictes de l'art. 264b CC²²⁷⁶ ne seraient pas remplies. Ainsi, lorsque seul l'un des conjoints d'un couple adopte valablement un enfant à l'étranger, par exemple parce que le second ne remplit pas les conditions d'âge prévues par la *lex causae*, l'ordre public suisse n'est pas heurté²²⁷⁷, pour autant que le bien de l'enfant soit respecté. Le plus fréquemment, la prise en

²²⁷⁵ SCHWANDER, Einführung BT, N° 300, pour qui l'ordre public pourrait également intervenir lorsque l'autorité d'origine a fait abstraction du consentement des parents pour permettre la réalisation de programmes d'adoptions de masse dans un but politique.

²²⁷⁶ L'adoption conjointe se révèle impossible parce que le conjoint est devenu incapable de discernement de manière durable, ou qu'il est absent depuis plus de deux ans sans résidence connue, ou lorsque la séparation de corps a été prononcée depuis plus de trois ans.

²²⁷⁷ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 9 ad art. 78; Cyril HEGNAUER, Reconnaissance et effets d'une adoption étrangère effectuée par une femme mariée suisse et étrangère, REC 1989, p. 381. Voir en ce sens, au sujet de l'adoption d'un enfant malaysien par un ressortissant suisse, marié à une Suisseuse, couple domicilié en Malaisie, Office fédéral de l'état civil, avis non publié du 13 mars 1998: « Selon HEGNAUER, une adoption par un seul des époux peut être reconnue en Suisse, notamment parce qu'en droit suisse, elle est prévue lorsque des circonstances exceptionnelles sont réalisées (...). Relevons en outre dans ce contexte que, dans un arrêt rendu public le 23 septembre 1997, le Tribunal fédéral a précisé que dans le cas de l'adoption par une personne seule, comme dans d'autres, le critère déterminant doit être celui du bien de l'enfant. Si l'adoption d'un enfant par une personne seule permet son plein épanouissement et le développement harmonieux de sa personnalité, elle doit être autorisée (...). Par conséquent, en principe, l'adoption d'un enfant par M. X. seul n'est pas contraire à l'ordre public suisse ».

considération de l'intérêt de l'enfant au moment où l'autorité suisse se prononce, exigera que l'adoption prononcée à l'étranger soit reconnue en Suisse.

924. *Descendants de l'adoptant.* Le principe selon lequel l'adoption ne doit pas léser de manière inéquitable la situation des descendants de l'adoptant (cf. art. 264 *in fine* CC) concrétise les valeurs de justice et d'égalité au sein de la famille et relève sans doute à ce titre de l'ordre public, ce qui ne signifie toutefois pas qu'une adoption qui n'aurait pu être prononcée en Suisse en raison de son incidence sur la situation des descendants de l'adoptant heurtera toujours l'ordre public. La situation des descendants devra être examinée au moment de la reconnaissance et non au moment du prononcé de l'adoption à l'étranger. A nouveau, le juge appréciera de façon concrète l'impact de la reconnaissance (p. ex. en tenant compte d'un pacte de renonciation à succession conclu entre adoptant et adopté), en tenant compte de l'étendue des liens que les intéressés entretenaient avec la Suisse, au moment du prononcé et à la date de la décision, et du temps qui s'est écoulé depuis le prononcé étranger.

925. *Age et différence d'âge.* Une adoption valablement prononcée à l'étranger, alors que la différence d'âge entre les adoptants et l'adopté est inférieure à celle prévue par le droit suisse²²⁷⁸, devrait être reconnue en Suisse, pour autant que l'intérêt de l'enfant ne soit pas sérieusement mis en danger. De même, l'ordre public ne devrait pas faire obstacle à la reconnaissance d'une adoption prononcée en application d'une loi moins stricte que la loi suisse, s'agissant des conditions d'âge des adoptants²²⁷⁹. Nous estimons que l'ordre public suisse pourrait même s'accommoder de la reconnaissance d'une adoption prononcée en dépit d'une faible différence d'âge entre adoptants et adopté, si la reconnaissance correspond à l'intérêt de l'enfant, que les liens avec la Suisse n'étaient guère étroits au moment du prononcé et qu'une certaine période s'est écoulée depuis lors, l'adoption étant reconnue dans les Etats dans lesquels la vie des parties était localisée (Illustration 2).

926. *Autorité prononçant l'adoption. Adoptions privées. Adoptions diplomatiques et consulaires.* Une adoption prononcée à l'étranger par une autorité religieuse, diplomatique ou consulaire peut être reconnue, à condition qu'elle soit dotée d'efficacité aux yeux des autorités étatiques du pays dans lequel elle a été prononcée. Ces procédures inconnues du droit suisse ne portent pas atteinte aux valeurs de l'ordre juridique suisse. Une adoption purement privée, formée par contrat, avec ou sans contrôle d'une autorité étatique ou

²²⁷⁸ Art. 265 al. 1 CC: « L'enfant doit être d'au moins seize ans plus jeune que les parents adoptifs ».

²²⁷⁹ Voir les art. 264a al. 2 et 3 et 264b CC.

d'une autorité privée agissant sur la base d'une délégation²²⁸⁰, n'est pas en soi contraire à l'ordre public, pour autant qu'elle ne se révèle pas contraire à l'intérêt bien compris de l'enfant. Quant aux adoptions consulaires ou diplomatiques prononcées, en violation de leurs obligations, par des représentations en Suisse, leur reconnaissance en Suisse semble envisageable²²⁸¹; il nous paraît toutefois nécessaire qu'à l'époque du prononcé, les parties n'entretiennent que des liens peu étroits avec la Suisse et qu'elles vivent par la suite une certaine période à l'étranger, dans des Etats dans lesquels l'adoption est dotée d'efficacité. L'intégration de l'adoption dans un ordre juridique étranger la considérant comme parfaitement valable peut produire des effets guérisseurs²²⁸².

927. *Adoption conjointe par un couple non marié. Adoption par l'un des conjoints d'un couple. Adoption par des partenaires homosexuels.* L'adoption conjointe d'un enfant par un couple non marié, valable selon la loi étrangère, ne heurte pas en soi l'ordre public suisse²²⁸³, pour autant que sa reconnaissance soit dans l'intérêt de l'adopté. Le critère de la stabilité de la relation des concubins ne nous paraît guère déterminant, aucun contrôle de ce type n'étant, à juste titre, prévu pour des adoptants mariés; le pronostic, très aléatoire, que pourrait émettre l'autorité de la reconnaissance à ce sujet risquerait fort de jouer au détriment de l'enfant. Quant à l'adoption d'enfants par des partenaires homosexuels, prononcée valablement à l'étranger, c'est aujourd'hui une réalité²²⁸⁴, quelles que soient les réserves que l'on peut émettre à l'égard des

²²⁸⁰ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 3 ad art. 78.

²²⁸¹ Voir DUTOIT, Commentaire, N° 1 *in fine* ad art. 78 qui préfère au refus de tout effet (en ce sens: Division de la justice, 5 septembre 1973, JAAC 1974, N° 9, p. 21, sous l'ancien droit; SIEHR, IPRG Kommentar, N° 5 ad art. 78; HEGNAUER, Berner Kommentar, N° 87 ad art. 268) traiter celles-ci comme si elles avaient été prononcées à l'étranger et les reconnaître aux conditions de l'art. 78 LDIP.

²²⁸² Cf. les solutions équivalentes *supra*, N° 572, 574, 653, 732, 754 et 879.

²²⁸³ SIEHR, IPRG Kommentar, N° 3 ad art. 78; avis de l'Office fédéral de la justice, 30 septembre 1997, *supra*, N° 919.

²²⁸⁴ Cf. *supra*, N° 711 pour le Danemark (adoption de l'enfant du conjoint); sur l'état des discussions aux Pays-Bas, voir Office fédéral de la justice, La situation juridique des couples homosexuels en droit suisse - Problèmes et propositions de solution, Berne 1999, ch. 22. Sur le *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, qui ouvre la voie de la maternité de substitution aux seuls couples hétérosexuels, voir *infra*, N° 934. En outre, plusieurs tribunaux américains ont autorisé des couples homosexuels à adopter des enfants, voir *Adoptions of B.L.V.B. and E.L.V.B.*, 628 A.2d 1271 (Vt 1993) et *Adoptions of Tammy*, 619 N.E. 2d 315 (Mass 1993) cités par Sandford N. KATZ in *The International Survey of Family Law 1996*, La Haye/Boston/Londres 1998, p. 504, note 36 et *In re Jacob*, 660 N.E.2d 397 (N.Y. Ct. App. 1995), cité par Lydia A. NAYO, In Nobody's best interests: a consideration of absolute bans on sexual minority adoption from the perspective of the unadopted child, JFL 1997, p. 27, note 1.

revendications de certains milieux homosexuels prétendant à un droit à la filiation au nom de l'égalité de traitement avec les couples hétérosexuels. Face à ce type de situations, il convient de résoudre la question de la qualification, préalablement à celle de l'intervention de la réserve. Il s'agit d'examiner la portée de l'institution selon la *lex causae*. Si la loi étrangère prévoit la création de véritables liens de la filiation entre l'adopté et les partenaires, la qualification d'adoption plénière devrait être retenue. A défaut, il pourrait s'agir d'une adoption simple ou d'une institution semblable du droit étranger (art. 78 LDIP). Le droit suisse autorisant l'adoption par une personne non mariée (art. 264b CC), force est d'admettre que l'ordre public suisse n'exige pas que le modèle biologique soit intégralement respecté. L'établissement d'un lien de filiation avec deux personnes du même sexe biologique paraît toutefois difficilement compatible avec les conceptions éthiques actuelles de notre société. Le bien-être et l'intérêt de l'enfant adopté tolèrent-ils qu'au problème posé par l'adoption et, souvent, par le déracinement, s'ajoute celui d'avoir à assumer, sur le plan affectif, psychologique et social, une filiation qui équivaut à une impossibilité biologique ? A nos yeux, le principe de l'appréciation concrète de l'ordre public ne permet pas de répondre à cette question de façon absolue. Lorsque les intéressés n'entretenaient guère de liens avec la Suisse au moment du prononcé et qu'ils ont vécu des années à l'étranger dans des Etats dans lesquels cette filiation adoptive était reconnue, il devrait être possible de renoncer à faire jouer la réserve d'ordre public à l'encontre des effets qu'est appelé à déployer l'acte prononcé à l'étranger, afin de ménager les attentes des parties, en particulier celles de l'enfant (entretien, éventuelles prétentions successorales de l'adopté). Lorsque les liens avec la Suisse sont plus étroits, en particulier que l'adoption a été prononcée à l'étranger alors que les intéressés étaient rattachés de façon prépondérante avec la Suisse, la réserve interviendra plus facilement. Enfin, à l'instar des adoptions classiques, la réserve d'ordre public pourrait bien entendu intervenir lorsque la reconnaissance n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

c) Droit conventionnel

928. *Droit conventionnel. Conventions bilatérales. La Convention de La Haye de 1965.* Les conventions bilatérales qui s'appliquent à la reconnaissance de décisions d'adoption contiennent toutes une réserve d'ordre public. La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption réserve également l'ordre public de l'Etat requis, de façon tout à fait classique (art. 15). Du fait de sa négligeable importance pratique²²⁸⁵, nous n'en traiterons pas.

²²⁸⁵ *Supra*, N° 903.

929. *La Convention de La Haye de 1993. Principe. Réserve d'ordre public.* La Convention de La Haye du 19 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit que l'adoption certifiée conforme par l'autorité compétente de l'Etat contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants. Aux termes de l'art. 24, la reconnaissance ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant²²⁸⁶. Lorsqu'elle sera en vigueur pour la Suisse, la convention, en particulier l'art. 24, l'emportera sur les art. 25 à 27 et 32 LDIP. La reconnaissance de plein droit ne posera pas de problème particulier pour l'Etat d'origine de l'enfant, dès lors qu'il a été appelé à donner son accord au placement et à la poursuite de la procédure (art. 17 notamment). C'est à ce stade que l'autorité devrait soulever les objections relatives à son ordre public, en s'opposant à la poursuite de la procédure d'adoption²²⁸⁷. Les Etats tiers sont en revanche tenus de faire confiance en l'efficacité de la procédure de coopération instaurée par la convention.

930. *Notion d'ordre public.* Pour Monique JAMETTI GREINER et Andreas BUCHER, l'on peut songer que l'ordre public intervienne lorsqu'en violation des dispositions de la convention, le consentement des parents biologiques n'a pas été recueilli, pour autant qu'un refus de reconnaissance ne s'avère pas contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans son message, le Conseil fédéral souligne que la notion d'ordre public doit être interprétée de façon restrictive; il est d'avis que l'adoption n'est pas conforme à la convention lorsqu'elle enfreint des normes procédurales contraignantes de celle-ci; il n'y a pas alors d'obligation de la reconnaître²²⁸⁸. Faut-il considérer le standard minimum des art. 4 et 5 de la convention, règles matérielles, comme une sorte de codification des principes d'ordre public susceptibles d'entrer en ligne de compte? Permettre aux Etats contractants d'invoquer leur ordre public national, en dehors des principes cités dans ces dispositions, mettrait en péril l'efficacité du système prévu par la convention. Il n'en demeure pas moins que la réserve d'ordre public de l'art. 24 de la convention est formulée de façon relativement large et ne se réfère pas expressément aux art. 4 et 5, de sorte que subsiste le risque d'une dérive interprétative de certains Etats contractants qui pourraient invoquer leur ordre public, en dehors des principes mentionnés aux art. 4 et 5, à l'encontre

²²⁸⁶ Pour un résumé des travaux préparatoires de cette disposition, voir M. G. PARRA ARANGUREN, Rapport explicatif, Actes et documents de la XVII^e session, *op. cit.* (note 2139), p. 614-616.

²²⁸⁷ Andreas BUCHER, La nouvelle Convention de La Haye relative à l'adoption internationale, RDT 1994, p. 97-115 (108-109).

²²⁸⁸ Message, *op. cit.* (note 2140), ch. 215.

d'adoptions pour lesquelles ils n'ont pas été appelés à se prononcer dans le cadre de la procédure de *matching*. Nous pensons qu'en Suisse, il conviendra d'interpréter la clause conventionnelle d'une façon aussi restrictive qu'à l'art. 27 al. 1 LDIP; la précision de la disposition conventionnelle relative à l'intérêt de l'enfant a le mérite de la clarté, sans modifier la situation pour notre pays.

C. Adoption de l'enfant issu d'une maternité de substitution (« mère porteuse »): quelques éléments de réflexion

931. *Problème*. La réserve doit-elle intervenir à l'encontre de l'adoption de l'enfant d'une « mère porteuse » par les parents qui ont chargé celle-ci de mettre au monde un enfant conçu avec leurs propres gamètes ou, plus rarement, ceux de tiers ?

932. *Droit matériel*. 1° *France*. Le droit matériel de nombreux pays prohibe la maternité de substitution; en France, la loi n° 94-653²²⁸⁹ frappe de nullité absolue, pour contrariété à l'ordre public, toute procréation ou gestation pour le compte d'autrui (art. 16-7 et 16-9 CCFr.). En droit interne, la jurisprudence de la Cour de cassation avait condamné cette pratique avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi²²⁹⁰. La jurisprudence n'en est pas moins confrontée à de nombreuses affaires dans lesquelles des couples tentent d'éluder cette prescription²²⁹¹. En droit international privé, la Cour d'appel avait rendu, avant l'introduction d'une norme en droit interne, un arrêt très remarqué, prononçant l'adoption d'un enfant, né aux Etats-Unis d'une mère américaine, par un couple français qui avait passé un contrat de gestation pour autrui; la Cour avait estimé que « la maternité pour autrui, pratiquée dans des conditions exclusives de tout mercantilisme, ne heurte pas la conception française de l'ordre public »²²⁹². L'Assemblée plénière de la Cour de cassation²²⁹³, statuant sur un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi, a cassé sans renvoi l'arrêt de la Cour d'appel. Pour la Cour, l'adoption n'était que « l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état

²²⁸⁹ Sur cette loi, voir notamment Christophe JAMIN, RTDC 1994, p. 934, Christian BYK, JCP 1994 I 3788 (et l'erratum au 3802^{bis}) et Vincent WILLEMIN, Insémination artificielle avec donneur. Etude comparative des droits français, allemand et suisse, Cahier de l'Institut de droit de la santé, N° 3, Neuchâtel 1996, p. 5 ss.

²²⁹⁰ Cass. fr., 29 juin 1994, JCP 1995 II 22362.

²²⁹¹ Voir les cas cités par Jean HAUSER in RTDC 1996, p. 379 ss.

²²⁹² CA Paris, 15 janvier 1990, RCDIP 1991, p. 711, 1^{ère} espèce.

²²⁹³ Cass. fr. (Ass. plén.), 31 mai 1991, RCDIP 1991, p. 711, 2^e espèce.

des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption. » La Cour n'a pas raisonné par le biais de l'effet atténué, dès lors que l'adoption était demandée en France.

933. 2^o Suisse. En droit suisse, l'art. 119 Cst. féd. (1999) (et avant elle, l'art. 24^{novies} Cst. féd. [1874]) prévoit que le législateur fédéral édicte des prescriptions concernant l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain; la disposition précise notamment que le don d'embryon et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits. Tant que la loi fédérale n'avait pas vu le jour, les cantons conservaient leur compétence législative²²⁹⁴. Tous les cantons ayant adopté des lois réglementant la procréation artificielle prohibaient la maternité de substitution. Dans le Canton de Neuchâtel, l'art. 32 de la Loi de santé du 6 février 1995, qui sera abrogé par l'entrée en vigueur de la loi fédérale, interdit clairement tout recours aux « mères porteuses »²²⁹⁵. Il en va de même de la Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)²²⁹⁶. Après avoir défini la mère de substitution comme « la femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement » (art. 2 lit. 1 LPMA), la loi interdit le procédé à l'art. 4 LPMA, en assortissant la prohibition d'une sanction pénale (art. 31 LPMA). Le Message justifie cette prohibition par le fait que cette méthode ravale la femme au rang d'instrument²²⁹⁷. La « mère porteuse » n'est pas punissable et demeure la mère juridique de l'enfant²²⁹⁸.

934. 3^o Grande-Bretagne. La Grande-Bretagne a suivi une voie opposée. Le *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*²²⁹⁹ instaure une procédure particulière permettant de rattacher juridiquement l'enfant à ceux qui avaient formé un projet parental. L'enfant, qui doit nécessairement posséder les gènes

²²⁹⁴ Rainer J. SCHWEIZER, in *Commentaire de la Constitution fédérale*, Bâle/Zürich/Berne 1987-1996, N° 9, 84-85 ad art. 24^{novies}.

²²⁹⁵ RSN 800.1. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, des directives du médecin cantonal du 16 octobre 1986 prohibaient déjà ce procédé, cf. le texte reproduit in Jan STEPAN, *Recueil international de lois sur la procréation assistée*, Publications ISDC N° 15, Zurich 1990, p. 176-178.

²²⁹⁶ FF 1998 IV 4992; Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996 (ci-après Message LPMA), FF 1996 III 197 ss. L'entrée en vigueur de la loi sera fixée une fois connu le résultat de la votation populaire sur l'initiative « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle » (FF 1996 III 197 ss, FF 1999 I 228) visant à interdire la fécondation *in vitro* et le recours à des gamètes de tiers pour la procréation assistée.

²²⁹⁷ Message LPMA (note 2296), ch. 322.12.

²²⁹⁸ Message LPMA (note 2296), ch. 324.203.

²²⁹⁹ Sur ce texte, cf. notamment Jacqueline FLAUSS-DIEM, *Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre*, RIDC 1996, p. 856.

de l'un des parents auxquels la filiation sera transférée, peut avoir été conçu par insémination artificielle du sperme du mari, dépôt de gamètes provenant soit du mari ou de l'épouse, soit des deux, ou transfert d'embryon. La procédure se réfère expressément aux règles sur l'adoption, tout en soumettant ce transfert de filiation à des conditions particulières; le couple auquel l'enfant sera transféré doit être un couple marié hétérosexuel²³⁰⁰.

935. *Intervention de la réserve. Prononcé en Suisse (effet direct).* Avant l'entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle (art. 24^{novies} Cst. féd. [1874], art. 119 Cst. féd. [1999]), la doctrine n'excluait pas qu'une adoption soit prononcée pour autant que les conditions des art. 262 ss CC soient réunies, la mère adoptive étant la personne ayant fourni l'ovule ou l'embryon à la « mère porteuse » qui donnerait son consentement à l'adoption²³⁰¹. Cela ne sera sans doute plus possible dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale. La réserve d'ordre public suisse n'interviendra pas lorsque l'affaire présente un élément d'extranéité, l'adoption ne pouvant être prononcée que dans la mesure où le droit suisse le permet (art. 77 al. 1 LDIP). Si la pratique devait considérer que de telles adoptions restent possibles en application du droit suisse, indépendamment de la prohibition de la maternité de substitution, l'ordre public de l'Etat du domicile ou de l'Etat national des époux adoptants, prohibant par hypothèse l'adoption dans de telles circonstances, pourrait entrer en ligne de compte en application de l'art. 77 al. 2 LDIP.

936. *Reconnaissance de l'adoption prononcée à l'étranger (effet indirect). Quelques opinions doctrinales. Notre opinion.* Selon K. SIEHR et B. DUTOIT²³⁰², lorsqu'une telle adoption a eu lieu à l'étranger, il serait peu opportun d'en refuser la reconnaissance en Suisse, compte tenu de l'intérêt de l'enfant. A. BUCHER est d'avis que, malgré les controverses suscitées par le procédé, le consentement à l'adoption de l'enfant par une mère de substitution n'est pas contraire à l'ordre public. Sans prétendre trancher la question, notre opinion est la suivante: en premier lieu, force est de constater que l'autorité de la reconnaissance sera fréquemment dans l'ignorance de la maternité de substitution sur laquelle se fonde la décision étrangère, soit que la loi appliquée par l'autorité étrangère qui l'autorise ne prévoit pas de mention particulière,

²³⁰⁰ FLAUSS-DIEM, *op. cit.* (note 2299), p. 859 et note 14.

²³⁰¹ STETTLER, *op. cit.* (note 2246), p. 209; Cyril HEGNAUER, *Berner Kommentar*, N° 34 et 40 ad art. 252; Hedwig DUBLER-NÜSS, *Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation*, th. Fribourg 1988, p. 182, 184, 191, 192, 194, 201, 203, etc; Ingeborg SCHWENZER, in HONSELL/VOGT/GEISER (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, N° 10 ad art. 252.

²³⁰² SIEHR, *IPRG Kommentar*, N° 10 ad art. 78; DUTOIT, *Commentaire*, N° 3 *in fine* ad art. 78.

soit que les intéressés aient tu la vérité. L'autorité de la reconnaissance ne dispose pas de moyens d'investigation lui permettant d'enquêter sur les circonstances dans lesquelles l'adoption a été prononcée. En second lieu, les décisions rendues en application de la loi anglaise ou d'une réglementation analogue posent un problème de qualification. L'on peut se demander si ces décisions de transfert relèvent de l'art. 70 LDIP relatif à la filiation par naissance ou de l'art. 78 LDIP qui concerne l'adoption et les institutions semblables du droit étranger. La qualification *lege fori* nous incite à retenir plutôt la seconde solution; la réserve d'ordre public pourrait au demeurant être appelée à intervenir quelle que soit la réponse à cette question. En effet, la prohibition constitutionnelle et légale de la maternité de substitution est l'expression, sous forme d'une règle, d'une valeur éthique fondamentale de l'ordre juridique dont l'actualité paraît renforcée par la votation populaire et le débat qui l'a précédée; cette interdiction rayonne sur le contenu de l'ordre public suisse. Cela ne signifie nullement que la réserve interviendra toujours. Bien au contraire, l'examen des liens que les intéressés entretenaient avec la Suisse au moment du prononcé étranger et à la date de la décision sur la reconnaissance, la prise en compte de l'efficacité dont la décision a été revêtue dans les pays dans lesquels les intéressés étaient localisés, ainsi que de l'écoulement du temps depuis l'entrée en force de la décision étrangère devraient permettre à l'autorité de la reconnaissance de trouver des solutions équitables, adaptées aux circonstances concrètes et conformes à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la réaction de l'ordre public ne devrait pas être la même selon que les adoptants sont des ressortissants suisses, fraîchement domiciliés à l'étranger lors du prononcé et qui ne sont restés dans cet Etat que pour une courte période ou qu'il s'agit au contraire de ressortissants étrangers qui ont vécu de longues années dans un Etat dans lequel l'adoption ou le transfert (p. ex. au sens du *Human Fertilisation and Embriology Act 1990* britannique) étaient reconnus et dotés d'efficacité avant que le problème de la reconnaissance ne se pose pour la Suisse. Le principe cardinal de l'intérêt de l'enfant, apprécié au moment de la reconnaissance, dictera la solution à adopter. La réserve ne doit intervenir que lorsque les inconvénients subis par les intéressés du fait de l'apparition d'une situation boiteuse ne l'emportent pas sur la défense des valeurs fondamentales du for.

D. Illustrations

937. *Illustration 1.* X., né en 1980, fils de A. et de B, vit en République démocratique de Talabie. Il a 7 frères et sœurs. La loi de Talabie prévoit que les couples qui sont dans l'incapacité de procréer peuvent adopter un enfant issu de parents ayant plus de quatre descendants. Selon la loi de Talabie, l'enfant adopté garde son nom et conserve ses expectatives successorales à l'égard de ses parents de sang, mais acquiert une prétention à l'entretien à l'encontre de ses parents adoptifs. En 1990, X est adopté par les époux Y et Z. Les époux A. et B. ne sont pas mécontents de diminuer les charges importantes découlant de

l'entretien de leurs nombreux enfants. Ils n'ont toutefois pas consenti formellement à l'adoption, la loi ne le prévoyant pas. En 1996, durant la guerre civile de Talabie, X., Y et Z obtiennent l'asile politique en Suisse; A. et B. décèdent dans une embuscade des rebelles du Fmmt de Libération. En 1997, X. ouvre action en paiement de contributions d'entretien contre Y. et Z devant l'autorité tutélaire du district de Neuchâtel. Y et Z. concluent au rejet de la demande, en prétendant notamment que l'adoption prononcée en Talabie est sans effet en Suisse, parce que contraire à l'ordre public suisse, dès lors qu'A. et B. n'ont pas été appelés à donner leur consentement. Le Tribunal se prononce par jugement séparé sur la question préalable de la validité de l'adoption entre X. et les défendeurs. Il constate que, selon la loi de Talabie, du domicile et de la nationalité des parties, il s'agit d'une adoption simple à laquelle n'ont pas consenti A. et B. Il est d'avis qu'en l'espèce l'ordre public suisse n'a toutefois pas à intervenir, après avoir relevé que les parties n'entretenaient aucun lien avec la Suisse au moment du prononcé et que celles-ci ont vécu pendant plusieurs années dans un Etat dans lequel le lien de la filiation était doté d'efficacité, en fondant des attentes sur cet acte. Il considère que la reconnaissance de l'adoption est dans l'intérêt de X. au jour de la reconnaissance.

938. *Illustration 2.* X., né en 1900 dans la République de Talabie, a une sœur née en 1890, Y.; X. et Y. sont orphelins de père et de mère. En 1905, Y met au monde Z de père inconnu et meurt en couches; à sa majorité, en 1920, X adopte son neveu conformément à la loi de l'Etat de son domicile. En effet, selon la loi de Talabie, l'autorité se prononçant sur l'adoption peut renoncer aux exigences en matière de différence d'âge, dans des circonstances particulières, lorsque le bien de l'enfant le commande. Souffrant d'un cancer généralisé, X vient en 1995 se faire soigner dans une clinique de Montreux, en prenant domicile en Suisse, pays dans lequel il possède une maison de vacances depuis 1947. Il meurt en 1997, après avoir rédigé un testament dans lequel il soumet sa succession à la loi successorale de son pays d'origine. Seul héritier légal selon la loi de Talabie, Z. réclame la délivrance d'un certificat d'héritier pour pouvoir faire inscrire l'immeuble à son nom. La loi de la République de Talabie s'applique à la succession (art. 90 al. 2 LDIP). Le juge délivre le certificat, reconnaissant l'adoption à titre préalable (art. 29 al. 3 et 78 LDIP): il estime que compte tenu du temps qui s'est écoulé depuis l'adoption, de l'absence de lien avec la Suisse au moment du prononcé, l'ordre public ne fait pas obstacle à sa reconnaissance.

Chapitre X: Droit des successions et réserve d'ordre public

1. Introduction

939. *Diversité des droits matériels.* En droit comparé, le droit des successions se caractérise par une grande diversité; au contraire du droit des contrats, ce domaine n'a guère été harmonisé ou unifié, ce qui s'explique sans doute par les liens étroits qu'entretiennent les règles sur la transmission à cause de mort du patrimoine avec la conception particulière de la famille qui prévaut dans chaque société. L'impératif de conservation du patrimoine familial, les principes de l'égalité des enfants, de la protection des survivants ou de l'autonomie de la volonté sont conçus très différemment d'un système à l'autre. La diversité des règles matérielles²³⁰³ semble, à première vue et de façon toute théorique, offrir un terrain particulièrement propice à l'intervention de la réserve d'ordre public.

940. *Intervention limitée de la réserve d'ordre public.* Parfois, la collision entre certaines valeurs essentielles du for et le résultat auquel conduit l'application de règles successorales étrangères ou la reconnaissance d'actes étrangers entraîne l'intervention de la réserve, en particulier lorsque la *lex causae* prévoit une discrimination, en écartant un individu de la succession en raison de son appartenance confessionnelle, ethnique ou sociale²³⁰⁴. Nous démontrerons ici que, mis à part l'hypothèse de la discrimination, le champ d'intervention de la réserve d'ordre public est très étroit dans le domaine successoral; cela découle de la nature patrimoniale du droit des successions et, dans une large mesure, de l'autonomie que les systèmes juridiques envisagés confèrent aux individus. Cette liberté se manifeste dans le droit matériel et se reflète, dans certains systèmes, sur les règles de conflit de lois. L'étendue de cette autonomie varie d'un pays à l'autre et peut évoluer au gré des révisions législatives d'un système considéré. Ce dernier chapitre nous donne l'occasion d'examiner si l'étendue de la protection accordée, en droit interne, à certains héritiers rayonne sur le champ d'intervention de la réserve d'ordre public.

2. Droit international privé comparé

A. France

941. *Droit comparé. France.* Il n'existe en France que très peu d'arrêts ayant fait jouer l'exception d'ordre public en matière de successions internationales,

²³⁰³ Pour des exemples, voir Avis ISDC N° 5/98, consacré au droit des successions.

²³⁰⁴ Voir ALDEEB ABU-SAHLEH, *Le droit international privé*, p. 45-46, *Le droit de famille*, p. 186-188 et La Suisse, p. 48, sur la prohibition des successions entre musulmans et non-musulmans, les discriminations touchant l'apostat et les inégalités entre hommes et femmes.

ce qui s'explique en partie par le jeu des règles de conflit de juridictions et de lois²³⁰⁵. La succession immobilière est régie par la *lex rei sitae*, la succession mobilière par la loi du domicile du *de cuius*²³⁰⁶. Encore faut-il signaler l'existence d'une loi du 14 juillet 1819, qui instaure un droit de prélèvement: les cohéritiers français peuvent obtenir, sur les biens situés en France, un prélèvement qui correspond à la valeur des biens dont ils sont exclus en pays étranger²³⁰⁷. L'ordre public est intervenu à l'encontre de la loi soviétique fixant le maximum successoral à 10'000 roubles, le solde étant dévolu à l'Etat²³⁰⁸. La doctrine examine la question de la compatibilité à l'ordre public des dispositions créant des discriminations selon le sexe ou la religion. La doctrine majoritaire est d'avis que l'exception pourrait jouer à l'encontre de telles dispositions²³⁰⁹. S'agissant de discriminations fondées sur les différences de nature de la filiation (naturelle et adultérine), la jurisprudence publiée a perdu de son actualité, dès lors qu'elle est antérieure à la loi du 3 janvier 1972²³¹⁰. Les auteurs sont d'avis que l'exclusion totale des enfants adultérins et des enfants

²³⁰⁵ HÉRON, Le morcellement, N° 193, qui relève que certains arrêts faisaient jouer l'ordre public, au temps de l'empire colonial, pour écarter des coutumes locales (Tribunal de Tunis, 21 février 1889, JDI 1889, p. 675: droit du maître à succéder à l'esclave affranchi; Cass. fr., 17 novembre 1964, JCP 1965 II 13978). Pour la Principauté de Monaco, voir Tribunal de première instance de la Principauté de Monaco, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 439, estimant que la renonciation à succession future, effectuée valablement selon la loi successorale désignée par la règle de conflit monégasque, en l'espèce la loi allemande, ne heurtait pas l'ordre public de la Principauté, quand bien même cette institution était prohibée par l'art. 985 du Code civil de la Principauté. En revanche, la succession d'immeubles situés sur le territoire de la Principauté est soumise à la *lex rei sitae*, de sorte que cette disposition s'applique.

²³⁰⁶ AUDIT, N° 862 ss; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 429 ss; MAYER, N° 802 ss; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 634 ss; ISDC, 18 février 1998, Avis ISDC N° 5/98, p. 6.

²³⁰⁷ Voir p. ex. BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 647-649; MAYER, N° 811-813; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 433; AUDIT, N° 873 ss. Le prélèvement ne peut s'exercer que sur la succession dont les héritiers ont été exclus, voir Cass. fr., 24 février 1998, RCDIP 1998, p. 445.

²³⁰⁸ Tribunal civil de la Seine, 18 février 1932, JDI 1932, p. 444.

²³⁰⁹ Voir p. ex. HÉRON, Le morcellement, N° 196; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 433, p. 482; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 643; REVILLARD, Pratique notariale, N° 363; Tribunal civil de Blois, 30 avril 1925, RCDIP 1929, p. 614; Cass. fr., 17 novembre 1964, JCP 1965 II 13978 (en matière de conflits interlocaux). Voir toutefois CA Alger, 14 janvier 1892, D. 1892 II, p. 243 (« attendu qu'au Maroc, les israélites ont le droit de régler leurs successions d'après leurs coutumes; que la plupart suivent celle de Castille; qu'aux termes de cette coutume, les filles dotées n'héritent pas ») et les arrêts anciens également cités par HÉRON, p. 155, note 105. Voir Cour administrative d'appel de Paris, 28 novembre 1989, Rec. Conseil d'Etat 1989, p. 349, RCDIP 1991, p. 813 (Somm.).

²³¹⁰ Voir HÉRON, Le morcellement, N° 198; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 644.

naturels pourrait entraîner le déclenchement de l'exception d'ordre public²³¹¹. En revanche, il n'est pas sûr qu'une discrimination défavorisant les enfants naturels, sans les exclure, heurterait l'ordre public²³¹². Dans un *obiter dictum*, le Tribunal de grande instance de Paris a jugé qu'une loi qui permettrait à un héritier de soustraire du partage successoral certains biens dépendant de la succession serait contraire à l'ordre public²³¹³. Il n'existe pas de jurisprudence récente concernant l'intervention éventuelle de la réserve d'ordre public à l'encontre de systèmes ne prévoyant pas de réserve héréditaire. D'anciennes décisions avaient donné effet à des testaments excluant complètement l'enfant, sans que la compatibilité de ce système à l'ordre public ait été soulevée²³¹⁴, tandis que, dans un arrêt de 1973, le Tribunal de grande instance de Paris affirmait que la réserve successorale française était d'ordre public²³¹⁵. Dans un arrêt de 1990, la Cour de cassation a rappelé que la réserve se calculait sur chaque masse de biens soumise à une loi successorale différente²³¹⁶; dans cet arrêt, l'ordre public n'est pas intervenu pour faire obstacle à l'application de la loi désignée par la règle de conflit. Ainsi, les héritiers d'un *de cuius* possédant des biens aux Etats-Unis et en France peuvent réclamer leur réserve sur ces derniers. Pour J. HÉRON²³¹⁷, s'il est insoutenable d'affirmer que les règles françaises sur la réserve successorale constituent un minimum en dessous duquel aucune législation étrangère ne saurait descendre sans heurter l'ordre public, l'absence totale de réserve serait cependant incompatible avec les exigences de l'ordre public. Il faudrait soit considérer que l'exhérédation au delà d'une limite générale (un tiers de la part *ab intestat*, par exemple) heurterait l'ordre public, soit chercher de cas en cas, si l'exhérédation peut être justifiée en l'espèce. Selon Y. LEQUETTE, l'ordre public peut intervenir pour assurer la réserve minimale prévue par la loi française, mais ne s'opposerait pas à l'application d'une loi étrangère connaissant une réserve supérieure à celle de la

²³¹¹ Voir HÉRON, *Le morcellement*, N° 198; BATIFFOL/LAGARDE, t. II, N° 644; Marthe SIMON DE PITRE/Jacques FOYER, *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Paris 1973, N° 271-273; LOUSSOUARN/BOUREL, N° 433, p. 482-483.

²³¹² HÉRON, *Le morcellement*, N° 198; SIMON DE PITRE/FOYER, *op. cit.* (note 2311), N° 272.

²³¹³ TGI Paris, 8 avril 1992, JDI 1993, p. 313.

²³¹⁴ Voir les décisions citées par HÉRON, *Le morcellement*, N° 199, note 111, notamment CA Pau, 11 juin 1906, RCOIP 1906, p. 765; CA Nice, 11 novembre 1912, RCOIP 1922-23, p. 622.

²³¹⁵ TGI Paris, 3 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 653. Voir également un arrêt ancien, ne jugeant pas incompatible avec l'ordre public l'application de la loi du canton des Grisons prévoyant à l'époque la réserve des frères et sœurs, Cass. fr., 11 février 1890, JDI 1890, p. 299.

²³¹⁶ Cass. fr., 4 décembre 1990, RCOIP 1992, p. 76.

²³¹⁷ HÉRON, *Le morcellement*, N° 200.

loi française²³¹⁸. Enfin, nous avons vu précédemment que l'ordre public ne s'opposait pas à ce que soit reconnue la qualité d'héritiers aux épouses et aux enfants d'un mariage polygamique²³¹⁹.

B. Allemagne

942. *Allemagne*. Il est admis que l'ordre public doit intervenir de façon tout à fait exceptionnelle dans le domaine des successions²³²⁰; Ch. VON BAR relève qu'elle n'intervient pratiquement jamais²³²¹. Mis à part certains anciens arrêts envisageant l'intervention de la réserve à l'encontre de la législation de la jeune URSS²³²², la jurisprudence illustre fort bien cette affirmation. Ainsi, dans les cas soumis aux tribunaux allemands, la loi successorale ne prévoyant pas de réserve héréditaire en faveur des proches parents n'a pas été évincée²³²³. Les tribunaux n'ont pas davantage retenu de violation de l'ordre public lorsque la loi successorale prévoyait le droit de retour de la succession à l'Etat²³²⁴, attribuait une partie de la succession à une concubine²³²⁵, ou lorsqu'elle contenait une disposition rétroactive²³²⁶. De même, la réserve n'a pas évincé la loi suisse, prévoyant que l'héritier ne peut conclure d'actes obligatoires sans l'accord de l'exécuteur testamentaire²³²⁷, ni celle qui désavantageait l'épouse survivante par rapport au conjoint survivant de sexe masculin quand bien même l'*Inlands-*

²³¹⁸ LEQUETTE, note sous TGI Paris précité, RCDIP 1974, p. 658.

²³¹⁹ Cf. *supra*, N° 632.

²³²⁰ BIRK, München. Komment., N° 112 ad art. 25; VON BAR, IPR II, N° 384; *Bundesfinanzhof*, 20 décembre 1957, NJW 1958, p. 766 (768).

²³²¹ VON BAR, IPR II, N° 384: « *Nirgendwo sonst sind die deutschen Gerichte gegenüber Auslandsrecht so duldsam, wie im Erbrecht* ».

²³²² *Kammergericht*, 2 juillet 1925, JW 1925, p. 2142 (*obiter dictum*); OLG Dresden, 25 octobre 1932, IPRspr. 1933, N° 57; *Kammergericht*, 8 juillet 1921, JW 1922, p. 400 (*obiter dictum*); SPICKHOFF, p. 275.

²³²³ *Reichsgericht*, 23 octobre 1911, JW 1912, p. 22 (USA); OLG Hamm, 21 juillet 1954, NJW 1954, p. 1731 (Belgique); OLG Köln, 26 juin 1975, FamRZ 1976, p. 170 (Angleterre, l'épouse avait obtenu de la succession une rente annuelle de 1000 £ en application de l'*Inheritance Family Provision Act 1938*); BGH, 21 avril 1993, IPRax 1994, p. 375 (implicite, droit des USA).

²³²⁴ BVerWG, IPRspr. 1973, N° 106 (Hongrie).

²³²⁵ BayObLG, 22 juin 1976, IPRspr. 1976, N° 115: droit israélien: « *Zieht man die Haltung der deutschen Rechtsprechung und Literatur zum sog. Mätressentestament in Betracht (...) so ist bei dem zu beurteilenden Sachverhalt - der Erblasser war von seiner Ehefrau geschieden - auf jeden ein Sittenverstoss durch die Gewährung eines Erbrechts abzulehnen* »; cf. JAYME, *Konkretisierung*, p. 37; VON BAR, IPR II, N° 384.

²³²⁶ BayObLG, 10 avril 1981, IPRax 1981, p. 183 (Yougoslavie); LG Düsseldorf, 25 octobre 1976, IPRspr. 1976, N° 206/207, p. 575 (droit polonais, application rétroactive d'une loi améliorant la situation des enfants naturels).

²³²⁷ BGH, 3 octobre 1962, NJW 1963, p. 46.

beziehung était particulièrement étroite dans le cas litigieux²³²⁸. La doctrine estime néanmoins que la réserve pourrait intervenir, pour autant que les liens soient suffisamment étroits avec l'Allemagne, à l'encontre de l'application d'une loi discriminant les enfants naturels sur le plan des successions ou opérant des distinctions selon le sexe²³²⁹. Pour certains auteurs, l'ordre public pourrait évincer la loi ne prévoyant pas de réserve alors qu'aucun « *droit successoral de nécessité* » (*Noterbrecht*) n'atténuerait ce résultat, par le biais de pensions ou de dispositions sur les régimes matrimoniaux; encore faudrait-il que les liens avec le for soient suffisamment étroits²³³⁰. D'autres auteurs sont d'avis que la réserve d'ordre public pourrait intervenir lorsqu'à défaut d'intervention l'intéressé tomberait à la charge de l'assistance publique²³³¹.

3. Droit international privé suisse

A. Règles de conflit

943. *Situations internes.* Dans les situations purement internes, les parties peuvent déroger aux nombreuses règles dispositives du Code civil et faire usage de l'autonomie que la loi leur reconnaît, en rédigeant des actes à cause de mort régissant la dévolution de leur succession. Elles doivent en revanche respecter les règles légales impératives, en particulier celles qui ont trait aux parts dévolues aux héritiers réservataires (art. 471 CC) dont la sanction se trouve dans les règles sur l'action en réduction (art. 522 ss CC).

944. *Successions internationales. Autonomie de la volonté (professio juris).* Les règles de conflit du droit international privé suisse réservent une assez large place à l'autonomie de la volonté. Alors qu'en principe la succession d'une personne dont le dernier domicile était en Suisse est régie par le droit suisse

²³²⁸ OLG Hamm, 29 avril 1992, IPRax 1994, p. 49: la part de l'épouse était de la moitié de celle de l'époux et ne s'étendait pas aux biens immobiliers. Les héritiers étaient allemands et toute la famille vivait en Allemagne depuis de nombreuses années. L'OLG de Hamm a estimé que l'art. 6 EGBGB ne devait pas intervenir, au vu notamment de la possibilité pour l'épouse d'obtenir une indemnité au sens du § 1371 al. 1 BGB, dans le cadre de la liquidation du régime.

²³²⁹ VON BAR, IPR II, N° 384; BIRK, München. Komment., N° 114 ad art. 25 (qui exige que la discrimination aille au-delà de celle que pourrait créer valablement un testateur en application du droit allemand); Demetrios DEMETRIOU/Peter GOTTWALD, Zur Intestaterbfolge nach griechischen Muslimen, IPRax 1995, p. 193; Stephan LORENZ, Islamisches Ehegattenerbrecht und deutscher ordre public: Vergleichsmaßstab für die Ergebniskontrolle, IPRax 1993, p. 148.

²³³⁰ SPICKHOFF, p. 278 ss; Henrich DÖRNER, Nachlassspaltung - und die Folgen, IPRax 1994, p. 363-364.

²³³¹ BIRK, München. Komment., N° 113 ad art. 25 et les références figurant en note 192; LÜDERITZ, N° 208.

(art. 90 al. 1 LDIP), la loi permet au *de cuius* de nationalité étrangère, dont le dernier domicile est en Suisse, de soumettre sa succession à l'une de ses lois nationales (art. 90 al. 2 LDIP); ce choix est caduc si, au moment du décès, le disposant n'a plus cette nationalité ou a acquis la nationalité suisse. La possibilité de procéder à une *professio juris* est très largement prévue, à l'instar de l'art. 22 al. 2 LRDC (en rapport avec l'art. 32 LRDC). Selon le Message²³³², suivi par la doctrine²³³³, les étrangers ayant plusieurs nationalités ne sont pas tenus de préférer leur nationalité effective, l'art. 23 al. 2 LDIP ne s'appliquant pas en l'espèce. Cette affirmation est soutenue par le texte de la loi, qui permet à l'étranger de choisir entre l'une de ses lois nationales²³³⁴. La doctrine majoritaire et le Conseil fédéral²³³⁵ sont d'avis que les double nationaux, de nationalité suisse et étrangère, domiciliés en Suisse, doivent être considérés comme suisses et ne peuvent procéder à une *professio juris*. Quant aux apatrides et aux réfugiés, ils ne peuvent procéder à une *professio juris*, le domicile se substituant à la nationalité dans les règles de conflit (art. 24 al. 3 LDIP)²³³⁶. La succession d'une personne domiciliée à l'étranger est soumise au droit international privé de l'Etat dans lequel elle était domiciliée (art. 91 al. 1 LDIP), sauf lorsque les autorités suisses du for d'origine sont saisies, auquel cas la loi suisse s'applique, à moins que le *de cuius* n'ait effectué une *professio juris* en faveur de la loi de son dernier domicile. Dans ce dernier cas, la *professio juris* doit être expresse (art. 91 al. 2 LDIP)²³³⁷.

945. *Droit conventionnel*. Il convient de signaler que la Suisse est liée par plusieurs conventions bilatérales qui contiennent des règles applicables aux successions (Italie, Grèce, Etats-Unis, Iran). Nous ne les traiterons pas ici²³³⁸. La Suisse a en outre signé la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, mais ce texte n'est pas encore entré

²³³² Message, ch. 263.3.

²³³³ DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 90; SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 12 ad art. 90; HEINI, IPRG Kommentar, N° 9 ad art. 90; SCHWANDER, Einführung BT, N° 350.

²³³⁴ L'art. 90 al. 2 est donc l'un des cas réservés par l'art. 23 al. 2 *in fine* LDIP (cf. CHRISTEN-WESTENBERG, IPR Kommentar SPR, N° 8 ad art. 90).

²³³⁵ Message, ch. 263.3; DUTOIT, Commentaire, N° 3 ad art. 90; SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 22 ad art. 90; HEINI, IPRG Kommentar, N° 8 ad art. 90.

²³³⁶ SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 23 ad art. 90.

²³³⁷ Voir DUTOIT, Commentaire, N° 7 ad art. 91; SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 16 ad art. 91; sur la forme de la *professio juris* de l'art. 90 al. 2 LDIP, voir notamment SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 18 ad art. 90; HEINI, IPRG Kommentar, N° 10 ss ad art. 90.

²³³⁸ Pour plus de détails, voir DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire de droit international privé, t. II et III; SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 26-33 ad art. 90 et les références données par SCHWANDER, Einführung BT, note 27, p. 159.

en vigueur²³³⁹. Lorsque ce sera le cas, la réserve d'ordre public conventionnelle (art. 18), de formulation tout à fait classique, pourra intervenir.

946. *Reconnaissance*. Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger sont reconnus en Suisse lorsqu'ils proviennent de l'Etat du dernier domicile du défunt ou de l'Etat au droit duquel le défunt a soumis sa succession, ou s'ils sont reconnus dans l'un de ces Etats; lorsqu'ils se rapportent à des immeubles, ces actes sont reconnus s'ils proviennent de l'Etat du lieu de situation des biens ou s'ils sont reconnus dans cet Etat (art. 96 LDIP).

B. Intervention de la réserve d'ordre public

a) Généralités

947. *Principe*. L'art. 17 LDIP a théoriquement vocation à intervenir dans les différentes situations dans lesquelles la *lex causae* n'est pas la loi du for. La *lex causae* est étrangère lorsqu'un *de cuius* de nationalité étrangère, ayant son dernier domicile en Suisse, a soumis sa succession à l'une de ses lois nationales (art. 90 al. 2 LDIP), lorsque le droit international privé de l'Etat étranger dans lequel le défunt avait son dernier domicile (art. 91 al. 1 LDIP) désigne une autre loi que la loi suisse (renvoi au droit du dernier domicile ou à une loi tierce) ou lorsque le disposant, suisse domicilié à l'étranger, a soumis sa succession à la loi de son dernier domicile (art. 91 al. 2 LDIP). En revanche, la réserve n'interviendra pas lorsque le droit suisse s'applique, par exemple lorsque le défunt, dont le dernier domicile est en Suisse, est de nationalité suisse (même s'il est double national) ou lorsqu'il est de nationalité étrangère mais n'a pas effectué de *professio juris* ou que celle-ci n'est pas valable; la réserve ne joue pas non plus de rôle lorsque le disposant était domicilié à l'étranger et que les règles du droit international privé de l'Etat de son dernier domicile, qu'il s'agisse d'un rattachement objectif ou subjectif (*professio juris*), désignent le droit suisse. Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, l'ordre public matériel et formel (art. 27 LDIP) a toujours vocation à intervenir.

948. *Discriminations*. Les règles étrangères excluant certaines personnes de la succession ou réduisant leur part pour des motifs liés au sexe²³⁴⁰, à

²³³⁹ Texte in ASDI 1989, p. 176, voir notamment la contribution de Alfred E. VON OVERBECK, ASDI 1989, p. 138 ss; Paul LAGARDE, La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions, RCDIP 1989, p. 240-275; pour l'état des signatures et ratifications au 1^{er} mars 1999, voir RCDIP 1999, p. 186.

²³⁴⁰ Voir p. ex. l'art. 907 du Code civil iranien: « s'il a laissé plusieurs enfants de sexe différent, le fils prendra le double de la fille », cité in ISDC, 15 avril 1991, Avis ISDC N° 5/98, p. 33.

l'appartenance ethnique, à la nationalité ou à la religion pourraient être écartées au nom de l'ordre public, en fonction des liens que la cause entretient avec le for²³⁴¹. Au stade de la reconnaissance d'actes étrangers, la réserve pourrait également intervenir à l'encontre d'une telle discrimination, pour autant qu'existent des liens suffisants avec la Suisse. Il n'est pas nécessaire que ces liens soient particulièrement étroits, puisqu'il s'agit d'une atteinte au noyau dur de l'ordre public; toutefois, la simple présence de biens en Suisse ne sera pas toujours suffisante pour que la réserve intervienne. Les liens seront en règle générale jugés suffisamment étroits lorsque l'un des héritiers, exclu d'une manière discriminatoire, a son domicile en Suisse ou est Suisse (Illustrations 1 et 2). Enfin, nous pensons que la réserve devrait pouvoir intervenir à l'encontre d'inégalités résultant de l'application de dispositions légales discriminatoires à l'égard d'enfants considérés comme illégitimes, adultérins ou incestueux, pour autant qu'existe un lien suffisant avec la Suisse²³⁴².

949. *Avis de l'Office fédéral de la justice*. Dans un avis de 1980²³⁴³, l'Office fédéral de la justice examinait le droit successoral des Iraniens en Suisse. Sans se prononcer, l'Office s'est demandé si le fait que la loi iranienne prévoyait que les garçons recevaient une quote-part double de celle des filles était compatible avec l'ordre public. A nos yeux, le principe de l'appréciation concrète de la réserve interdit de répondre dans l'absolu à une question formulée de la sorte. C'est l'ampleur de la résonance de l'application de la loi étrangère dans l'Etat du for, compte tenu des liens de la cause avec cet Etat, qui permettra de décider si la réserve doit intervenir.

950. *Charges ou conditions contraires aux mœurs*. Faut-il qualifier l'art. 482 al. 2 CC de loi d'application nécessaire ou de norme concrétisant un principe

²³⁴¹ BUCHER, DIP II, N° 987; SCHWANDER, Einführung BT, N° 366, pour qui l'ordre public ne pourrait en revanche pas intervenir lorsque de telles discriminations résultent d'un testament ou d'un pacte successoral, vu l'opinion actuelle du Tribunal fédéral au sujet de la réserve successorale (cf. *infra*, N° 953) et en raison de la possibilité pour le testateur, en droit suisse, d'opérer de telles distinctions, à condition de respecter la part réservataire.

²³⁴² Dans l'ATF 118 II 108, *M. et P.P.*, le Tribunal fédéral a pu s'abstenir de trancher cette question: les premiers juges avaient écarté, au nom de l'ordre public, le droit français applicable (qui prévoyait que l'enfant adultérin recevait la moitié de la part qu'il aurait obtenue si tous les héritiers, lui compris, avaient été légitimes [art. 760 CCFr.]), avant de délivrer un certificat d'héritier mentionnant des parts correspondant à celles du droit suisse. Le Tribunal fédéral a estimé que les recourants ne disposaient pas d'un intérêt à recourir, l'indication des parts dans un certificat d'héritier étant facultative et n'ayant pas de portée juridique. SCHWANDER, AJP 1993, p. 1005 est favorable à l'intervention de la réserve en ce cas, même à défaut de *Binnenbeziehung*.

²³⁴³ Office fédéral de la justice, 17 juillet 1980, JAAC 1981, N° 31, p. 171-172.

d'ordre public ?²³⁴⁴ A nos yeux, il convient de donner la préférence à la seconde solution, en raison notamment du résultat plus satisfaisant auquel l'on parvient en suivant cette voie; l'examen des liens que la cause entretient avec la Suisse permettra d'envisager une intervention nuancée de la réserve, en évitant de porter une atteinte excessive à la règle de conflit par l'application inconditionnelle d'une règle du droit suisse qui serait qualifiée d'impérative au sens de l'art. 18 LDIP, lorsque le noyau dur de l'ordre public n'est pas heurté par l'application, à une cause qui n'est guère liée au for, d'une charge ou d'une condition contraire aux mœurs suisses. Il faut relever que la juridiction suisse est assez largement ouverte en matière successorale, de telle sorte que les tribunaux suisses se penchent parfois sur des litiges qui présentent des liens très lâches avec notre pays. Ainsi, l'on pourrait imaginer qu'un juge suisse appelé à statuer sur la part de la succession située en Suisse d'une personne de nationalité étrangère domiciliée à l'étranger (art. 88 al. 1 LDIP) fasse respecter, sans heurter l'ordre public suisse, une charge, parfaitement valable selon la *lex causae*, mais qui paraît difficilement compatible avec le postulat de la liberté religieuse: tel serait le cas de la charge imposant à un héritier, domicilié dans l'Etat du dernier domicile du défunt, l'obligation d'élever ses propres enfants selon le rite d'une religion déterminée. L'ordre public suisse ne devrait intervenir que rarement lorsque la condition doit se réaliser ou la charge doit s'exécuter à l'étranger et qu'elle n'y est pas contraire aux mœurs.

951. *Fidécummi de famille, droit successoral paysan, LFAIE: lois d'application nécessaire?* A. BUCHER est d'avis que les règles sur les fidécummi successifs (art. 488 al. 2 CC) et les fidécummi de famille (art. 335 al. 2 CC) sont « d'ordre public », pour autant qu'ils aient certains liens avec la Suisse, en particulier lorsque le grevé est domicilié en Suisse ou qu'une fondation d'entretien exerce son activité principalement en Suisse²³⁴⁵. Pour notre part, nous pensons qu'en dépit de leur importance en droit successoral suisse, ces règles ne sont pas l'expression de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse qui relèveraient de l'ordre public²³⁴⁶. Dans un autre registre, les règles spéciales du droit successoral paysan, s'agissant d'immeubles agricoles

²³⁴⁴ BUCHER, DIP II, N° 987, se réfère aux art. 17 et 18 LDIP; SCHWANDER, Einführung BT, N° 366.

²³⁴⁵ BUCHER, DIP II, N° 987 citant ATF 108 II 398 (403), *Fondation X*. A nos yeux, cet arrêt ne permet pas de tirer une conclusion définitive sur ce point, le TF ayant appliqué le droit suisse à une fondation de famille liechtensteinoise, en se fondant sur la réserve du siège fictif.

²³⁴⁶ Voir, au sujet de l'ATF 108 II 398 (403), *Fondation X*, les interrogations de VISCHER, ASDI 1984, p. 337 (343); cf. toutefois LALIVE, JDI 1987, p. 984, pour qui l'intervention de la réserve d'ordre public aurait conduit au même résultat, la *Binnenbeziehung* étant suffisante.

situés en Suisse (art. 11 ss LDFR),²³⁴⁷ et la LFAIE²³⁴⁸, pour les immeubles sis en Suisse, ont qualité de lois d'application nécessaire (art. 18 LDIP).

952. *Forme des dispositions à cause de mort.* L'art. 93 al. 1 LDIP rappelle que la validité des testaments est régie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, traité applicable *erga omnes* (art. 6). L'art. 93 al. 2 LDIP étend le champ d'application matériel de ce texte, en disposant qu'il s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort, tels les pactes successoraux et les donations à cause de mort²³⁴⁹. La convention réserve l'ordre public des Etats contractants (art. 7). Il n'est donc pas exclu que l'ordre public suisse fasse obstacle à la reconnaissance de la validité formelle d'un testament en application d'une loi dont les effets se révéleraient contraires à l'ordre public, même s'il est difficile de forger un exemple réaliste²³⁵⁰. On pourrait songer que la réserve intervienne à l'encontre d'une *lex causae* validant les testaments passés sous une forme qui ne permettrait pas du tout de s'assurer que le testament a été rédigé par le testateur (testament rédigé à la machine, sans signature du testateur ou de témoins). A l'instar d'A. BUCHER²³⁵¹, nous pensons qu'un testament public effectué en Suisse par un fonctionnaire consulaire ou diplomatique, en dehors des attributions que lui reconnaissent les autorités fédérales²³⁵², ne sera pas nul pour contrariété à l'ordre public; s'il n'est pas valable comme testament olographe en vertu du droit suisse, les autorités suisses devront en reconnaître la validité pour autant que l'une des autres lois désignées alternativement par la convention de La Haye l'admette.

²³⁴⁷ RS 211.412.11; SCHWANDER, Einführung BT, N° 367; BUCHER, DIP II, N° 987; cf. déjà VISCHER/VON PLANTA, p. 146.

²³⁴⁸ RS 211.412.41; SCHWANDER, Einführung, BT, N° 367; DUTDIT, Commentaire, N° 8 ad art. 18.

²³⁴⁹ Cf. SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 1 i.f. et 5 ad art. 93.

²³⁵⁰ A noter que la Suisse a formulé la réserve, prévue à l'art. 10 de la convention, autorisant les Etats à refuser de reconnaître les dispositions testamentaires faites, en dehors de circonstances extraordinaires, en la forme orale par l'un de leurs ressortissants n'ayant pas d'autre nationalité.

²³⁵¹ BUCHER, DIP II, N° 977.

²³⁵² Voir toutefois les exceptions à la prohibition (citées par BUCHER, DIP II, N° 977) prévues à l'art. 16 de l'Accord avec l'Italie (RS 0.142.114.541), à l'art. VII de l'Accord avec la Roumanie (RS 0.191.116.631) et à l'art. VII de l'Accord avec le Portugal (RS 0.191.116.541).

b) Le problème de la réserve héréditaire

953. *L'affaire Hirsch. La réserve héréditaire.* Dans l'affaire *Hirsch* contre *Cohen*²³⁵³, le Tribunal fédéral a considéré que les dispositions de la loi suisse sur la réserve successorale n'avaient pas la qualité de règles d'application nécessaire et que l'application d'une loi ne prévoyant pas de réserve ne justifiait pas l'intervention de la réserve d'ordre public. Le *de cujus*, Albert Cohen, était né en Allemagne, pays qu'il avait fui parce qu'il y subissait des persécutions raciales, pour s'établir à Londres dans un premier temps, où il acquit la nationalité britannique en 1947, puis en Suisse, dès 1953. A. Cohen mourut en Suisse. Par testament, il avait déclaré soumettre sa succession à la loi anglaise et attribuer tous ses biens à sa seconde épouse. La fille du premier mariage du défunt, de nationalité suisse et domiciliée à Genève, avait ouvert contre la veuve une action en constatation de sa qualité d'héritière et en annulation du testament. Elle avait notamment soutenu que la *professio juris* était abusive de droit et que l'absence de réserve successorale en droit anglais contrevenait à l'ordre public suisse. L'*Obergericht* de Zurich avait écarté ces arguments. Après avoir constaté que la *professio juris* n'était pas abusive, le Tribunal fédéral a jugé que la réserve d'ordre public ne devait pas intervenir. Pour le Tribunal fédéral, l'existence et l'étendue de la réserve successorale devaient être entièrement soumises à la *lex causae*; il s'agissait selon lui de la seule solution satisfaisante. Selon lui, si l'on affirmait que les règles sur la réserve étaient « d'ordre public » (c'est-à-dire des règles d'application nécessaire), l'application du droit étranger désigné par la *professio juris* serait bien trop souvent mise en échec par ces règles. Si l'on soutenait que la réserve ne devait intervenir que lorsque l'héritier réservataire ne recevait rien, il suffirait que le droit étranger attribue à cet héritier une infime portion de sa part pour que le droit étranger soit pris en considération. Enfin, le Tribunal fédéral a écarté la solution intermédiaire, jugeant trop difficile de fixer la limite en deçà de laquelle la réserve du droit étranger devrait être jugée trop faible. Commentant l'arrêt *Hirsch*, P. LALIVE observait que « si l'on voulait aller jusqu'à sauvegarder la réglementation suisse de la réserve légale, notamment en invoquant l'ordre public suisse, on viderait l'article 22 al. 2 LRDC de son sens ». Il estimait toutefois que la solution retenue par le Tribunal fédéral méritait d'être revue de *lege ferenda*. Pour cet auteur, il conviendrait de reconsidérer la portée du *Vertrauensprinzip* en droit international privé à l'égard des héritiers légaux²³⁵⁴.

954. *La réserve sous l'empire de la LDIP. L'avant-projet.* L'art. 91 al. 2 de l'avant-projet de LDIP prévoyait que le conjoint survivant et les descendants

²³⁵³ ATF 102 II 136, *Hirsch*.

²³⁵⁴ LALIVE, ASDI 1977, p. 339.

pouvaient toujours se réclamer de la réserve selon le droit suisse, si leur expectative légitime n'était pas respectée. Cette proposition, qui avait pour but d'éviter les abus découlant d'une *professio* conçue « de manière assez libérale »²³⁵⁵, consacrait une tentative de réponse à la jurisprudence que nous venons d'examiner. Cette disposition, qui se heurta à de nombreuses critiques durant la procédure de consultation²³⁵⁶, n'a pas été reprise dans la loi²³⁵⁷.

955. *Quelques opinions.* Les opinions des auteurs sont contrastées. A. VON OVERBECK, B. DUTOIT et A. HEINI²³⁵⁸ sont d'avis que la jurisprudence *Hirsch* reste valable, le deuxième de ces auteurs réservant toutefois l'abus de droit, s'il est prouvé que le *de cuius* a acquis la nationalité étrangère dans le seul but d'adopter une *professio juris* ou si le *de cuius* a éveillé l'espoir auprès d'un héritier que celui-ci recevrait sa réserve; A. BUCHER estime que l'abus de droit doit intervenir à l'encontre de la *professio juris* d'un disposant qui n'a plus de liens significatifs avec son pays d'origine, lorsque l'application de la loi choisie aboutit à une exhérédation des héritiers réservataires²³⁵⁹. Tout en approuvant l'arrêt précité, H. HANISCH considère que « *in eklatanten Missbrauchsfällen bleibt eine richterliche Korrektur nach objektiven Kriterien möglich* »²³⁶⁰. Pour A. K. SCHNYDER, « *in Ausnahmefällen mag unter Anrufung von Art. 2 ZGB ein Ordre public-Verstoß dann resultieren, wenn die professio juris zu krass*

²³⁵⁵ Rapport, p. 310.

²³⁵⁶ Cf. Message, ch. 263.4: « avant tout, l'"expectative légitime" fut qualifiée de peu claire. La disposition n'a pas été reprise dans le projet, car aucune des variantes proposées en faveur des réservataires n'emportait la conviction ».

²³⁵⁷ A noter que la loi italienne du 31 mai 1995 contient une clause spéciale: la succession est soumise à la loi nationale du défunt (art. 46 al. 1), à moins que celui-ci ait effectué une *professio juris* en faveur de la loi de l'Etat dans lequel il réside: en ce cas, lorsqu'il est de nationalité italienne, « ce choix ne porte pas atteinte aux droits que la loi italienne attribue aux légitimaires [réservataires] résidant en Italie au moment de la mort du défunt » (art. 46 al. 2, cf. traduction française tirée de RCOIP 1996, p. 174). Pour une analyse détaillée de cette règle, voir Andrea BONOMI, La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse, RSDIE 1996, p. 479 ss (493 ss). Avant l'entrée en vigueur de ce texte, la jurisprudence n'était pas unanime quant à la compatibilité à l'ordre public italien de règles ne prévoyant pas de réserve, voir Trib. Termini Imerese, 15 juillet 1965 et Trib. Chiavari, 25 février 1974 (compatible), cités par BALLARINO, OIP, p. 518, note 1 et, d'autre part, CA Milan, 4 décembre 1992, RDIPP 1992, p. 821.

²³⁵⁸ Alfred E. VON OVERBECK, Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse, in Le nouveau droit international privé suisse, CEDIDAC N° 9, Lausanne 1989, p. 59-78 (75-76); DUTOIT, Commentaire, N° 5 ad art. 90; HEINI, IPRG-Kommentar, N° 16 ad art. 90: « *die Ausschaltung des (schweizerischen) Pflichtteilsrechts mittels professio juris ist grundsätzlich weder rechtsmissbräuchlich, noch verstösst gegen den ordre public (...)* » (c'est nous qui soulignons).

²³⁵⁹ BUCHER, DIP II, N° 946.

²³⁶⁰ HANISCH, *Professio juris*, p. 483.

unbilligen Ergebnissen führen würde ». Il cite le cas où la suppression totale de l'attribution de la réserve conduirait un réservataire au sens du droit suisse à une situation de nécessité matérielle et existentielle. La réserve interviendrait dans des cas extrêmes²³⁶¹; le droit suisse s'appliquerait alors. I. SCHWANDER²³⁶² est d'avis que le Tribunal fédéral pourrait faire intervenir la réserve d'ordre public en dépit de l'absence de clause spéciale. Il lui semble toutefois délicat d'exiger du juge qu'il examine non seulement les critères quantitatifs mais également l'ensemble des circonstances (relations avec le *de cuius*, promesses fondant des attentes) pour chacun des héritiers concernés. Cet auteur pense qu'il serait dès lors souhaitable que la loi ou la jurisprudence fixe une limite, protégeant par exemple la moitié de la réserve héréditaire du droit suisse pour les héritiers domiciliés en Suisse.

956. *Notre position. 1° Argument tiré de l'absence de clause spéciale.* A nos yeux, la jurisprudence *Hirsch* doit être approuvée dans son résultat, mais elle se fonde sur une argumentation erronée. A nos yeux, l'intervention de la réserve d'ordre public est techniquement envisageable, mais elle n'a pas lieu d'être dès lors qu'aucun principe d'ordre public n'est susceptible d'être heurté par une loi ne prévoyant aucune réserve successorale. A titre préalable, force est de constater que cette jurisprudence est sans doute transposable sous l'empire de la LDIP. Le législateur était conscient du fait que le Tribunal fédéral avait refusé de faire intervenir la réserve d'ordre public pour protéger les réservataires dans un cas où la *lex causae* ne prévoyait pas la moindre réserve successorale, quand bien même le disposant n'entretenait manifestement pas de liens avec la loi choisie et qu'il était étroitement lié à la Suisse, ce qui paraissait « *bien indiquer que le choix de la loi anglaise avait pour seul but de priver la fille issue du premier mariage de toute réserve successorale* »²³⁶³. S'il avait désiré couper court à cette pratique, le législateur aurait pu adopter la disposition proposée par les experts ou une autre clause spéciale d'ordre public.

957. *2° L'intervention de la réserve est techniquement envisageable. Nécessité d'une appréciation plus souple.* En deuxième lieu, nous pensons qu'il est techniquement envisageable de faire intervenir l'art. 17 LDIP, disposition générale, en matière de réserve successorale. Lorsque le disposant n'entretient aucun lien effectif avec son Etat national, mais qu'il est largement intégré en Suisse, l'on peut considérer que l'application d'une loi choisie ne prévoyant aucune réserve peut conduire à une situation relativement choquante sous l'angle des conceptions suisses, sans qu'il n'y ait ni abus de droit ni fraude à la loi de la part du disposant. L'application de la clause d'exception est exclue, la

²³⁶¹ SCHNYDER, IPR Kommentar SPR, N° 19 ad art. 90.

²³⁶² SCHWANDER, Einführung BT, N° 366 et note 22.

²³⁶³ LALIVE, ASDI 1977, p. 338.

désignation de la *lex causae* résultant d'un choix (cf. art. 15 al. 2 LDIP)²³⁶⁴. L'on pourrait soutenir qu'un principe d'ordre public fait obstacle à l'application d'une loi ne prévoyant pas de réserve. La réserve interviendrait dans les cas les plus injustes, lorsque l'application du droit étranger désigné par le défunt, au vu des circonstances concrètes et notamment du résultat de la liquidation du régime matrimonial, s'il s'agit du conjoint survivant, conduit à une situation gravement choquante pour un intéressé.

958. 3° *Système envisageable. a) Liens avec le for. Appréciation concrète.* Si l'on décidait de faire intervenir la réserve, l'étendue des liens avec le for devrait être examinée avec attention, l'ordre public suisse n'étant par exemple pas touché dans la même mesure selon que les intéressés sont domiciliés en Suisse et de nationalité suisse, ou qu'à l'opposé, le lieu de situation de certains actifs successoraux constitue le seul lien avec la Suisse. L'appréciation concrète de l'incidence que déploie la norme étrangère dans l'Etat du for exigerait que soient pris en considération non seulement les règles successorales applicables, mais également l'ensemble des règles déterminant la situation patrimoniale des intéressés, qu'il s'agisse de règles du for ou de celles de l'ordre juridique pertinent (désigné par la règle de conflit du for), pour déterminer si la situation d'un réservataire est vraiment choquante au point que l'ordre public doive intervenir²³⁶⁵. Ainsi, il faudrait tenir compte des montants que le conjoint survivant recevrait au titre de la liquidation du régime matrimonial, en application des dispositions désignées par la règle de conflit du for. Si le droit national du testateur n'accorde aucune part successorale à un conjoint survivant, mais que dans le même temps, le droit applicable au régime matrimonial, par exemple le droit suisse du domicile commun des conjoints (art. 54 al. 1 lit. a LDIP), octroie à ce conjoint la moitié des acquêts (art. 215 CC), la réserve ne devrait pas intervenir. Elle interviendrait s'il n'y avait que des biens propres. En droit anglais, la liberté de tester est certes absolue, mais le *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* prévoit que le juge peut, sur requête, ordonner que la succession verse à un survivant une « *reasonable financial provision* »²³⁶⁶. Une révision législative de 1995 a étendu le bénéfice de cette loi

²³⁶⁴ KELLER/GIRSBERGER, IPRG Kommentar, N° 52 ad art. 15; DUTOIT, Commentaire, N° 14 ad art. 15.

²³⁶⁵ Pour l'Allemagne, voir BIRK, München. Komment., N° 110 ad art. 25; DÖRNER, *op. cit.* (note 2330), p. 363-364.

²³⁶⁶ Pour un exposé complet, voir notamment Roger KERRIDGE, *The Law of Succession*, 10^e éd., Londres 1996, p. 121 ss. Voir également HANISCH, *Professio juris*, p. 479 et ISDC, 27 octobre 1995, Avis ISDC N° 5/98, p. 30. Des dispositions comparables existent dans d'autres pays de *common law*: pour l'Australie, voir ISDC, 15 mai 1997, Avis ISDC 5/98, p. 23; pour l'Afrique du Sud, ISDC, 22 janvier 1997, Avis ISDC N° 5/98, p. 25.

à ceux qui cohabitent avec le *de cuius*²³⁶⁷. Ainsi, avant de faire intervenir la réserve, le juge devrait tenir compte du montant que le survivant pourrait réclamer à ce titre auprès de ceux qui succèdent. On pourrait également envisager, mais cela nous paraît discutable, de limiter l'intervention de la réserve aux cas dans lesquels, le *de cuius* entretenant certains liens avec la Suisse, l'un des réservataires (au sens du droit suisse) domicilié en Suisse tomberait à la charge de la collectivité en raison de la privation de sa réserve successorale²³⁶⁸. Ainsi confinée dans de strictes limites, la réserve d'ordre public ne risquerait pas de vider de sa substance la règle de conflit subjective, la désignation opérée par le *de cuius* étant respectée dans la plupart des cas.

959. b) *Effet de l'intervention de l'ordre public en matière de réserve successorale*. On pourrait soutenir que, lorsque le juge évince au nom de l'ordre public un droit ne prévoyant pas de réserve héréditaire, il ne devrait pas forcément lui substituer l'art. 471 CC, en sa qualité de *lex fori*. Le juge pourrait forger une règle internationale matérielle nouvelle, adaptée aux circonstances de l'affaire dont il est saisi et aboutissant à une situation équitable pour tous les héritiers. On pourrait également imaginer que le juge s'inspire de normes de la *lex causae* non comprises dans la désignation par la règle de conflit pour créer une règle *ad hoc*²³⁶⁹. Ainsi, le juge suisse, faisant usage de son pouvoir créateur, pourrait attribuer au survivant d'un testateur ayant soumis sa succession à la loi anglaise un montant correspondant à la *reasonable provision* dont il a été question, même si le champ d'application de cette loi ne s'étend pas au survivant domicilié en Suisse²³⁷⁰. Le juge pourrait déterminer, de façon concrète, la fraction minimale que l'héritier réservataire devrait recevoir pour que l'ordre public suisse ne soit pas heurté, tout en portant la moindre atteinte à la *lex causae*. Il disposerait bien entendu d'un large pouvoir d'appréciation. Cette solution permettrait de tenir compte à la fois de l'importance sociale et économique de la réserve dans notre ordre juridique et de la spécificité des relations civiles internationales (Illustrations 3 et 4).

960. 4° *Existence d'une valeur d'ordre public sur la réserve? Réserve inférieure*. Il est très délicat de vouloir trancher de façon définitive le point de savoir si la réserve d'ordre public doit intervenir en la matière. L'éventuel accroissement de la liberté de disposer, que procure la présence de réserves héréditaires de moindre étendue prévues par la *lex causae*, constitue une conséquence de l'autonomie voulue par le législateur; si l'on voulait faire intervenir la réserve pour protéger, en tant que minimum d'application nécessaire, les

²³⁶⁷ Law Reform (Succession) Act 1995.

²³⁶⁸ En ce sens, pour l'Allemagne, BIRK, München. Kommentar, N° 110 ad art. 25.

²³⁶⁹ Sur les méthodes à disposition du juge, cf. *supra*, N° 389 ss.

²³⁷⁰ HANISCH, *Professio juris*, p. 479.

règles suisses sur la réserve héréditaire chaque fois que la *lex causae* protège dans une moindre mesure les héritiers réservataires, la *professio juris* perdrait tout sens. Du reste, la *professio juris* ne conduira pas toujours à une plus grande liberté, dès lors qu'il est parfaitement imaginable que la loi nationale du disposant protège davantage les réservataires que la loi suisse. A nos yeux, il n'y a pas lieu de faire intervenir la réserve, non pas parce qu'il est difficile de décider en quoi consiste la réserve minimale exigée par le droit suisse, mais parce qu'il n'existe pas de principe d'ordre public particulier en la matière.

961. 5° *Absence de principe d'ordre public*. A nos yeux, le problème de la réserve successorale se pose en des termes différents de ceux que nous avons exposés pour les descendants exclus de la succession ou dont les prétentions sont réduites parce qu'il sont des enfants adultérins ou incestueux. Alors que dans ce dernier cas, la réserve intervient parce qu'une telle règle porte une lourde atteinte à une valeur d'ordre public, celle de l'égalité, et entraîne un résultat gravement choquant, d'autres héritiers étant indûment privilégiés²³⁷¹, nous pensons qu'il n'existe pas de valeur d'ordre public, de norme éthique fondamentale, exigeant le respect d'une réserve héréditaire minimale lorsqu'une telle règle concerne l'ensemble des héritiers²³⁷². C'est pourquoi nous pensons que l'arrêt *Hirsch* doit être approuvé dans son résultat mais non dans ses prémisses. La situation de celui qu'un *de cuius* exclut de la succession, en la soumettant à une législation ne prévoyant pas de réserve successorale, ne nous semble pas davantage heurter de valeurs du for que la position du réservataire qui ne reçoit rien, parce que le défunt n'a aucun bien, qu'il n'en reste plus après la liquidation du régime matrimonial ou en raison d'aliénations non susceptibles de rapport. Les règles sur la réserve héréditaire, certes importantes en droit successoral suisse, ne nous paraissent pas relever de valeurs fondamentales de l'ordre juridique.

962. 6° *Moyens de lutter contre les abus*. Les héritiers abusivement frustrés dans leurs attentes ne resteront pas toujours sans armes, même si l'invocation de la réserve n'est pas possible. Ainsi que l'a laissé entendre le Tribunal fédéral

²³⁷¹ En ce sens, SCHWANDER, Diskriminierungsverbot, p. 1408: « *die Ergebnisbezogenheit des ordres public ist somit nicht auf die am Ende der Erbteilung resultierende Geldsumme zu beziehen, sondern auf die Partizipation an der Erbengemeinschaft zu gleichen Teilen* ».

²³⁷² SCHWANDER, PJA 1993, p. 1006 et Diskriminierungsverbot, p. 1409, relève avec raison que l'argument du TF, selon lequel la réserve d'ordre public ne doit pas intervenir en matière de réserve successorale parce qu'il serait impossible de déterminer la part minimale devant revenir à l'intéressé, n'a pas de portée dans la situation de l'héritier subissant une discrimination en raison de la nature de sa filiation; il suffit en tel cas, de rétablir la part à laquelle il aurait pu prétendre selon la *lex causae*, s'il n'avait pas fait l'objet de la discrimination (et cela même si cette part est inférieure à la réserve successorale du droit suisse).

dans l'arrêt *Hirsch*, la fraude à la loi permettrait, au stade de la désignation de la loi applicable, de faire abstraction d'une naturalisation effectuée par le disposant dans le seul but de jouir d'une plus large liberté de disposer; dans cette hypothèse, le juge ne tiendrait pas compte de la *professio juris*. La manipulation du facteur de rattachement de la règle de conflit serait sanctionnée. L'abus de droit nous semble plus difficilement pouvoir être invoqué; le testament étant un acte unilatéral, il nous paraît discutable de vouloir le faire jouer à l'encontre du testament de celui qui aurait donné à l'un de ses héritiers des assurances claires concernant la part de la succession qui lui reviendra pour la soumettre ensuite à une loi ne prévoyant pas de réserve en sa faveur.

c) Illustrations

963. *Illustration 1.* Abel, ressortissant de X., est domicilié depuis 20 ans en Suisse. Sa femme et leurs deux enfants sont également domiciliés en Suisse. Il est musulman et ses enfants ont été baptisés selon les rites catholiques. Dans un testament de 1970, il soumet sa succession à la loi de X. et déclare que ses biens doivent être répartis selon la loi de X. Abel meurt en Suisse. Le juge suisse est saisi d'une action en partage. La loi de X. prévoit que le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession et chaque enfant à un quart, en l'absence d'ascendants du défunt en ligne directe. Une règle d'origine religieuse prévoit que seuls des Musulmans peuvent succéder à un Musulman. La loi de X. (art. 90 al. 2 LDIP) s'applique, mais le juge écarte l'empêchement religieux au nom de l'ordre public et répartit la succession selon les règles de X. L'épouse reçoit la moitié de la succession et chaque enfant 1/4.

964. *Illustration 2.* A. est décédé dans la République de X. Le Tribunal successoral de X. a prononcé le partage et réparti, conformément à la loi de X., l'ensemble des biens entre B., épouse du défunt et C., l'un de ses fils. Quant à D., l'autre fils de A., la loi de X. l'écarte de la succession parce qu'il est apostat. F., exécuteur testamentaire, dépose devant les tribunaux vaudois une requête d'*exequatur* du jugement, en alléguant que la banque Z. dont le siège est à Lausanne, refuse de lui remettre les biens appartenant à la succession et déposés dans ses coffres, tant que l'*exequatur* n'est pas accordé. Le juge prononce l'*exequatur* du jugement, estimant que l'ordre public n'est pas heurté par le jugement déposé, aucun des intéressés n'ayant de liens avec la Suisse, le lieu de situation d'une partie de l'actif successoral ne lui paraissant pas déterminant.

965. *Illustration 3*.* A., ressortissant du Royaume de Talabie, est domicilié depuis l'âge de 10 ans en Suisse. Il se marie en 1962 avec B. de nationalité suisse, sous le régime de la séparation des biens. Leur enfant C. naît en 1970 en Suisse. En 1975, A. s'est séparé de son épouse, les époux ont divorcé en 1977. A. meurt en 1996 en Suisse; son testament soumet sa succession à la loi talabe, qui ne prévoit aucune réserve successorale; il attribue la totalité de ses biens à D., sa voisine de pallier. C. ouvre action en partage et réclame sa réserve 3/4 de la succession, en l'absence de conjoint survivant et de père et mère du défunt. Sa situation financière est catastrophique; il vivait d'une pension que lui versait son père. Les actifs successoraux s'élevaient à 1 million de francs. Le juge décide d'évincer le droit désigné par le disposant, dont l'application lui paraît heurter les valeurs du for, au vu des liens des intéressés avec la Suisse. Procédant à l'élaboration d'une règle matérielle, il n'attribue toutefois à C. qu'un tiers de la succession, les 2/3 revenant à D.

966. *Illustration 4**. A., de nationalité talabe, est domicilié en Talabie depuis sa naissance. En 1962, il s'y marie avec B., de nationalité suisse. Leur enfant C. naît en 1970 en Talabie. En 1975, A. s'est séparé de son épouse, les époux ont divorcé en 1977. A. s'établit en Suisse en 1992, où il meurt en 1996. Son testament soumet sa succession à la loi talabe. A. a attribué la totalité de ses biens à D., sa voisine de pallier. C., qui a toujours été domicilié en Talabie depuis sa naissance, ouvre action en partage; il soutient que la loi talabe doit être évincée pour contrariété à l'ordre public suisse et réclame, en application du droit suisse, une réserve des 3/4 de la succession, en l'absence de conjoint survivant et de père et mère du défunt. Sa situation financière est catastrophique, vivant d'une pension que lui versait régulièrement son père jusqu'à sa mort. Les actifs s'élèvent à 1 million de francs. Le juge rejette la demande; il n'évince pas le droit talabe, dont l'application ne lui paraît pas heurter les valeurs du for, au vu des liens relativement peu étroits de la cause avec la Suisse et des points de contact nombreux avec la Talabie.

*: Les exemples N° 3 et 4 figurent ici à titre d'illustration de l'intervention, théoriquement envisageable, de la réserve (*supra*, N° 957-959), thèse à laquelle nous ne nous rallions pas (*supra*, N° 960-962).

Conclusion

967. Au terme de cette étude, nous pouvons prendre quelque distance pour évaluer le fruit de nos recherches. Nous livrons ici, pour les soumettre à débat, quelques réflexions.

1. Nécessité de la réserve d'ordre public

968. La réserve d'ordre public est un correctif nécessaire dans un système de droit international privé qui se fonde sur des règles de conflit abstraites. La formulation de la réserve d'ordre public en clauses générales, aux art. 17 et 27 LDIP, ainsi que dans les conventions internationales auxquelles la Suisse est partie, nous paraît satisfaisante. Elle permet au juge de concrétiser la réserve de façon particulièrement souple, au gré des espèces et de l'évolution des valeurs. La tentative d'ancrer la théorie de l'effet atténué dans la loi suisse est originale, sans être cependant particulièrement heureuse. Cette théorie n'est que l'expression partielle et insuffisante de la théorie, plus générale, de la *Binnenbeziehung*; si le législateur tenait à faire œuvre pédagogique, il aurait été préférable qu'il souligne l'importance du critère des liens avec le for et avec l'Etat de la reconnaissance, ou qu'il insiste sur le caractère restrictif de l'exception d'ordre public, en faisant figurer l'adverbe « *manifestement* » à l'art. 17 LDIP également, ceci en harmonie avec la formulation adoptée pour les conventions de La Haye.

969. Il est parfaitement possible de se passer d'une réserve d'ordre public en matière d'application de la loi étrangère²³⁷³ en faisant intervenir, par anticipation et préventivement, les valeurs de l'ordre juridique du for, soit en reconnaissant largement la qualité de lois d'application nécessaire à des normes

²³⁷³ Dans les conflits interfédéraux ou interrégionaux, la réserve peut faire défaut; voir p. ex., en Australie, *High Court, Merwin Pastoral Co Pty. Ltd. v Moalpa Pastoral Co Pty. Ltd.* (1933), 48 C.L.R.465, cité par Peter NYGH, *Reform of Private International Law in Australia*, *RabelsZ* 1994, p. 727-740 (p. 732, note 31), excluant l'intervention de la réserve d'ordre public à l'encontre de la loi de l'un des Etats membres, en vertu de l'art. 118 de la Constitution (« *Full Faith and Credit Clause* »). Pour les Etats-Unis d'Amérique, la clause constitutionnelle équivalente ne fait pas obstacle à l'intervention de la réserve: voir *Bradford Electric Light Co. v Clapper*, 286 U.S.145 (1932), cité par BATIFFOL/LAGARDE, t. I, N° 357, note 7; voir également David D. SIEGEL, *Conflicts in a Nutshell*, St. Paul Minn. 1982, p. 180-181. Voir également, en France, le cas très particulier des conflits de lois avec l'Alsace et la Lorraine, Cass., 28 juin 1937, RCDIP 1938, p. 486: « *s'agissant d'un conflit interprovincial, la loi locale qui régit l'état de l'enfant étant devenue loi française, il ne saurait être question d'apposer la nation d'ordre public qui interdit les libéralités consenties par un Français à un enfant adultérin français* ». Pour la discussion en Allemagne, SONNENBERGER, München. Komment., N° 39 ss ad art. 6.

du for, soit en faisant intervenir les valeurs du for au stade de la détermination de la loi applicable. Nous ne pensons pas que ces deux systèmes soient préférables à celui que le législateur suisse a choisi. A vouloir une large intervention des lois d'application nécessaire, chaque fois qu'une règle matérielle s'inspire d'un principe d'ordre public du for ou poursuit un but de protection d'un intérêt public important, on risque d'étendre le champ d'application de la loi du for au delà du raisonnable, au mépris du traitement spécifique qu'exige la relation juridique internationale. La seconde méthode nous semble encore moins séduisante. Elle conduit à imposer l'application de larges pans de la loi du for dans de vastes domaines du droit, chaque fois que ses principes fondamentaux l'exigent. Au contraire de la règle d'application nécessaire, qui déroge de façon ponctuelle à l'application de la loi désignée par la règle de conflit générale, cette approche conduit à une désignation fréquente de la loi du for, au nom d'impératifs parfois vaguement reliés à un intérêt public; dès que certaines normes régissant la matière litigieuse revêtent le caractère de règles impératives et protectrices en droit interne, l'ordre public positif pourrait exiger leur application. Le risque de dérive en direction de la loi du for qu'implique ce système est inquiétant. Le traitement préventif, antérieur à la désignation de la loi applicable au moyen d'une règle de conflit générale, produit des effets secondaires pémicieux.

970. La réserve permet de corriger, exceptionnellement, le résultat inacceptable auquel conduit parfois l'application, à la relation juridique envisagée, de la loi désignée par la règle de conflit. Le plus souvent, la réglementation étrangère reflète des valeurs proches de celles du for; un traitement préventif, au moyen des deux méthodes envisagées, au stade de la désignation du droit applicable, serait bien souvent inutile et disproportionné. L'intervention de la réserve est un remède plus approprié: maniée avec précision (pour autant que la nature évolutive des valeurs qu'elle sauvegarde le permette!), la réserve interviendra sous la forme d'une fine incision dans la *lex causae*, strictement limitée à la norme déployant des effets pathologiques au regard des valeurs du for. L'ablation sera parfois compensée par une thérapie de reconstruction, sous la forme d'une nouvelle règle matérielle adaptée au cas d'espèce, en application d'une règle appartenant à un droit avec lequel les parties sont étroitement liées, ou encore en application de la *lex fori*.

971. Les clauses spéciales d'ordre public sont peut-être appelées à se développer en droit positif, au gré des révisions législatives; si elles offrent au juge une moins grande souplesse, elles présentent l'avantage d'une plus grande sécurité juridique pour les particuliers. Pour le législateur, elles peuvent présenter l'avantage d'infléchir une pratique judiciaire développée sur le fondement de l'art. 17 LDIP. Toutefois, la concrétisation de l'ensemble des

principes d'ordre public sous la forme d'une liste exhaustive de clauses spéciales paraît difficilement envisageable. Ces clauses présentent l'inconvénient de refléter, de façon figée, les valeurs sociales d'un temps donné. Elles devraient faire l'objet de révisions législatives régulières dont peut se passer la clause générale.

972. Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution, la réserve d'ordre public constitue une clause indispensable dans tout système qui, d'une part, admet que des actes étrangers puissent déployer des effets sur son territoire, et d'autre part, n'est pas persuadé qu'en toutes circonstances, et en dépit de modifications législatives possibles, les lois de l'ensemble des Etats et leur application par le juge d'origine ne risquent pas de déployer des effets difficilement acceptables sur son territoire. L'absence de réserve se conçoit au sein d'un Etat fédéral, s'agissant de la reconnaissance des décisions des entités qui le composent (en Suisse, voir l'art. 61 Cst. féd. [1874], art. 122 al. 3 Cst. féd. [1999])²³⁷⁴. Au sein des organisations régionales, même très intégrées, si la suppression de la réserve est envisageable, la confiance que s'accordent mutuellement les Etats membres n'exclut pas, en droit positif, l'introduction d'une réserve d'ordre public. Nous avons observé que même au sein de l'Union européenne, archétype de l'organisation supranationale intégrée, et pour des matières dans lesquelles les conceptions fondamentales tendent de plus en plus à s'harmoniser, la « libre circulation des jugements » fonctionne toujours sous réserve de l'ordre public de l'Etat de la reconnaissance (art. 27 CB). La réserve a encore de beaux jours devant elle.

2. *Conflits de valeurs en droit des personnes, de la famille et des successions*

973. Le domaine du droit des personnes, de la famille et des successions est à la fois le champ de prédilection²³⁷⁵ et le point sensible de la réserve d'ordre public. Au contraire du droit des obligations et du droit commercial au sens large, pour

²³⁷⁴ Voir toutefois la réserve liée à l'absence de citation (ordre public procédural) à l'art. 6 lit. a du Concordat intercantonal du 10 mars 1977 sur l'exécution des jugements civils (RS 276) et à l'art. 81 al. 2 LP (RS 281.1). Aux Etats-Unis, la *Full Faith and Credit Clause* fait obstacle à l'invocation de l'ordre public de l'Etat requis pour autant que la décision à reconnaître relève du champ d'application de la clause; cf. Catherine KESSEDJIAN, La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis, Paris 1987, p. 298-300; BORN, p. 937; Robert PERRET, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers aux Etats-Unis, Lausanne 1951, p. 54, citant tous trois *Fauntleroy v Lum*, 210 U.S. 230 (1908), Restatement (Second) § 117.

²³⁷⁵ SONNENBERGER, München. Kommentar, N° 15 ad art. 6, estime que 90 % des cas d'intervention de la réserve concernent le droit de la famille.

lesquels les efforts d'unification ont été couronnés d'un certain succès, le droit des personnes, de la famille et des successions reste dans une très large mesure particulier à chaque Etat. Même au sein d'un groupe d'Etats relativement homogène, comme l'Europe, d'énormes différences subsistent²³⁷⁶. Cela s'explique sans doute par le fait que les racines de ces branches se nourrissent dans le plus profond terreau de la civilisation et de la culture dont elles émanent, qu'elles sont inscrites dans l'inconscient individuel et collectif. Chaque corps social a tendance à considérer que ces règles participent de valeurs fondamentales et inaliénables de son ordre juridique. Tel Etat, tenant de la laïcité de l'Etat et du mariage civil, prohibera le mariage religieux célébré avant l'union civile; tel autre, farouche défenseur des fondements religieux de la société, considérera que seul le second est constitutif. En ces matières, plus que nulle part ailleurs, l'ordre public est un véritable caméléon.

974. Face à des institutions inconnues, dont il s'agit de laisser se produire des effets dans l'Etat du for ou de la reconnaissance, la tolérance est certes de rigueur. Si une institution inconnue chez nous peut paraître à première vue choquante, elle s'explique toujours, remise dans son contexte, par des particularités sociales, historiques, religieuses ou culturelles de l'Etat d'origine. Ce qui semble choquant ici, parce que l'institution paraît archaïque et dépassée par l'évolution des valeurs ou, au contraire, parce qu'elle a été poussée par un vent précurseur qui ne s'est pas encore manifesté avec suffisamment de force dans notre pays, n'est pas forcément choquant dans une autre société dont les bases sont différentes. S'il faut faire preuve de tolérance à l'égard de cet élément perturbateur, de respect à l'endroit de ses fondements sociaux et culturels qui s'inscrivent dans un contexte particulier et s'abstenir d'en juger la valeur de façon abstraite, au nom d'une morale qui se voudrait absolue, le juge ou l'autorité de la reconnaissance n'en doivent pas moins examiner les effets que cette institution pourrait produire sur le territoire dont ils ont pour mission de sauvegarder l'ordre social; isolé de son contexte, coupé de ses racines, l'institution ou l'acte étranger pourrait déployer des effets intolérables dans une société dont les valeurs ne sont pas les mêmes. Pour prendre un exemple, l'on conçoit, en faisant abstraction de nos propres valeurs, que la polygamie tire une forme de légitimité d'éléments religieux et sociaux communs aux citoyens des sociétés dans lesquelles elle s'inscrit; tirée de son contexte, elle se heurte à d'autres valeurs communément admises ailleurs, d'origine religieuse également ou laïque, comme l'unicité du mariage et le respect de la dignité des personnes. Tout au long de cette étude, nous avons pu constater qu'une institution inconnue se heurte plus facilement à l'ordre public lorsqu'elle déploie des effets

²³⁷⁶ Il suffit de songer, pour s'en convaincre, à l'état des législations en matière de partenariat, de changement de sexe ou de maternité de substitution.

sur des personnes qui sont intégrées dans l'Etat du for ou de la reconnaissance et qui n'ont qu'un lien formel avec l'Etat d'origine; à l'inverse, l'ordre public sera moins concerné lorsque l'affaire internationale n'est rattachée que de façon très lâche avec notre pays et que les racines de la cause sont profondément enfouies dans le terreau d'une autre civilisation.

975. La réserve d'ordre public ne correspond pas, comme pouvait l'écrire BARTIN en 1932²³⁷⁷, « 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. » Il est déjà loin le temps où un éminent auteur comme LEREBOURS-PIGEONNIÈRE pouvait écrire, sans craindre l'opprobre général, que le cosmopolitisme auquel poussait l'intensité du commerce mondial risquait d'endormir la conscience française et de lui faire perdre le sens des impératifs de ce pays²³⁷⁸; la réserve n'est plus conçue comme une arme contre « la cause d'affaiblissement de la civilisation qui résulterait pour elle d'une pénétration des mœurs des orientaux établis en Europe ou de l'assimilation des Européens par les mœurs orientales »²³⁷⁹. La réserve n'est plus envisagée comme un moyen de « déclarer inapplicables en France toutes les institutions relevant d'une autre civilisation qui pourraient dénaturer la nôtre »²³⁸⁰. De nos jours, de telles affirmations, mélange détestable de colonialisme culturel et de crainte d'envahissement, ne peuvent qu'être réprouvées. La réserve d'ordre public n'est pas le rempart d'une civilisation supérieure qui devrait se protéger des assauts d'une indomptable barbarie ou de l'amollissement des mœurs par contamination; elle n'a pas pour but d'imposer au reste du monde un code moral universel. Elle est un moyen de protéger le noyau dur des valeurs éthiques fondamentales que notre société s'est données contre les effets perturbateurs que pourraient déployer, dans cette seule société, les lois étrangères et les actes nés à l'étranger.

976. L'attitude de relativisme extrême que l'on trouve exprimée dans de nombreux écrits juridiques des années septante est le reflet de l'ère du doute traversée par les anciennes puissances coloniales, vécue peut-être comme une forme d'expiation collective des injustices commises lors de la longue période qui l'avait précédée; cette conception nous paraît presque aussi excessive et pernicieuse que le manque de tolérance qui caractérisait les décennies précédentes. Si tant est qu'il faille admettre que la conception occidentale des droits de l'homme et des valeurs fondamentales s'inscrit dans un contexte social

²³⁷⁷ Etienne BARTIN, Adoption et transmission héréditaire, JDI 1932, p. 5-25 (18).

²³⁷⁸ Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Droit international privé, 7^e éd., Paris 1959, N° 379, p. 455-456.

²³⁷⁹ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, N° 379, p. 454.

²³⁸⁰ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, *loc. cit.*

et historique déterminé, et n'est pas forcément exportable telle quelle, ces valeurs fondamentales n'en doivent pas pour autant être laissées pour compte, lorsqu'elles devraient s'opposer aux effets que produisent chez nous des institutions qui les heurtent. A vouloir nier le conflit de valeurs, notre société risquerait de perdre les siennes. Le risque d'une approche politisée du débat représente un autre écueil périlleux qui peut nuire aux intéressés. La réserve d'ordre public n'a pas pour fonction de défendre l'étendard des valeurs laïques du for contre la montée du fanatisme dans le monde. Elle n'est pas un instrument de politique étrangère permettant à un Etat de manifester publiquement sa réprobation d'une institution qui lui est étrangère, mais un outil de sauvegarde des valeurs du for à disposition de tous ceux qui sont chargés de résoudre un conflit de lois ou de juridictions qui concerne un ou des particuliers.

977. Le trouble à l'ordre social que suppose l'intervention de la réserve n'est pas une abstraction. Pour qu'il y ait atteinte à un principe fondamental, il faut que la grande majorité de la population du for soit déroutée, heurtée, choquée et qu'elle n'accepte pas la solution à laquelle conduit l'application des règles de conflit du for, parce que celle-ci heurte son sentiment de la justice. En matière de reconnaissance, il est essentiel de tenir compte de l'éventuelle injustice qu'un refus impliquerait pour les intéressés. Lorsque l'autorité est saisie d'une requête de reconnaissance, elle doit rendre une décision équitable, qui réponde dans toute la mesure du possible aux attentes que les parties ont pu, de façon légitime, fonder sur un acte valablement créé et pourvu d'efficacité à l'étranger, tout en sauvegardant l'essentiel des valeurs du for. L'ordre public ne doit pas intervenir s'il est davantage heurté par l'injustice qu'entraînerait la négation des attentes des parties - par exemple quant aux régimes matrimoniaux, aux prétentions successorales ou à l'entretien - que par les effets que produirait la reconnaissance. Dans le domaine de l'état des personnes, la création de situations boiteuses qu'implique un refus de reconnaissance peut se révéler profondément injuste et inextricable pour les intéressés; un refus peut entraîner de lourdes conséquences sur le plan psychologique et affectif, lorsque le statut en cause touche à la personnalité et à l'identité des intéressés, comme le nom ou les liens de la filiation. Dans certains cas, les liens que les intéressés entretiennent avec notre pays ou, même en l'absence de tels liens, l'atteinte au noyau dur entraînent un refus de reconnaissance.

978. Tant que les valeurs fondamentales divergeront entre les systèmes considérés, tant que le droit civil ne sera pas unifié, les auteurs se disputeront à l'envi sur l'intervention de la réserve d'ordre public, qui aura toujours vocation à intervenir dans les systèmes admettant que la loi étrangère peut s'appliquer et reconnaissant quelque effet à des actes et jugements étrangers. Les cas

d'intervention subiront une continuelle évolution, parallèle à celle des valeurs sociales. Les juristes doivent s'efforcer de réaliser une forme d'équilibre, empreinte d'une tolérance libérée de tout excès, d'une appréhension sans préjugé de l'institution étrangère et du respect de la défense des valeurs du for. Il s'agit d'un idéal, dont la réalisation sera toujours sujette à discussion. Il est nécessaire de s'y astreindre, en prenant l'équité pour critère ultime, de façon à respecter les attentes des intéressés à la relation juridique internationale.

Table des principaux arrêts et décisions cités

Les chiffres qui suivent les deux points renvoient aux paragraphes de notre travail, même si l'arrêt ne figure que dans les notes du passage concerné.

A. Suisse

a) Tribunal fédéral

aa) Arrêts publiés au Recueil officiel

4, 548, *Frau Graf*: 557

5, 262, *Graberg*: 119

8, 822, *Sandvoss*: 119

39 II 640, *Compagnie fermière de la Grande Chartreuse et Pascalis*: 112

41 II 423, *Drysch*: 856

45 II 503, *Zwingscher*: 856

46 I 458, *Dame Mercier*: 149

51 I 101, *Archiv Deutscher Berufsvormünder*: 856

53 II 89, *Pomarolli*: 140

58 I 181, *Dame Lanvin*: 160, 161, 165

62 I 143, *Roth & Cie*: 163

64 II 88, *Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft et Siemens & Halske*: 10, 13, 330, 362, 369, 407

67 II 215, *Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd*: 362

68 II 203, *Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk AG*: 179

68 II 377, *Böhmische Unionbank*: 362

69 II 342, *Santi*: 856

71 I 366, *Zander*: 505

71 IV 46, *Zemp et Saxer*: 255

71 IV 52, *Christen et Würsch*: 255

72 II 405, *Compagnie Commerciale Tangeroise*: 408

74 II 54, *Weber*: 667

75 II 177, *Cocovilla*: 862, 868

76 I 121, *Biedermann*: 13

76 I 150, *Vernet et consorts*: 89

76 IV 109, *Angel*: 568

78 II 190, *Müller*: 65

78 II 243, *Loudon*: 316, 362, 370

79 II 193, *Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt*: 112

80 II 53, *Ammon*: 104, 215

81 I 139, *D.*: 13, 165, 316

81 II 391, *Guaranty AG*: 180

82 I 32, *Scheller*: 496

82 II 36, *Rossier et consorts*: 664

- 82 II 550, *Bonvin*: 200
 84 I 39, *Baumgartner & Co AG*: 13
 84 I 119, *Kreissparkasse Waiblingen*: 10, 13, 133, 140, 316
 85 I 39, *Hoepffner*: 13, 151, 158, 165, 171
 85 II 153, *B*: 553, 847
 86 I 1, *X*: 160
 86 II 323, *S*: 736
 86 IV 212, *X*: 561
 87 I 73, *Hagen*: 164, 171
 87 I 191, *X*: 140, 316
 88 I 48, *F*: 225, 777
 88 II 1, *Dame Galtier*: 139, 140, 259
 88 II 477, *A. et G.*: 832

 90 I 112, *Mekki*: 13, 316
 91 I 364, *Spross*: 229
 92 II 128, *X*: 518
 92 II 217, *Ackermann*: 647, 668
 93 I 49, *Egetran SA*: 13, 133, 158, 316
 93 II 379, *Rothenberger*: 13, 140
 94 I 235, *Boujon*: 736, 749
 94 I 305, *X*: 65
 94 I 358, *Louis Ditzler AG*: 72, 171, 437
 94 II 297, *Koerfer*: 362
 95 II 109, *Schweizerische Bankgesellschaft*: 104, 108, 112, 407
 96 I 387, *Nawak*: 316, 736
 96 I 396, *H*: 13, 164, 316
 96 II 4, *Pattavina*: 856
 97 I 151, *Müller*: 13, 158, 164, 316
 97 I 250, *F*: 316
 96 I 387, *Dame Siccardi*: 736
 97 I 389, *Dal Bosco et Walther*: 362, 552, 568
 98 IV 199, *X*: 561
 99 Ib 240, *Brulhart*: 228

 101 Ia 154, *Verband der Schlittschuh- und Rollschuh-Sporte Jugoslawiens*: 70
 101 Ia 521, *Provenda SA*: 148, 158, 241
 102 Ia 308, *Pfister-Grüebler*: 70, 158, 159, 163, 164
 102 Ia 406, *Lacso Holding SA*: 89
 102 Ia 574, *Société des grands travaux de Marseille*: 133, 139, 140, 249, 292, 339
 102 Ib 1, *dame P.*: 568
 102 Ib 245, *von Andrian-Werburg*: 501
 102 II 136, *Hirsch*: 409, 953
 103 Ia 199, *Bertl*: 70, 133, 163, 167, 316
 103 Ia 531, *United Financial Group Inc.*: 13, 139, 140, 148, 158, 316
 103 Ib 69, *Sprecher*: 140, 215, 223, 224, 226, 316, 736, 779
 104 Ia 305, *Escher*: 65
 104 Ia 367, *Banque Centrale de la République de Turquie*: 328
 105 Ia 307, *Lawrence Jusko*: 159, 164

- 105 Ib 45, *Grabowsky*: 70, 151
 105 III 107, *Boucheron SA*: 89
 105 IV 326, *Ministère public du canton de Neuchâtel*: 651, 676
 106 Ia 142, *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya*: 328
 106 II 103, *Temelkova*: 503, 504
 106 II 180, *D. et O.*: 573, 753
 106 II 236, *S. et consorts*: 872
 107 Ia 198, *Kano Trading Ltd*: 13, 151, 165
 107 II 403, *X.*: 863
 107 II 489, *Barmer Ersatzkasse*: 104
 108 II 122, *Srouji*: 89
 108 II 398, *Fondation X.*: 951
 109 Ib 232, *Dame B.*: 13, 133, 224, 316, 736, 749
 109 II 65, *Freistaat Bayern*: 104
 109 II 95, *Epoux L.*: 494
 109 II 273, *F. S.*: 560

 110 Ia 43, *Banco de la Nación, Lima*: 328
 110 II 5, *H.*: 228, 669, 688, 753, 780
 110 II 255, *S.*: 328
 110 II 324, *Margit Széchényi*: 502
 111 Ia 12, *Beyeler Machines SA*: 13, 133, 146, 151, 164
 111 Ia 52, *Staat Italien*: 104, 328
 111 II 175, *Nietzke*: 140
 112 Ia 148, *Königreich Spanien*: 328
 113 Ia 107, *D. et W.*: 353
 113 II 1, *K. et M.*: 551
 113 II 106, *Y.*: 229, 911, 912
 114 II 1, *F.*: 229, 590
 114 II 144, *André M. et consorts*: 664, 695
 114 V 153, *SUPRA Caisse-maladie et accidents*: 518
 115 II 193, *Burghartz Schnyder et Schnyder*: 512
 115 II 390, *K. SA*: 242
 116 II 202, *Koch et Grayo*: 488
 116 II 376, *T. AG*: 238, 268, 321
 116 II 504, *Dame Biner*: 490, 494, 505, 508
 116 II 625, *Société R.*: 146, 147, 149, 152, 155, 158, 163, 164, 224, 238, 239, 249, 268, 318
 116 II 634, *E. AG*: 13
 117 Ib 347, *L.*: 149, 160, 161, 171
 117 II 11, *S.*: 228, 229
 117 II 340, *E. et A. F.-M.*: 247, 911, 912, 916
 117 II 346, *U.*: 241
 117 II 490, *R.*: 140
 117 II 494, *C. Inc.*: 13, 83, 89, 116, 117, 140, 249
 117 II 604, *V. SA*: 292
 118 Ia 118, *M.*: 233, 238, 239
 118 Ia 137, *B.*: 38
 118 II 79, *W.*: 76, 83, 236, 426, 735, 742
 118 II 108, *M. et P. P.*: 948

- 118 II 188, *Société A.*: 152, 268
 118 II 243, *époux Fry-Schmucki*: 505, 508
 118 II 348, *Banco nacional de Cuba*: 106, 187
 118 II 468, *V.*: 140, 179, 181, 842, 843, 856
 119 Ia 59, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute*: 65
 119 Ia 178, *A. et M.*: 272
 119 II 264, *X.*: 13, 320, 344, 518, 519, 526, 536, 543, 715, 716, 717

 120 Ib 287, *Chemins de fer fédéraux suisses*: 247
 120 II 83, *G.*: 98, 131, 152, 155, 159
 120 II 87, *époux X.*: 224, 247, 319, 514, 542, 578, 910, 912, 913, 916, 917, 918, 921
 120 II 155, *Emirats Arabes Unis et consorts*: 10, 118, 223, 290, 292
 120 II 400, *M.*: 328
 120 II 408, *R.*: 328
 120 V 463, *Caisse-maladie Helvetia*: 518
 121 III 246, *Dame P. B.*: 83
 122 III 344, *Benjamin T.*: 149, 163, 515, 792, 793
 122 III 439, *M. R.*: 146, 149, 159
 123 I 296, *X.*: 272
 123 II 419, *S.P. et K.G.*: 71
 123 III 494, *dame E.*: 328
 124 I 149, *S.*: 218, 271
 124 III 382, *Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA*: 328

bb) Autres arrêts du Tribunal fédéral

- 3 octobre 1952, ASDI 1955, p. 239: 856
 29 janvier 1971 (Str. 420/70), non publié: 778
 1^{er} septembre 1975, REC 1977, p. 125: 494
 8 novembre 1976, SJ 1977, p. 599, *Dame C.*: 736
 29 avril 1982, REC 1983, p. 143: 917, 921
 27 août 1991, REC 1991, p. 407: 247
 6 novembre 1991, REC 1992, p. 178: 670
 3 décembre 1991: 108
 24 novembre 1992, ZR 1994, N° 10, p. 58-59: 152, 164, 747
 20 janvier 1993, RDT 1993, p. 147: 913
 17 août 1994, *Türkiye Elektrik Kurumu*, Bull. ASA 1995, p. 198: 292
 14 décembre 1994 (SP.374/1994), non publié: 149
 30 décembre 1994, Bull. ASA 1995, p. 217: 241, 292
 9 janvier 1995, *Inter Maritime Management SA*, RSDIE 1996, p. 554: 288, 289
 1991, SJ 1995, p. 318: 140
 10 janvier 1996 (SC.184/1995/bnm), non publié: 566, 576
 18 janvier 1996, SJ 1996, p. 512: 843, 848
 14 février 1996, REC 1997, p. 89: 508
 19 avril 1996, REC 1997, p. 145: 576, 585
 6 septembre 1996, *X.*, Bull. ASA 1997, p. 291, RSDIE 1998, p. 553: 292
 28 janvier 1997, *Thomson C.S.F.*, Bull. ASA 1998, p. 118, RSDIE 1998, p. 568: 292
 24 mars 1997, *T. AG*, Bull. ASA 1997, p. 316, RSDIE 1998, p. 574: 292
 10 avril 1997 (SC.239/1996), non publié: 675, 799
 10 juillet 1997 (SA.6/1997/min), non publié: 150, 223, 747

7 mai 1998 (SA.3/1998/zus), non publié: 749

b) Autorités cantonales

Argovie (AG)

Handelsgericht AG, 30 janvier 1956, RSJ 1956, p. 319: 112

Département des Innern AG, 31 mai 1969, AGVE 1969, p. 242, No 3: 784

Département des Innern AG, 4 mai 1971, RSJ 1973, p. 25, AGVE 1971, p. 514: 154, 370, 371, 671, 786

Regierungsrat AG, 6 juillet 1994, REC 1994, p. 273: 494

Département des Innern AG, 17 septembre 1996, non publié: 877

Bezirksgericht Kulm/AG, 1^{er} novembre 1996, non publié: 146, 149, 159, 747

Berne (BE)

Appellationshof BE, 10 mars 1965, RSJB 1967, p. 238: 201

Président du Tribunal de Laupen/BE, 17 février 1971, REC 1971, p. 129: 518

Appellationshof BE, 4 décembre 1995, non publié: 165, 241

Richteramt Aarberg/BE, 20 septembre 1996, non publié: 800

Appellationshof BE, 20 décembre 1996, non publié: 146, 150, 166, 800

Amtsgericht Nidau/BE, 25 janvier 1996, non publié: 159, 747, 749

Gerichtspräsident des Gerichtskreises VII Konolfingen/BE, 15 octobre 1997, non publié: 742

Direction de la police et des affaires militaires BE, 15 janvier 1998, non publié: 519

Service de l'état civil et de l'indigénat BE, 16 avril 1998, non publié: 724

Bâle-Ville/Bâle-Campagne (BS/BL)

Appellationsgericht BS, 8 février 1935, RSJ 1935/36, p. 9: 560

Justiz-Département BS, 20 octobre 1959, Zbl 1960, p. 28: 584

Zivilgericht BS, 27 juin 1961, Zbl 1961, p. 418: 518, 519

Zivilgericht BS, 15 mai 1964, BJM 1965, p. 297: 753

Obergericht BL, 11 mars 1975, BJM 1975, p. 240, ASDI 1976 213: 736

Zivilgericht BS, 8 mai 1979, REC 1979, p. 281: 518

Zivilgericht BS, 17 juillet 1981, REC 1985, p. 374: 518, 526, 528

Zivilgericht BS, 18 juillet 1986, REC 1987, p. 80: 921

Zivilgericht BS, 1^{er} février 1989, *S. F. Inc.*, BJM 1991, p. 31: 68, 156, 321, 362, 370, 371, 438

Appellationsgericht BS, 27 mars 1992, BJM 1993, p. 17: 104, 112

Justiz-, Polizei und Militärdirektion BL, 7 juillet 1993, non publié: 905

Appellationsgericht BS, 18 août 1995, BJM 1997, p. 17: 104, 108, 179

Obergericht BL, 7 octobre 1995, BJM 1997, p. 76: 362

Obergericht BL, 17 octobre 1995, Amtsbericht des Obergerichts BL 1995, p. 49: 749

Regierungsrat BL, 9 janvier 1996, REC 1997, p. 175: 905

Verwaltungsgericht BL, 14 octobre 1996, non publié: 905

Bezirksgericht Liestal/BL, 29 janvier 1997, non publié: 165, 747

Obergericht BL, 20 mai 1997, BJM 1998 p. 206: 740

Zivilstandsamt BS, 16 mars 1998, non publié: 582

Genève (GE)

Cour de justice GE, 14 novembre 1991, *A. Z.*, SJ 1992, p. 219: 156, 166, 300, 362, 369, 370, 380, 796

Tribunal de première instance GE, 27 septembre 1996, non publié: 749

Grisons (GR)

Kantonsgericht GR, 16 août 1993, PKG 1993, N° 18, p. 68: 163

Lucerne (LU)

Gemeindeparlament LU, 31 octobre 1963, REC 1964, p. 53: 785

Obergericht, 11 février 1992, RSJ 1992, p. 340, RSJ 1993, p. 401: 152, 156, 159, 215, 371

Obergericht LU, 16 janvier 1995, RSJ 1997, p. 285: 740

Neuchâtel (NE)

TC NE, 2 juillet 1945, RJTC VIII, p. 536: 578

Cour de cassation pénale NE, 6 juin 1979, RJN 7 II, p. 158: 651, 676

TC NE, 15 décembre 1980, RJN 1980-1981, p. 38: 518

Tribunal civil du district du Val-de-Travers/NE, 3 juillet 1981, non publié: 411

Autorité tutélaire du district du Val-de-Travers/NE, 8 juillet 1985, non publié: 362, 371

Tribunal civil du district de Neuchâtel/NE, 3 octobre 1989, non publié: 154, 156, 166, 362, 371, 795

Cour civile TC NE, 10 décembre 1990, RJN 1991, p. 58: 83

Cour de cassation civile NE, 8 janvier 1997, non publié: 140, 249, 396

Tribunal civil du district de Neuchâtel/NE, 19 janvier 1992, non publié: 153, 747

Obwald (OW)

Obergerichtskommission OW, 18 décembre 1995, Amtsbericht für die Rechtspflege des Kantons OW 1994/95, N° 2, p. 55: 152, 362

Zivilstandsamt Sarnen/OW, 17 janvier 1997, non publié: 159, 747

Kantonsgerichtspräsident OW, 22 avril 1997, non publié: 747

Saint-Gall (SG)

Bezirksgericht Sargans/SG, 1^{er} octobre 1982, Bull. ASA 1987, p. 263: 321

Gerichtspräsidium See/SG, 6 février 1995, non publié: 165

Bezirksgericht SG, 17 février 1995, non publié: 797

Kantonsgericht SG, 14 septembre 1995, SG GVP 1995, N° 44, p. 117: 154, 156, 776, 797

Bezirksgericht SG, 26 novembre 1996, RSJ 1997, p. 442, REC 1997, p. 161: 519, 536, 713, 733

Gerichtspräsidium See/SG, 20 janvier 1997, non publié: 165

Kantonsgericht SG, 2 juillet 1997, non publié: 229, 559

Bezirksgericht Gaster/SG, 17 décembre 1997, non publié: 152, 749

Schaffhouse (SH)

Amt für Justiz SH, 29 janvier 1996, non publié: 803

Soleure (SO)

Obergericht SO, 7 octobre 1974, ASDI 1976 p. 266: 856

Bau-Departement SO, 24 avril 1998, REC 1998 p. 190: 231, 370, 371, 586

Thurgovie (TG)

Conseil d'Etat TG, 17 février 1959, ASDI 1959, p. 319: 742

Departement für Justiz und Sicherheit TG, 4 août 1995, non publié: 585

Verwaltungsgericht TG, 8 décembre 1995, REC 1997, p. 145: 576, 585

Tessin (TI)

Tribunale di appello TI, I. Camera civile, 29 août 1975, Rep. 1976, p. 184: 259, 849
 Département des Institutions TI, 27 novembre 1992, REC 1994, p. 20: 672

Vaud (VD)

Chambre des recours VD, 16 avril 1958, JT 1960 III 28: 518
 Tribunal du district de Lausanne/VD, 2 décembre 1966, non publié: 783
 Tribunal du district de Lausanne/VD, 16 juin 1967, non publié: 782
 Tribunal du district de Lausanne/VD, 18 juin 1971, non publié: 784
 Chambre des recours VD, 29 janvier 1969, JT 1972 III 50: 201
 Président du Tribunal de Vevey/VD, 9 mai 1974, REC 1974, p. 307: 518
 Tribunal civil du district d'Orbe/VO, 9 novembre 1982, non publié: 852
 Tribunal civil du district de Vevey/VD, 21 août 1995, non publié: 159, 747
 Tribunal civil du district de Vevey/VD, 9 juin 1995, non publié: 166, 362, 674, 798
 Tribunal du district de Cossonay/VD, 28 août 1996, non publié: 747
 Chambre des recours VD, 21 octobre 1996, JT 1997 III 87: 152, 362, 371, 675, 799
 Président du Tribunal du VII^e ressort judiciaire (districts d'Yverdon et de Grandson)/VD, 13 août 1998, non publié: 801

Valais (VS)

TC VS, 22 avril 1980, RVJ 1980, p. 333: 753

Zoug (ZG)

Oirektion des Innern ZG, 23 juin 1989, GVP-ZG 1989/90, p. 202: 550
 Direktion des Innern ZG, 28 juin 1993, RSDIE 1996, p. 210: 505
 Direktion des Innern ZG, 21 novembre 1996, non publié: 233, 748, 749
 Kantonsgericht ZG, 9 avril 1997, non publié: 159, 161
 Verwaltungsgericht ZG, 4 décembre 1997, non publié: 749

Zurich (ZH)

Obergericht ZH, 17 avril 1918, ZR 1919, N° 35: 753
 Obergericht ZH, 25 juin 1941, ZR 1944, No 166 p. 246: 740
 Obergericht ZH, 27 mai 1952, ZR 1956, No 60 p. 123: 112
 Regierungsrat ZH, 16 octobre 1952, RSJ 1952, p. 376: 568, 742
 Obergericht ZH, 15 octobre 1956, ZR 1965, N° 60: 518
 Bezirksgericht ZH, 26 novembre 1963, RSJ 1964, p. 289: 781
 Obergericht ZH, 22 mars 1968, ZR 1968, N° 20 p. 73: 866
 Obergericht ZH, 16 février 1969, RSJ 1969, p. 112: 753
 Obergericht ZH, 8 juillet 1975, RSJ 1976, p. 227: 753, 776
 Obergericht ZH, 24 novembre 1981, RSJ 1982, p. 273: 713
 Obergericht ZH, 7 mai 1985, RSJ 1987, p. 83: 411, 850
 Verwaltungskommission Obergericht ZH, ZR 1989, N° 37 p. 126: 165
 Obergericht ZH, 10 mai 1990, non publié: 144
 Handelsgericht ZH, 19 septembre 1991, ZR 1991, p. 66: 106
 Obergericht ZH, 7 juillet 1992, ZR 1994, N° 10, p. 54: 164, 747
 Obergericht ZH, 20 novembre 1992, non publié: 747
 Bezirksgericht Affoltern a. A./ZH, 26 mai 1994, RSJ 1997, p. 223: 289
 Direktion des Innern ZH, 8 septembre 1995, REC 1997, p. 89: 508
 Direktion des Innern ZH, 3 janvier 1996, non publié: 579

Bezirksgericht Zürich/ZH, 19 août 1996, non publié: 843
 Direktion des Innern, 4 février 1997, non publié: 747
 Direktion des Innern, 21 février 1997, non publié: 876, 920
 Verwaltungsgericht ZH, 26 août 1998, REC 1999, p. 41: 245

c) Pratique de l'administration fédérale

Département fédéral de justice, 30 juin 1928, RSJ 1928/29, p. 183, N° 121: 568
 Division des affaires étrangères, 4 mai 1933, JAAC 1933, N° 2, p. 7: 571
 Division de la justice, 9 août 1958, JAAC 1958, No 42, p. 121: 753, 755
 Département politique, 26 mai 1961, JAAC 1961, N° 43, p. 76: 571
 Division de la justice, 6 janvier 1967, JAAC 1966/1967, No 45, p. 82: 753
 Division de la justice, 10 mars 1972, JAAC 1973, N° 35: 552
 Division de la justice, 7 février 1973, JAAC 1973, N° 36, p. 28: 571
 Division de la justice, 27 août 1973, JAAC 1973, N° 54, p. 58: 906
 Division de la justice, 5 septembre 1973, JAAC 1974, N° 9, p. 21: 926
 Division de la justice, 4 octobre 1973, JAAC 1974, N° 35: 776
 Division de la justice, 10 décembre 1973, JAAC 1974, N° 8, p. 18: 906
 Division de la justice, 16 mai 1974, JAAC 1975, N° 56, p. 37: 906
 Division de la justice, 20 mai 1974, JAAC 1975, N° 54, p. 34: 259, 849
 Division de la justice, 6 mai 1977, JAAC 1978, No 46, p. 209-213: 646, 651, 676
 Office fédéral de la justice, 17 juillet 1980, JAAC 1981, No 31, p. 171: 949
 Office fédéral de la justice, 20 février 1981, JAAC 1981, N° 11, p. 45: 906
 Office fédéral de la justice, 9 novembre 1981, JAAC 1981, No 72, p. 408-418: 677
 Office fédéral de la justice, 7 décembre 1981, JAAC 1982, No 23, p. 168-169: 785
 Office fédéral de la justice, 30 juin 1982, JAAC 1982, N° 45, p. 259: 872
 Service fédéral de l'état civil, 23 décembre 1982, REC 1983, p. 106: 579
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 15 juin 1984: 753
 Office fédéral de la justice, 12 janvier 1988, REC 1988, p. 276: 844, 872
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 25 février 1988: 906
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 7 février 1990: 796
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 27 février 1992: 678
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 10 juin 1993: 233, 748
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 1^{er} septembre 1994: 232
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 24 février 1995: 576
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 26 août 1995: 680
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 1^{er} décembre 1995: 802
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 5 juin 1996: 858
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 22 juillet 1996: 514
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 9 octobre 1996: 681
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 15 octobre 1996: 582
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 6 janvier 1997: 681
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 20 janvier 1997: 584
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 10 février 1997: 519, 544
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 24 février 1997: 519, 544
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 18 mars 1997: 679
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 18 avril 1997: 591
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 30 septembre 1997: 919, 927
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 26 novembre 1997: 561, 576, 582
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 13 mars 1998: 923

Office fédéral de la justice, avis non publié, 9 avril 1998: 576, 582
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 12 mai 1998: 591
 Office fédéral de la justice, avis non publié, 9 novembre 1998: 803
 Office fédéral de l'état civil, avis non publié, 16 novembre 1998: 803

d) Institut suisse de droit comparé

Avis du 13 novembre 1986: 736
 Avis du 4 décembre 1989: 796, 682
 Avis du 7 janvier 1991, Avis ISDC, N° 4/97, p. 39-42: 911
 Avis du 15 avril 1991, Avis ISDC, N° 5/98, p. 32: 948
 Avis du 18 septembre 1992, Avis ISDC, N° 3/97, p. 20: 844
 Avis du 16 février 1993, Avis ISDC, N° 3/97, p. 44-45: 854
 Avis du 31 mai 1995: 753
 Avis du 27 octobre 1995, Avis ISDC, N° 5/98, p. 28: 958
 Avis du 3 septembre 1996: 800
 Avis du 22 janvier 1997, Avis ISDC, N° 5/98, p. 25: 958
 Avis du 15 mai 1997, Avis ISDC, N° 5/98, p. 23: 958
 Avis du 18 février 1998, Avis ISDC, N° 5/98, p. 6: 941

B. Allemagne

a) Bundesverfassungsgericht

13 novembre 1959, NJW 1960, p. 452: 501
 4 mai 1971, BVerfGE 31, p. 58: 55, 347, 349, 568
 31 mai 1978, FamRZ 1978, p. 667: 492
 11 octobre 1978, FamRZ 1979, p. 25: 520
 16 mars 1982, BVerfGE 60, p. 123: 520
 20 novembre 1982, BVerfGE 62, p. 323: 554
 22 février 1983, BVerfGE 63, p. 181: 347
 23 avril 1991, NJW 1991, p. 1600: 350
 17 novembre 1992, BVerfGE 87, p. 234: 730
 26 janvier 1993, BVerfGE 88, p. 87: 520
 4 octobre 1993, NJW 1993, p. 3058: 730

b) Reichsgericht

23 octobre 1911, JW 1912, p. 22: 942
 19 décembre 1922, RGZ-106, p. 82: 396
 25 juin 1926, RGZ 114, p. 171: 258
 28 février 1938, JW 1938, p. 1518: 773

c) Bundesgerichtshof

21 novembre 1958, BGHZ 28, p. 375: 355
 12 novembre 1959, BGHZ 31, p. 168: 355
 3 octobre 1962, NJW 1963, p. 46: 942
 8 mars 1963, BGHZ 39, p. 220: 355
 29 avril 1964, BGHZ 42, p. 7: 348
 18 octobre 1965, BGHZ 44, p. 183: 398
 18 octobre 1967, BGHZ 48, p. 327: 137, 140
 17 septembre 1968, BGHZ 50, p. 370: 13, 838

- 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 123: 13, 348
 18 juin 1970, BGHZ 54, p. 132: 13, 56, 348
 14 janvier 1971, BGHZ 55, p. 188: 838
 20 décembre 1971, BGHZ 58, p. 1: 258
 20 décembre 1972, BGHZ 60, p. 68: 348, 355, 360
 28 février 1973, BGHZ 60, p. 247: 355
 30 octobre 1974, BGHZ 63, p. 219: 355
 5 février 1975, NJW 1975, p. 1072: 838
 7 décembre 1977, NJW 1978, p. 1107: 394
 26 octobre 1977, BGHZ 69, p. 387: 838
 7 mars 1979 FamRZ 1979, p. 495: 837
 26 septembre 1979, JZ 1979, p. 815: 346
 20 juin 1979, BGHZ 75, p. 32: 13, 836
 14 octobre 1981, BGHZ 82, p. 34: 771, 773
 9 avril 1986, IPRax 1987, p. 247: 837
 15 mai 1986, BGHZ 98, p. 70: 137
 28 avril 1988, BGHZ 104, p. 240: 13
 4 octobre 1989, BGHZ 109, p. 1: 507
 21 février 1990, BGHZ 110, p. 267: 773
 26 février 1991, IPRax 1992, p. 380: 258
 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312: 13, 137, 140, 321, 355
 14 octobre 1992, BGHZ 120, p. 29: 350, 355, 398
 21 avril 1993, IPRax 1994, p. 375: 942
 16 septembre 1993, BGHZ 123, p. 263: 13
 2 février 1994, IPRax 1995, p. 111: 773
 21 septembre 1995, NJW 1996, p. 54: 138

d) Kammergericht

- Kammergericht, 8 juillet 1921, JW 1922, p. 400: 942
 Kammergericht, 2 juillet 1925, JW 1925, p. 2142: 942
 Kammergericht, 9 décembre 1957, JZ 1958, p. 366: 838
 Kammergericht, 13 avril 1965, IPRspr. 1964-1965, N° 117: 836
 Kammergericht, 15 août 1968, FamRZ 1969, p. 31: 772
 Kammergericht, 10 novembre 1969, FamRZ 1970, p. 322: 399
 Kammergericht, 30 septembre 1974, FamRZ 1975, p. 54: 837
 Kammergericht, 17 mars 1987, IPRax 1988, p. 237: 838

e) Oberlandesgerichte

- OLG Baden-Württemberg, 23 mai 1986, IPRax 1988, p. 170: 772
 BayObLG, 18 décembre 1968, FamRZ 1969, p. 225: 900
 BayObLG, 22 juin 1976, IPRspr. 1976, N° 115: 942
 BayObLG, 10 avril 1981, IPRax 1981, p. 183: 942
 BayObLG, 30 novembre 1981, IPRax 1982, p. 104: 772, 773, 774
 BayObLG, 30 août 1984, FamRZ 1985, p. 75: 772
 BayObLG, 29 août 1985, IPRax 1986, p. 180: 772
 BayObLG, 12 mars 1993, NJW 1993, p. 1996, RSJ 1993, p. 332: 730
 BayObLG, 13 janvier 1994, IPRax 1995, p. 325: 773
 OLG Bremen, 5 décembre 1996, IPRax 1998, p. 366: 749
 OLG Celle, 16 novembre 1971, NJW 1972, p. 397: 837

- OLG Celle, 28 juillet 1971, NJW 1971, p. 2132: 838
 OLG Celle, 25 septembre 1973, FamRZ 1974, p. 314: 610
 OLG Celle, 23 juillet 1974, FamRZ 1975, p. 177: 836
 OLG Dresden, 25 octobre 1932, IPRspr. 1933, N° 57: 942
 OLG Düsseldorf, 24 novembre 1972, FamRZ 1973, p. 311: 836
 OLG Düsseldorf, 17 mai 1974, FamRZ 1974, p. 528: 772
 OLG Düsseldorf, 23 janvier 1976, IPRspr. 1976, N° 99: 838
 OLG Düsseldorf, 24 janvier 1986, IPRax 1986, p. 305: 771, 772
 OLG Düsseldorf, 9 novembre 1994, FamRZ 1995, p. 885: 398
 OLG Düsseldorf, 24 novembre 1995, IPRax 1997, p. 427: 899
 OLG Frankfurt, 3 décembre 1925, JW 1926, p. 2858: 836
 OLG Frankfurt, 3 mai 1954, NJW 1954, p. 1527: 836
 OLG Frankfurt, 16 mai 1989, NJW 1990, p. 646: 773
 OLG Frankfurt, 6 octobre 1983, IPRax 1984, p. 330: 897
 OLG Frankfurt, 12 juillet 1984, IPRax 1985, p. 48: 773, 774
 OLG Frankfurt, 6 décembre 1984, IPRax 1985, p. 231: 838
 OLG Hambourg, 8 mai 1951, JDI 1954, p. 972: 355
 OLG Hamm, 21 juillet 1954, NJW 1954, p. 1731: 942
 OLG Hamm, 30 juin 1964, FamRZ 1965, p. 90: 836
 OLG Hamm, 3 décembre 1973, IPRspr. 1973, N° 39: 520
 OLG Hamm, 4 novembre 1975, FamRZ 1976, p. 29: 610
 OLG Hamm, 15 février 1983, StAZ 1983, p. 167: 528
 OLG Hamm, 12 septembre 1986, StAZ 1986, p. 352: 612
 OLG Hamm, 8 février 1990, IPRax 1991, p. 191: 394
 OLG Hamm, 29 avril 1992, IPRax 1994, p. 49: 393, 942
 OLG Hamm, 18 août 1994, IPRax 1995, p. 175: 398, 433
 OLG Karlsruhe, 11 juin 1956, IPRspr. 1956/57, N° 13a: 501
 OLG Karlsruhe, 31 décembre 1964, FamRZ 1965, p. 624: 838
 OLG Karlsruhe, 2 mars 1970, FamRZ 1970, p. 251: 180, 394
 OLG Karlsruhe, 19 septembre 1972, FamRZ 1972, p. 651: 837
 OLG Karlsruhe, 25 novembre 1996, IPRax 1999, p. 49: 897
 OLG Köln, 26 juin 1975, FamRZ 1976, p. 170: 942
 OLG Köln, 8 novembre 1976, IPRspr. 1976, N° 108: 838
 OLG Köln, 28 février 1980, FamRZ 1980, p. 886: 399
 OLG Köln, 15 mars 1993, NJW 1993, p. 1997: 730
 OLG Köln, 10 mai 1993, IPRax 1994, p. 371: 554
 OLG Köln, 16 septembre 1996, IPRax 1998, p. 116: 145
 OLG München, 21 novembre 1949, StAZ 1950, p. 130: 771
 OLG München, 19 septembre 1988, IPRax 1989, p. 238: 774, 775
 OLG Oldenburg, 23 décembre 1974, IPRspr. 1974, N° 126: 838
 OLG Oldenburg, 16 septembre 1980, IPRax 1981, p. 136: 394
 OLG Stuttgart, 25 juillet 1980, IPRspr. 1980, N° 120: 899
 OLG Stuttgart, 11 avril 1987, IPRax 1988, p. 172: 771, 772
 OLG Zweibrücken, 9 mars 1982, IPRax 1983, p. 43: 838
 OLG Zweibrücken, 8 janvier 1985, StAZ 1985, p. 132: 900

f) Autres tribunaux

- Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 20 mai 1992, IPRax 1994, p. 136: 501
 AmtG Berlin-Schöneberg, 9 août 1974, StAZ 1975, p. 222: 838

AmtG Berlin-Schöneberg, 5 novembre 1982, IPRax 1983, p. 190: 900
 AmtG Bielefeld, 22 avril 1963, FamRZ 1963, p. 458: 836
 LG Bonn, 17 mai 1977, StAZ 1977, p. 314: 838
 AmtG Bonn, 22 septembre 1982, IPRax 1984, p. 36: 899
 Bundesfinanzhof, 20 décembre 1957, NJW 1958, p. 766: 942
 Bundesfinanzhof, 6 décembre 1985, NJW 1986, p. 2209: 611
 AmtG Dresden, 6 octobre 1930, IPRspr. 1931, N° 150: 774
 LG Dresden, 22 décembre 1931, IPRspr. 1932, N° 72: 774
 LG Düsseldorf, 25 octobre 1976, IPRspr. 1976, N° 206/207: 942
 AmtG Essen, 24 septembre 1997, IPRax 1998, p. 213: 492
 AmtG Esslingen, 19 mars 1992, IPRax 1993, p. 250: 775
 LG Frankfurt, 12 janvier 1976, IPRspr. 1976, N° 53: 611, 612
 AmtG Frankfurt, 9 août 1988, IPRax 1989, p. 237: 775
 LG Frankfurt, 22 mars 1993, NJW 1993, p. 1998: 730
 LG Frankfurt, 23 février 1994, IPRax 1995, p. 44: 899
 AmtG Fürth, 6 décembre 1971, StAZ 1973, p. 144: 899
 Verwaltungsgericht Gelsenkirch, 18 juillet 1974, FamRZ 1975, p. 338: 611
 LG Göttingen, 12 septembre 1980, FamRZ 1981, p. 207: 897
 AmtG Hagen, 14 mars 1984, IPRax 1984, p. 279: 897
 AmtG Hamburg, 17 mars 1983, IPRspr. 1983, N° 1: 522
 AmtG Mannheim, 9 juin 1989, IPRax 1989, p. 311: 836
 LG München I, 7 octobre 1976, FamRZ 1977, p. 332: 610
 AmtG München, 4 septembre 1969, FamRZ 1970, p. 40: 394
 AmtG München, 5 décembre 1980, IPRax 1982, p. 250: 774
 AmtG Parsberg, 14 novembre 1972, FamRZ 1973, p. 461: 836
 AmtG Recklinghausen, 14 juin 1982, IPRax 1982, p. 205: 897
 AmtG Recklinghausen, 9 mai 1983, IPRax 1985, p. 110: 897
 LG Regensburg, 10 septembre 1954, IPRspr. 1954/55, N° 120: 837
 AmtG Rottweil, 24 juillet 1990, IPRax 1991, p. 129: 899
 AmtG Rottweil, 6 mai 1996, IPRax 1997, p. 268: 838
 AmtG Siegen, 22 janvier 1992, IPRax 1993, p. 184: 897
 AmtG St Ingbert, 2 août 1983, IPRax 1984, p. 43: 899, 900
 LG Stuttgart, 10 mars 1982, IPRax 1983, p. 194: 899
 LG Trier, 20 décembre 1955, FamRZ 1956, p. 131: 836
 LG Tübingen, 30 mai 1984, StAZ 1986, p. 42: 899
 LG Tübingen, 15 mai 1985, IPRax 1986, p. 236: 899
 AmtG Weilheim, 5 mars 1982, IPRax 1982, p. 161: 897
 AmtG Wolfsburg, 10 juin 1983, IPRax 1984, p. 44: 897

C. Australie

Hight Court, *Merwin Pastoral Co Pty. Ltd. v Moolpa Pastoral Co Pty. Ltd.* (1933), 48 C.L.R. 465: 969

D. Belgique

Cass. belge, 24 février 1938, *Société Antwerpia*, RCDIP 1938, p. 661: 143
 Cass. belge, 4 mai 1950, *Vigouroux*, JDI 1952, p. 284: 13
 Cass. belge, 27 février 1986, *Revue crit. de jurispr. belge* 1986, p. 56: 13, 137
 CA Liège, 23 avril 1970, *Oum Keltoun*: 312

Tribunal civil de Bruxelles, 20 novembre 1990, *Revue de droit des étrangers* 1990, p. 351: 631
Cass. belge, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 305: 138

E. Cameroun

Cour suprême du Cameroun, 20 mars 1962, JDI 1975, p. 23: 606

F. Etats-Unis d'Amérique

Fauntleroy v Lum, 210 U.S. 230 (1908): 972

Loucks v Standart Oil Compagny of New York, 224 NY 99 111, 120, NE 198 202 (1918): 13, 50, 53, 389

Bradford Electric Light Co. v Clapper, 286 U.S. 145 (1932): 969

Allstate Insurance Company v Hague, 449 U.S. 302 (1981): 347

W.R. Grace & Co v Local 759 etc., 461 U.S. 757 (1983): 271

Brashi v Stahl Associates, (1989) 74 N.Y. 2d 201, 543 N.E.2d 49: 712

Supreme Court of British Columbia (1991) 6 W.W.R. 7280: 712

Adoptions of B.L.V.B and E.L.V.B., 628 A.2d 1271 (Vt 1993): 927

Adoptions of Tammy, 619 N.E. 2d 315 (Mass 1993): 927

Baehr v Lewin, 852 P.2d 44 (Ha Sup Ct 1993): 712

In re Jacob, 660 N.E. 2d 397 (N.Y. Ct. App. 1995): 927

G. France

a) Conseil constitutionnel

Décision N° 93-325, 12-13 août 1993: 634

b) Cour de cassation

21 février 1860, *Sirey* 1860 I, p. 210: 310

25 mai 1868, *De Civry*, *Sirey* 1868 I, p. 365: 828

18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *Sirey* 1878 I, p. 193: 86

11 février 1890, JDI 1890, p. 299: 941

31 mars 1930, JDI 1930, p. 649: 827

21 avril 1931, *dame Pounoucannamalle*, RCDIP 1932, p. 526: 893

26 mars 1935, RCDIP 1935, p. 768: 828

28 juin 1937, RCDIP 1938, p. 486: 969

8 mars 1938: 358

30 novembre 1938, *Marchal*, RCDIP 1939, p. 283: 257

8 novembre 1943, *Fayeulle*, RCDIP 1946, p. 273: 393

22 mars 1944, RCDIP 1944, p. 107: 261

11 avril et 1^{er} mai 1945, JCP 1945 II 2895: 311, 313, 828

25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP 1949, p. 89: 13, 47

17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP 1953, p. 412: 48, 312, 630, 631

2 mars 1955, RCDIP 1955, p. 496: 358

22 mai 1957, *Henrich*, RCDIP 1957, p. 466: 312, 828

28 janvier 1958, *Chemouni*, RCDIP 1958, p. 110: 312, 630

10 février 1960, *Müller*, RCDIP 1961, p. 341: 257, 828

10 mai 1960, *Imbach*, RCDIP 1960, p. 205: 257, 828, 829

19 février 1963, *Chemouni*, RCDIP 1963, p. 559: 630

15 mai 1963, *Patiño*, RCDIP 1964, p. 532: 392, 742

- 15 juillet 1963, RCDIP 1964, p. 732: 392, 393
 7 janvier 1964, *Munzer*, RCDIP 1964, p. 344: 98, 313
 17 novembre 1964, JCP 1965 II 13978: 48, 267, 393, 941
 4 octobre 1965, Régie autonome des transports de la Ville de Marseille, RCDIP 1966, p. 688: 632
 3 juin 1966, RCDIP 1968, p. 64: 828
 30 mai 1967, *Kieger*, RCDIP 1967, p. 728: 137, 392
 4 octobre 1967, *Bachir*, RCDIP 1968, p. 98: 144
 23 avril 1969, RCDIP 1969, p. 717: 112
 1^{er} mars 1973, *Sefouni*, RCDIP 1975, p. 56: 635
 19 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 535: 829
 16 décembre 1975, D. 1976, p. 397: 523
 18 mai 1976, RCDIP 1978, p. 351: 829
 23 novembre 1976, *Marret*, RCDIP 1977, p. 746: 261
 11 juillet 1977, RCDIP 1978, p. 149: 93
 8 novembre 1977, JDI 1978, p. 587: 358
 30 janvier 1979, *Bayar*, RCDIP 1979, p. 629: 223, 313, 437
 18 décembre 1979, RCDIP 1981, p. 88: 762
 3 janvier 1980, *Benddebouche*, RCDIP 1980, p. 331: 47, 312, 632
 17 juin 1980, RCDIP 1981, p. 73: 895
 3 mars 1981, D. 1982, p. 285: 829
 1^{er} avril 1981, *Juan de Ituralde de Pedro*, JDI 1981, p. 812: 358, 360
 14 octobre 1981, RCDIP 1983, p. 703: 511, 514
 1^{er} juillet 1981, *Total Afrique*, RCDIP 1982, p. 148: 112
 17 février 1982, *Baaziz*, RCDIP 1983, p. 275: 626, 631
 10 mars 1982, RCDIP 1982, p. 724: 829
 15 juin 1982, RCDIP 1983, p. 300: 762
 17 mai 1983, *Société Lafarge*, RCDIP 1985, p. 346: 93
 3 novembre 1983, RCDIP 1984, p. 325, *Rohbi*: 762
 2 octobre 1984, JDI 1985, p. 495: 93
 9 octobre 1984, RCDIP 1985, p. 643: 829
 7 novembre 1984, *Torlet*, RCDIP 1985, p. 533, 1^{ère} espèce: 890
 6 février 1985, *Simitch*, RCDIP 1985, p. 369: 101
 20 mars 1985, *Carron*, RCDIP 1986, p. 66: 86
 22 avril 1986, RCDIP 1989, p. 89: 98
 3 mars 1987, *Gaz. Pal. 1987, Panorama*, p. 114: 523
 12 mai 1987, *Weyrich-Laroche*, JDI 1988, p. 101: 13, 827
 8 décembre 1987, RCDIP 1989, p. 733: 764
 1^{er} mars 1988, *Senoussi*, RCDIP 1989, p. 721: 99, 101, 764
 6 juillet 1988, *Baaziz*, RCDIP 1989, p. 71: 626, 631
 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 89: 98
 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 71: 358, 379
 3 novembre 1988, *A.*, RCDIP 1989, p. 495: 257
 6 décembre 1988, D. 1989, *Somm.*, p. 257: 102
 3 novembre 1988, RCDIP 1989, p. 495: 830
 19 avril 1989, RCDIP 1990, p. 92: 894
 31 janvier 1990, *Pistre*, RCDIP 1990, p. 519: 358, 890, 893
 14 février 1990, RCDIP 1991, p. 129: 894
 8 mars 1990, RCDIP 1991, p. 694: 635

6 et 26 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593: 99, 101, 764
 4 décembre 1990, RCDIP 1991, p. 558: 361
 4 décembre 1990, RCDIP 1992, p. 76: 941
 31 mai 1991, RCDIP 1991, p. 711: 932
 9 octobre 1991, RCDIP 1992, p. 516: 163
 11 décembre 1992, Gaz. Pal. 1993 I, 180: 523
 10 février 1993, *M.L.*, RCDIP 1993, p. 620: 257, 358, 360, 830
 4 mai 1994, RCDIP 1995, p. 103: 764
 1^{er} juin 1994, RCDIP 1995, p. 103, 2^{ème} espèce: 337, 764, 797
 29 juin 1994, JCP 1995 II, 22362: 932
 12 juillet 1994, RCDIP 1995, p. 68, 3^e espèce: 99
 13 décembre 1994, RCDIP 1995, p. 343: 101
 31 janvier 1995, RCDIP 1995, p. 569: 337, 764
 10 mai 1995, RCDIP 1996, p. 330: 361
 10 mai 1995, RCDIP 1995, p. 547: 892
 10 juillet 1996, RCDIP 1997, p. 85: 144
 3 décembre 1996, RCDIP 1997, p. 328: 144
 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602: 359, 632, 830
 11 mars 1997, JDI 1998, p. 110: 764
 6 mai 1997, RCDIP 1997, p. 514: 361
 25 février 1997, RCDIP 1998, p. 602: 267, 359, 628, 830
 1^{er} juillet 1997, RCDIP 1997, p. 705, 1^{ère} espèce: 892
 16 décembre 1997, RCDIP 1998, p. 433: 892
 24 février 1998, RCDIP 1998, p. 637: 351, 393
 24 février 1998, RCDIP 1998, p. 445: 941

c) Conseil d'Etat

11 juillet 1980, RCDIP 1981, p. 658: 633
 2 novembre 1992, RFDA 1993, p. 112: 272
 11 février 1994, RCDIP 1994, p. 317: 634

d) Cour d'appel de Paris

16 mars 1899, JDI 1899, p. 801: 828
 2 janvier 1936, RCDIP 1936, p. 459: 261, 893
 9 janvier 1939, RCDIP 1939, p. 300: 481
 10 juillet 1946, RCDIP 1947, p. 142: 893
 2 février 1956, JCP 1956 II, 9229: 628
 22 février 1957, *Zahnd*, RCDIP 1958, p. 84: 261
 7 juillet 1959, RCDIP 1960, p. 354, 2^{ème} espèce: 762
 16 octobre 1964, JDI 1965, p. 401: 762
 18 juin 1964, RCDIP 1967, p. 340: 93
 1^{er} juillet 1970, RCDIP 1970, p. 718: 437
 27 avril 1973, *Numez Fernandez*, RCDIP 1974, p. 93: 393
 18 décembre 1973, RCDIP 1975, p. 243: 223
 1^{er} juillet 1974, RCDIP 1975, p. 266: 223
 8 décembre 1977, RCDIP 1978, p. 684: 890
 22 février 1978, *Dame Benâdebouche*, RCDIP 1978, p. 507: 632
 14 décembre 1978, RCDIP 1979, p. 603: 393
 4 mai 1979, RCDIP 1980, p. 313: 829

- 8 mai 1980, RCDIP 1981, p. 700: 98
 6 juillet 1982, *Bairouk*, RCDIP 1984, p. 325, 2^{ème} espèce: 101
 3 octobre 1984, RCDIP 1985, p. 526: 47
 15 novembre 1988, D. 1989, Somm., p. 257: 99, 101, 102
 8 mars 1983, RCDIP 1984, p. 290: 257
 20 janvier 1986, Gaz. Pal. 1986 I, Somm., p. 217: 829
 15 janvier 1990, RCDIP 1991, p. 711: 932
 5 avril 1990, D. 1990, p. 424: 629
 5 décembre 1991, D 1992, p. 290: 392, 433
 21 juin 1991, D. 1991, IR, p. 218: 628
 19 juin 1992, D. 1993, Somm., p. 120: 358
 22 août 1992, RCDIP 1993, p. 473: 101
 7 juin 1994, RCDIP 1995, p. 812, D. 1994 IR p. 177: 628
 14 juin 1994, RCDIP 1995, p. 308: 523
 25 mars 1994, RCDIP 1996, p. 119: 98
 31 mars 1995, RCDIP 1996, p. 314: 893
 14 juin 1995, RCDIP 1997, p. 41: 626
 27 mars 1997, RCDIP 1997, p. 732: 895
 10 juin 1997, RCDIP 1997, p. 705: 892
 4 juin 1998, RCDIP 1999, p. 108: 894

e) Autres cours d'appel

- CA Aix, 14 janvier 1825, Sirey 1826 II, p. 66: 393
 CA Aix, 24 janvier 1924, JDI 1924, p. 670: 180
 CA Aix, 23 avril 1990, Gaz. Pal. 1990 II, p. 575: 535
 CA Aix, 10 mai 1998, JDI 1999, p. 136: 393
 CA Alger, 14 janvier 1892, D. 1892 II, p. 243: 941
 CA Alger, 9 février 1910, RCDIP 1913, p. 103: 310, 632
 CA Chambéry, 17 octobre 1961, RCDIP 1962, p. 496: 635
 CA Colmar, 16 juin 1965, RCDIP 1966, p. 78: 357
 CA Colmar, 20 septembre 1985: 895
 CA Dijon, 12 mars 1993, RCDIP 1994, p. 82: 892
 CA Dijon, 23 mai 1995, JCP 1996 IV, p. 176: 628
 CA Nice, 11 novembre 1912, RCDIP 1922-1923, p. 622: 941
 CA Pau, 11 juin 1906, RCDIP 1906, p. 765: 941
 CA Reims, 19 janvier 1976, JDI 1976, p. 916: 626
 CA Toulouse, 22 mars 1982, JCP 1984 II, 20185: 632
 CA Versailles, 31 mars 1965, *Dame Benammour*, JDI 1966, p. 97: 633
 CA Versailles, 16 février 1983, RCDIP 1985, p. 535: 892
 CA Versailles, 30 septembre 1988, RCDIP 1989, p. 747: 763
 CA Versailles, 9 octobre 1989, RCDIP 1991, p. 836, D. 1990, Somm., p. 99: 763, 764
 CA Versailles, 22 février 1992, RCDIP 1993, p. 473: 101
 CA Versailles, 24 septembre 1992, RCDIP 1993, p. 251, 2^{ème} espèce: 358
 CA Versailles, 23 mars 1995, RCDIP 1996, p. 699: 762

f) Autres tribunaux

- Tribunal civil d'Avesne, 24 juin 1943, Sirey 1944 II, p. 23: 893
 Tribunal civil de Blois, 30 avril 1925, RCDIP 1929, p. 614: 941
 TGI Dijon, 8 novembre 1991, JDI 1992, p. 637: 358

- TA Nantes, 23 mai 1990, RCDIP 1990, p. 675: 634
 TGI Nice, 3 juillet 1963, RCDIP 1966, p. 424: 827
 Cour administrative d'appel de Paris, 28 novembre 1989, RCDIP 1991, p. 813: 941
 TA Paris, 1^{er} février 1990, RCDIP 1990, p. 675: 634
 TGI Paris, 22 janvier 1968, *Mpouma*, JDI 1969, p. 406: 628
 TGI Paris, 17 juin 1972, JDI 1975, p. 62: 632
 TGI Paris, 3 décembre 1973, RCDIP 1974, p. 653: 941
 TGI Paris, 15 décembre 1975, RCDIP 1976, p. 728: 895
 TGI Paris, 1^{er} mars 1977, RCDIP 1978, p. 110: 826
 TGI Paris, 26 janvier 1978, RCDIP 1979, p. 111: 762
 TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83: 257, 358, 830
 TGI Paris, 7 avril 1981, RCDIP 1981, p. 510: 589
 TGI Paris, 30 avril 1985, RCDIP 1986, p. 313: 826
 TGI Paris, 8 avril 1987, *Mme A.*, RCDIP 1988, p. 73: 628
 TGI Paris, 10 mai 1990, RCDIP 1991, p. 391: 762
 TGI Paris 5 février 1992, RCDIP 1993, p. 251, 1^{ère} espèce: 358, 892
 TGI Paris, 26 février 1992, RCDIP 1993, p. 58: 762
 TGI Paris, 8 avril 1992, JDI 1993, p. 313: 941
 TGI Paris, 23 novembre 1993, RCDIP 1995, p. 703 1^{ère} espèce: 359, 830
 TGI Paris, 5 avril 1994, D. 1995, Somm., p. 118: 358, 830
 Tribunal civil de Montpellier, 18 mars 1920, Sirey 1921 II, p. 11, JDI 1920 p. 633: 180
 TGI Orléans, 17 mai 1984, RCDIP 1986, p. 307: 633
 Tribunal civil de la Seine, 23 décembre 1924, JDI 1926, p. 79: 262
 Tribunal civil de la Seine, 18 février 1932, JDI 1932, p. 444: 941
 Tribunal civil de la Seine, 16 janvier 1947, RCDIP 1947, p. 302: 892
 Tribunal civil de la Seine, 26 mars 1956, JCP 1956 II, 9318: 267
 Tribunal civil de la Seine, 26 octobre 1959, RCDIP 1960, p. 354, 1^{ère} espèce: 762
 Tribunal civil de la Seine, 23 mai 1960, JDI 1961, p. 750: 762
 Tribunal civil de la Seine, 17 avril 1962, JDI 1963, p. 150: 762
 TGI de la Seine, 12 novembre 1965, *Scialom*, RCDIP 1966, p. 624: 633
 TGI de la Seine, 21 juin 1967, *dame Courtois*, RCDIP 1968, p. 294: 626, 628
 Tribunal de Tunis, 21 février 1889, JDI 1889, p. 675: 941
 Tribunal de Tunis, 28 janvier 1959, JDI 1961, p. 560: 892
 Tribunal correctionnel de Villefranche-sur-Saône, 6 novembre 1951, RCDIP 1953, p. 764: 267

H. Gabon

- Cour suprême du Gabon, 4 janvier 1971, JDI 1972, p. 327: 267

I. Grande-Bretagne

- Hyde v Hyde*, [1860-1873] All ER 175: 614
R v Hammersmith Superintendent Registrar of Marriages, ex parte Mir-Anwaruddin, [1916-1917] All ER Rep 464: 766
Cheang Thye Phin v Tan Ah Loy, [1920] AC 369: 623
Sasson v Sasson, [1924] A.C. 1007 (P.C.): 766
Baindail v Baindail, [1946] 1 All ER 342: 620, 622
The Sinha Peerage Claim, [1946] 1 All ER 348n: 623
Maher v Maher, [1951] 2 All ER 37: 766

Har-Shefi v Har-Shefi (N° 2), [1953] 1 All ER 301: 766
Bamgose v Dantel, [1954] 3 All ER 263: 623
Manning v Manning, [1958] 1 All ER 291: 768
Sowa v Sowa, [1960] 3 All ER 196: 620
Coleman v Shang, [1961] 2 All ER 406: 623
Russ v Russ, [1962] 3 All ER 193: 766, 768
Varanand v Varanand (1964) 108 S.J.: 768
Shahnaz v Rizwan, [1964] 2 All ER 993: 624
Ali v Ali, [1966] 1 All ER 664: 616
Iman Din v National Assistance Board, [1967] 1 All ER 750: 625
Re Fuld's Estate N° 3, [1968], [1965] 3 All ER 776: 13, 50, 215
Crowe v Kader, [1968] WAR 122: 616
Qureshi v Qureshi, [1971] 1 All ER 325: 615, 766, 768
Hashmi v Hashmi, [1971] 3 All ER 1253: 622
Radwan v Radwan, [1972] 3 All ER 1026: 616
Broit v Broit 1972 S.C. 192: 768
Oppenheimer v. Cattermole, [1975] 1 All ER 538: 13
Chaudhry v Chaudhry, [1976] 1 All ER 805: 624
Re Sehota, [1978] 3 All ER 385: 621, 623
Quazi v Quazi, [1979] 3 All ER 897: 770
Vervaeke v. Smith, [1982] 2 All ER 144: 50
Hussain v Hussain, [1982] 3 All ER 369: 616, 618
Chaudhary v Chaudhary, [1984] 3 All ER 1017: 767, 768, 770
Fatima v Secretary of State for the Home Department, [1984] 2 All ER 458; [1986] 2 All ER 32: 769
Berkovits v Grindberg, [1995] 2 All ER 681: 768, 769

J. Italie

a) Cour constitutionnelle

Corte costituzionale, 26 février 1987/5 mars 1987, RCDIP 1987, p. 563: 347
 Corte costituzionale, 25 novembre 1987, RCDIP 1988, p. 710: 347
 Corte costituzionale, 24 mai 1985, Foro it. 1985 I 2162: 519

b) Cour de cassation

Cass. it., 19 mai 1943, Giur. comp. dir. int. pr. 1954, p. 69: 263
 Cass. it., 17 mai 1952, RDI 1953, p. 467: 258
 Cass. it., 13 janvier 1977, Foro it. 1977 I, p. 604: 13, 60
 Cass. it., 8 janvier 1981, RDIPP 1981, p. 787: 13
 Cass. it., 10 novembre 1989, RDIPP 1990, p. 997: 258
 Cass. it., 19 avril 1991, RDIPP 1992, p. 382: 258
 Cass. it., 10 mars 1995, RDI 1996, p. 1068: 13, 60
 Cass. it., 21 juillet 1995: 887

c) Autres tribunaux

CA Venise, 15 juin 1972, RDI 1974, p. 330: 258
 CA Milan, 4 décembre 1992, RDIPP 1992, p. 821: 954
 CA Trieste, 17 février 1942, Foro it. 1942 I 290: 263
 Tribunale di Milano, 26 juin 1969, RDIPP 1970, p. 128: 396

K. Maroc

Tribunal de première instance de Casablanca, 10 juin 1976: 589

L. Principauté de Monaco

Tribunal de première instance, 23 février 1995, RCDIP 1996, p. 439: 137, 312, 941

M. Pays-Bas

Hoge Raad, 13 mai 1966, *Ainati*, RCDIP 1967, p. 522: 185

Tribunal d'arrondissement de la Haye, 17 septembre 1982, *Compagnie européenne des pétroles SA*, RCDIP 1983, p. 473: 185, 187

N. Sénégal

Cour suprême du Sénégal, 25 novembre 1974: 267

O. Tunisie

Tribunal de première instance de Tunis, 19 avril 1977, JDI 1977, p. 652: 752

Cass. tunisienne, 16 juin 1987: 752

P. Juridictions internationales**a) CPJI**

CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes*, arrêt 14, Série A: 261

b) CJCE

CJCE, 28 octobre 1975, Aff. 36/75, *Roland Rutili*, Rec. 1975, p. 219: 346

CJCE, 11 juin 1985, Aff. 49/84, *Debaecker*, Rec 1985, p. 1779: 173

CJCE, 30 mars 1993, Aff. 168/91, *Christos Konstantinidis*, Rec. 1993 I, p. 1214: 502

CJCE, 30 avril 1996, Aff. C-13/94, *P.*, Rec. 1996 I, p. 2143: 534

CJCE, 10 octobre 1996, Aff. C-78/95, *Bernardus Hendrikman et Maria Feyen*, Rec. 1996 I, p. 4960: 173

c) Cour européenne des Droits de l'Homme

Marckx c./ Belgique, 13 juin 1979, Série A, N° 31: 859

Van Oosterwijck c./ Belgique, 6 novembre 1980, Série A, N° 40: 531

Rees c./ Royaume-Uni, 17 octobre 1986, Série A, N° 106: 532, 712

F. c./ Suisse, 18 décembre 1987, Série A, N° 128: 568

Cossey c./ Royaume-Uni, 27 septembre 1990, Série A, N° 184: 712

B. c./ France, 25 mars 1992, Série A, N° 232-C: 533

X., Y. et Z. c./ Royaume-Uni, 22 avril 1997, Recueil CEDH 1997 II, p. 619: 534

Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni, 30 juillet 1998, Recueil CEDH 1998 IV, p. 2011: 534

Q. CCI

Sentence N° 3267, JDI 1980, p. 966: 283

Sentence N° 3913, JDI 1984, p. 920: 283

Sentence N° 3916: 283

Index

A

Actualité de l'ordre public

- cf. *relativité*

Adaptation 662, 690

Adoption

- cf. *partenariat homosexuel*
- Allemagne
 - ordre public 897, 899-901
 - règles de conflit 896, 898
- annulation 909, 922
- conventions internationales 887, 903-904, 928-930
- droit comparé 887, 932-934
- France
 - ordre public 892-895, 932
 - règles de conflit 890-891
- intermédiaire 888
- internationale 888 ss
- internationalité 889
- lois d'application nécessaires 899, 909
- ordre public
 - adoption conjointe 915, 919, 923
 - adoption consulaire 926
 - adoption simple 900, 911
 - *Binnenbeziehung* 897, 906, 912, 917, 921-922, 924-927, 936-938
 - clause spéciale 908-909
 - concubins 919, 927
 - conditions d'âge 893, 897, 901, 915, 918-920, 923, 925
 - consentement 892, 893, 899, 915-916, 919, 922
 - délai de réflexion 916
 - discriminations 922

- effet atténué 319, 895, 903, 912, 917, 924
- effet direct 903, 905, 907, 909, 935
- effet indirect 903, 911-927, 936
- étranger 906-908, 935
- formel 898, 912
- illustrations 937-938
- intérêt de l'enfant 901, 906-908, 913-915, 919, 921-923, 925-927, 929-930, 936-937
- maternité de substitution 931-936
- partenaires homosexuels 927, 934
- placement nourricier 897, 905, 911, 915, 917, 920-921
- présence d'enfants de sang 893, 895, 897, 915, 924
- prohibition de l'adoption 887, 892, 907, 935
- union libre 919, 927
- personne seule 919, 923
- privée 887, 897, 901, 926
- qualification 911, 927, 936
- règles de conflit 903-909, 910-911, 928-929
- simple/plénière 887, 893, 911, 920
- situation boiteuse 912, 914, 936

Afrique 498

ALDRICUS 18, 39

Allemagne

- cf. *adoption, Binnenbeziehung, changement de sexe, droits fondamentaux, effet atténué, effet de l'intervention de la réserve, filiation, lois d'application nécessaires, ordre public, polygamie, répudiation*
- Amours juvéniles 562
- Antiquité (droit de l'-) 17

Arbitrage

- cf. *voies de recours*
- et ordre public 279 ss
 - effet direct 281 ss
 - effet indirect 287 ss
 - stades d'intervention 279-280
- ordre public transnational 282-286, 290 ss

Autonomie des parties 333

- cf. *nom, successions*

B**BARTIN** 33, 41, 192, 395**BARTOLE DE SAXOFERATO** 20, 41*Better law approach* 39, 53, 83, 207**Bigamie**

- cf. *polygamie*

Binnenbeziehung

- cf. *changement de sexe, clause d'exception, clauses spéciales, divorce, droits fondamentaux, effet atténué, effet de l'intervention de la réserve, filiation, mariage, partenariat homosexuel, polygamie, relativité de l'ordre public, répudiation, successions*

- Allemagne 58, 315, 350, 355-356, 375, 507
- arbitrage
 - art. 190 LDIP 291-298
 - reconnaissance des sentences arbitrales 288
- autonomie des parties 333
- avantages 345, 353
- clause d'exception 84, 334, 360, 383
- doctrine suisse 327, 365-367
- domicile 370, 383
- effet indirect 371
- élément temporel 385, 514, 542, 912
- énoncé 328-329
- fondements 330-334
- France 48, 314, 326, 357-361, 375, 631, 637
- fraude 103
- historique 31, 32

- importance du principe

d'ordre public 340 ss, 356, 363, 370

- importance de la théorie 378-386

- LDIP 64, 362-371, 381, 968

- nationalité 360, 369, 370, 383, 631, 637, 689

- nature des liens 368-370

- nom 489, 494, 501, 510, 514

- noyau dur 295 ss, 340-342, 344, 345, 382-384, 482, 486, 536, 559, 658, 686, 691, 697, 742, 756-757, 759, 816, 912, 948, 950, 978

- ordre public d'éloignement 358, 359

- ordre public formel 156 ss, 167

- ordre public de proximité 358

- ordre public du statut

personnel 360

- ordre public transnational 282, 286, 335-346

- principe de l'appréciation concrète 218, 332, 368

- prorogation de for 383

- proximité 84, 334, 360, 383

- règle de conflit 201, 212

- relativité spatiale 334

- saisine du juge du for 339, 342, 351, 354, 370, 382-383

- Tribunal fédéral 362, 381

- trouble à l'ordre social du for 331

Bolteux

- cf. *situation boiteuse*

BUSTAMANTE 30, 553**C****Caméléon** 2, 15, 973**Canonistes** 19, 39**Capacités spéciales** 487

CEDH 269, 347, 351-352, 530-534, 554, 578, 712, 715-716, 764, 859

- cf. *ordre public formel, répudiation*

Changement de nom

- cf. *nom*

Changement de sexe

- absence de procédure
- Allemagne 520-522

- assurance-maladie 518
- Belgique 531
- *Binnenbeziehung* 536, 542, 544
- compétence directe 526, 528
- compétence indirecte 540, 544
- droit applicable (Suisse) 527
- droit interne (Suisse) 518-519
- France 523, 533
- Grande-Bretagne 532, 534
- Hollande 524
- illustrations 546-548
- insémination artificielle 534
- mariage 519, 522, 538, 541, 543, 713, 733
- mineurs 528
- problématique du - 516-517, 539
- prononcé en Suisse 518-519, 527 ss
- reconnaissance du - 540 ss
- règle de conflit 521, 523, 524, 526, 527
- « *sexu boiteux* » 537, 539, 541
- ordre public
 - effet direct 528-538
 - effet indirect 542 ss
- traitements chirurgicaux 516, 518, 520, 535

CIEC 539

Citation régulière

- *cf. ordre public formel*

Clause d'exception

- *cf. effet de l'intervention de la réserve*

serve

- *Binnenbeziehung* 334, 360
- dérive 83
- divorce 735, 742
- effets 80-81
- filiation 867, 869
- fonction 75
- ordre public 73 ss, 200
- règles visées 82
- stade d'intervention 76-79, 426

Clauses-or 407

Clauses spéciales d'ordre public 10, 68, 264, 326, 368, 388, 564, 640, 738-745, 818, 820, 821, 908-909, 956, 971

Codification

- définitions de la réserve 12

- Grande-Bretagne 49

Colonie 44, 255, 267, 375, 399, 606-607, 975-976

Comparative impairment 39 207

Concrète

- *cf. principe de l'appréciation concrète*

Concubinage

- *cf. union libre*

Confiscation 112

Conflit de civilisations 273, 606-607, 662, 690, 973 ss

Conflit interzonal 355

Confort

- *cf. opportunisme*

Constitution

- *cf. droits fondamentaux*

Constitutionnalité (contrôle de la) 216, 347

Conventions internationales

- formulation restrictive 70-71, 929-930
- ordre public 69 ss
- réserve implicite 69
- silence qualifié 70, 72

Convention de Bruxelles

- *cf. Convention de Lugano*

Convention de Lugano

- exequatur partiel 437 ss
- fraude 99
- ordre public européen 346, 351
- ordre public formel 172-173

Coutume

- exorbitante 21
- ordre public 65
- *opinio necessitatis* 65

Corruption 297

CURRIE 53

D

Décolonisation

- *cf. colonie, métropole*

Dérive (risque de-)

- *cf. opportunisme*

Délai de l'action en garantie 408

Devises 407

Discernement

- *cf. exercice des droits civils, mariage*

Divorce 734-821

- *cf. répudiation, divorce privé*
- appréciation concrète 217, 226, 736
- attentes légitimes 749, 754
- consentement mutuel 736, 757, 762, 809, 811
- consulaire 752, 753-754, 758-761, 780; *cf. répudiation consulaire*
- conventions internationales 746, 776
- discriminations 736, 742, 749
- diplomatique
 - *cf. consulaire*
- ecclésiastique 752, 753-754, 758-761
- effet atténué 312 ss,
- ordre public
 - *Binnenbeziehung* 735, 737, 742, 748, 750-751, 754
 - effet direct 736-737
 - effet indirect 747-751
 - clause spéciale (art. 61 al. 3 LDIP) 738-745
 - effet de l'intervention 741, 745
 - formel 747-748
 - illustrations 743-745, 750-751
 - matériel 736-737, 749
 - maxime d'office 747
 - permissif 738 ss
 - prohibitif 736-737
- prohibition 393, 739, 740
- règle de conflit 735, 738 ss, 746
- relativité 258, 259
- unité du jugement 736, 749

Divorce privé 752 ss

- *cf. divorce consulaire, divorce ecclésiastique*
- clause spéciale 818, 820, 821
- conventions internationales 776, 791, 806
- *de lege ferenda* 817-821
- droit comparé 752, 766, 768, 771-773

- jurisprudence suisse 777, 792-793, 778, 796, 797, 799, 802
- localisation 769, 772, 804
- ordre public 759, 792-793, 805, 807, 818, 821
- prononcé en Suisse 759
- reconnaissances des - prononcés à l'étranger 762 ss, 804 ss

Droit comparé 215, 275, 397, 660**Droits acquis 265, 305****Droits fondamentaux**

- Allemagne 55, 348-350
- *Binnenbeziehung* 350, 351, 354, 859
- doctrine suisse 352
- effet horizontal 353
- France 351, 523
- lois d'application nécessaire 347-354
- ordre public 347-354, 523, 530-535
- règle de conflit 347

Droit interne impératif

- étranger 141 ss
- rapports avec l'ordre public 137 ss
- règle de conflit 138, 141
- terminologie 136

Droits de l'homme

- *cf. droits fondamentaux*

Droit public

- acte de souveraineté 112
- effet indirect 111
- LDIP 104 ss
- manifestation du pouvoir 106-107
- ordre public 104 ss
- qualification 104
- Tribunal fédéral 106

Droit de substitution

- *cf. effet de l'intervention*

Droit transitoire

- *cf. relativité*

DUMOULIN 21**E****Effet atténué 299 ss**

- *cf. adoption, divorce, filiation, polygamie, répudiation*

- Allemagne 315
- *Binnenbeziehung* 309, 372-386, 577
- coopération interétatique 304
- critique de la théorie 323-327, 372ss, 360, 372-377, 380, 658, 808, 816, 820, 968
- degré de l'atteinte 306
- doctrine suisse 322, 327
- droits acquis 305
- énoncé 299-302
- effet direct/indirect 302
- excès *cf. critique de la théorie*
- fondements théoriques 303 ss, 378
- France 48, 310-314, 323-326, 375-377, 637
- fraude 101-103, 314, 375, 380
- LDIP 63, 316-322, 372 ss
- mariage 577
- mérite pédagogique 373
- ordre public formel 158
- principe de l'appréciation concrète 218
- reconnaissance des sentences 288
- souveraineté étrangère 304
- violation tolérée 307

Effet de l'intervention de la réserve d'ordre public 387-448

- *cf. clauses-or, délai de l'action en garantie, devises, divorce, filiation, garde des enfants, honoraires, mariage, polygamie, répudiation, successions*
- Allemagne 394 ss
- atteinte minimale 393, 402, 427, 970
- attentes des parties 429, 977
- *Binnenbeziehung cf. ci-dessous liens avec le for*
- codifications 403
- cohérence de la réglementation 393, 421, 422, 423, 427, 429, 430, 431
- *exequatur* partiel sélectif 437, 439
- *exequatur* réductif 438, 439
- France 392-393
- harmonie 421
- liens avec le for 429, 431-434, 438, 445-448

- norme prohibitive/permissive 390, 428
- prévisibilité 417, 422, 424, 425, 427, 430
- reconnaissance/exécution 435 ss
- solutions envisageables 389-403
 - adaptation 397-398, 405, 414, 418-420, 428, 430, 442
 - augmentation 397-398, 430
 - autres normes de la *lex causae* 396, 414, 415, 422, 428, 441
 - clause d'exception 426, 431
 - critères subsidiaires ad hoc 400, 413, 425
 - critères subsidiaires légaux 403, 419, 431, 444
 - dessaisissement 389
 - doctrine suisse 412-420
 - droit favorable 401
 - droit voisin 399, 422, 423
 - jurisprudence suisse 407-411
 - LDIP 404-420, 421 ss
 - *lex fori* 391-395, 402-403, 405, 406, 413-419, 422, 427, 431-433, 970
 - liens étroits (droit des-) 432-434, 445-448, 970
 - normes internationales matérielles 397, 416-417, 420, 424, 442, 970
 - réduction 397-398, 430
 - rejet de l'action 390
- souplesse nécessaire 421, 427 ss, 434

Effets guérisseurs 573-574, 578, 653, 656, 657, 684, 717, 753-754, 758-759, 808, 811, 878-879, 926

Emancipation 484

Empire coloniaux

- *cf. colonie*

Esclavage 24-26, 335, 481

Etat civil (art. 32 LDIP)

- *cf. transcription*

Etats-Unis 53 ss

Exception de chose jugée 149, 168, 747

Exequatur

- cf. *effet de l'intervention de la réserve, reconnaissance et exécution*

Exercice des droits civils 483-487

- Age 484
- Discernement 485
- Interdiction 486
- Règle de conflit 483

F

Filiation

- cf. *successions*
- Allemagne
 - ordre public 835-839
 - règles de conflit 831-834
- droit matériel 822, 849
- *favor recognitionis* 871
- France 824-830
 - ordre public 825-830
 - règles de conflit 824
- lois d'application nécessaire 849, 856-857, 859, 867-869
- ordre public
 - actualité 849, 862
 - appréciation concrète 850, 856
 - art. 69 al. 2 LDIP 848, 853, 881
 - *Binnenbeziehung* 355, 830, 838, 853, 858, 859, 861, 874, 878-886
 - CEDH 859
 - contestation de la filiation 836, 839
 - contestation de la reconnaissance 867-869, 878
 - discriminations 850, 856, 860, 862
 - effet atténué 827, 828
 - effet direct 847-870
 - effets guérisseurs 878-879
 - effet indirect 874-880
 - effet de l'intervention 393, 848, 881 ss

- étranger 181
- filiation adultérine 827, 849-850, 862, 868
- formel 874
- fréquence 847
- illustrations 881-886
- intérêt de l'enfant 848, 850, 852-853, 855, 857, 859-860, 864-865, 874-875, 879-880
- légitimation 827, 870
- *mater semper certa* 859, 860
- présomption de paternité 826, 858, 875
- preuves 857
- recherche de paternité 828-829, 837, 850, 852-857, 875
- reconnaissance 860-866, 876-879
- reconnaissance maternelle 859, 865
- relativité 257, 825-830, 823, 849
- rétroactivité 866
- vérité biologique 822, 829, 830, 837, 845, 850, 853, 855, 857, 867, 868, 870, 875
- règle de conflit 841-846
 - contestation de la reconnaissance 845-846, 872
 - établissement et contestation de la filiation 842-843, 871
 - légitimation 870, 873
 - présomption de paternité 842-843
 - reconnaissance 844, 872
- renvoi 181
- transfert 934, 936

FOELIX 25

forum shopping

- cf. *fraude au jugement*

Foulards islamiques 272

France

- cf. *adoption, Binnenbeziehung, changement de sexe, droits fondamentaux,*

effet atténué, effet de l'intervention de la réserve d'ordre public, filiation, ordre public, partenariat homosexuel, polygamie, relativité, répudiation, successions

FRANESCAKIS 14, 114, 372

FRANKENSTEIN 265

Fraude

- *cf. divorce*
- à l'effet atténué 101-103, 314, 375
- à la loi 85 ss
- causes d'annulation du mariage 575-576
- loi étrangère 93
- jugement (fraude au -) 94 ss
- LDIP 87
- réserve d'ordre public (distinction) 88 ss, 95 ss
- règle de conflit de lois étrangère 98
- siège fictif 89

G

Garde des enfants

- effet de l'intervention de la réserve 398, 437

Ghet

- *cf. répudiation*

Governmental analysis 39, 53, 212

Grande-Bretagne

- *cf. changement de sexe, codification, governmental analysis, ordre public, polygamie, répudiation*

H

Harmonie internationale 180

Historique 16 ss

Homosexuels

- *cf. partenariat homosexuel*

Honoraires 398

HUBER 64

I

Immunité 328

Imprescriptibilité 396, 397, 422

Incorporation (théorie de l'-) 89

Inlandsbeziehung

- *cf. Binnenbeziehung*

Institut de droit international 104

Intérêts (méthode des) 210 ss

Interprétation concrète

- *cf. principe de l'appréciation concrète*

Interdiction

- *cf. exercice des droits civils*

Interprétation restrictive 249 ss, 509, 578, 747

Italie

- ordre public 59 ss

J

Jouissance des droits civils 481, 482

- ordre public 481, 482
- début et fin de la personnalité 482

Justice conflictuelle 208, 977

K

KAHN 32, 201, 330

L

Lacune

- *cf. effet de l'intervention de la réserve*

Laïcité 272-273

LAURENT 28

Libertés fondamentales

- *cf. droits fondamentaux*

Liens avec le for (théorie des)

- *cf. Binnenbeziehung*

Litispendance

- ordre public formel 149, 168

Lois d'application immédiate

- *cf. lois d'application nécessaire*

Lois d'application nécessaire

- *cf. adoption, divorce, droits fondamentaux, filiation, mariage, polygamie, successions*

- Allemagne 55
- LDIP (art. 18) 117 ss
- effet indirect 131
- *Eingriffsnormen* 178, 179
- *lex causae* 177-179
- loi non désignée (art. 19 LDIP) 184 ss, 728
- lois de police 116, 120
- motif de refus 131
- ordre public négatif (distinction) 113 ss 118 ss, 128 ss, 969 ss

- règle de conflit 123 ss, 127, 130 ss, 200, 969 ss
- règle d'applicabilité spatiale 124
- règles d'ordre public 132 ss
- terminologie 126

Lois impératives

- cf. *droit impératif*

Lois impératives d'un Etat tiers

- droit public 108-109
- LDIP (art. 19) 108-109

Louisiane 53, 207

M

Majorité

- cf. *exercice des droits civils, mariage*

MANCINI 27, 40, 43, 59, 304, 310

« Manifestement »

- Conventions de La Haye 64, 317
- Italie 59
- LDIP 63, 250, 317, 968

Manipulation

- cf. *fraude*

Mariage

- boiteux 571, 578, 589
- droit conventionnel 552, 553
- droit étranger 550-551, 555, 557
- *favor matrimonii* 550, 578, 719, 684
- forme 550, 565, 570, 573, 589
- homosexuel
 - cf. *partenariat homosexuel; changement de sexe/mariage*
- illustrations 593-600
- liberté du - 554, 559, 560, 716
- lois d'application nécessaire 554, 556-560, 563-564, 567, 580
- majorité matrimoniale,
 - cf. *ordre public/âge*
- ordre public
 - âge 555, 561-564, 582, 593, 594
 - alliance 553, 556, 579, 595-598

- *Binnenbeziehung* 556, 559, 560, 563, 568, 572, 574, 576-577, 579, 582, 586, 593 ss
- capacité de discernement 553, 560, 565, 580
- causes d'annulation 566, 567, 575, 576, 579 ss
- consentement du représentant légal 567
- délai de viduité 558
- effet direct 553 ss
- effet indirect 575 ss
- effet de l'intervention 569, 592, 593-600
- empêchements discriminatoires 555, 568
- Etat non reconnu 590
- interdiction de mariage 555, 568
- interdiction de remariage 553, 558, 568
- libre consentement 553, 559, 564-565, 580, 583, 587
- maladie 568
- maladie mentale 560, 580
- mariage consensuel 591
- mariage diplomatique et consulaire
 - en Suisse 570-572
 - à l'étranger 588
- mariage informel 591
- mariage posthume 591
- parenté 553, 556, 579
- parenté adoptive 557
- peines conventionnelles 559
- permissif 555, 569
- procuration (mariage par) 565, 583-587, 599-600
- prohibitif 555, 569

- polygamie

- cf. *polygamie*
- règles de conflit 549-552, 554-556, 575, 576
- reconnaissance des mariages étrangers 575 ss

- religieux

- en Suisse 573-574

- à l'étranger 589

Maternité de substitution 344, 385

- cf. *adoption*

MENCKEN 22

Métropole 44, 606, 607

Mère porteuse

- cf. *maternité de substitution*

Mort civile 26, 481, 486

N

Nasciturus 482

Nationalisation 112

NIBOYET 36, 262

Nom 488 ss

- absence de- 497

- autonomie de la volonté 490, 492, 493, 495, 498, 504, 507, 509

- changement de - 493, 497, 499, 500, 504, 507, 510, 511-515

- confusion avec prénom 499

- discriminations 500

- doubles noms 505-507

- enfant 492, 494, 495

- époux 492, 499

- flexion (nom à) 503-504

- fonction identitaire 490, 491, 495, 496, 510, 512

- *middle name* 508

- ordre public 489 ss, 514

- partenariat homosexuel 724

- polygamie 692

- prénom 494-496

- et sexe de l'intéressé 496, 503-504

- règle de conflit 488, 509, 512-513

- ridicule 493-495

- stabilité 490

- théorie du gel 504 ss

- titres nobiliaires 501

- transcription 502 ss

O

Opportunisme 83, 218, 252, 270 ss, 969, 975, 976

Ordre public

- cf. *adoption, arbitrage, changement de sexe, clauses spéciales, divorce,*

divorce privé, droits fondamentaux, effet anénué, effet de l'intervention de la réserve, exercice des droits civils, filiation,

fraude, interprétation restrictive, jouissance des droits civils, lois d'application

nécessaire, mariage, « manifestement », nom, opportunisme, partenariat homo-

sexuel, polygamie, principe de l'appréciation concrète, relativité, règle de

conflit, répudiation, sources, successions, transcription, voies de recours

- but social des lois 34

- cantonal 268

- colonial

- cf. *développement*

(ordre public du -)

- définition 10 ss

- développement (ordre public du) 267, 606

- effet direct/indirect 9, 31, 214 ss, 302

- éloignement (d'-)

- cf. *Binnenbeziehung*

- envoi (d'-) 293 ss

- étranger 174-194

- adoption 906-908

- effet réflexe 192 ss

- exécution des jugements

étrangers 191 ss

- loi non désignée (art. 19

LDIP) 184 ss

- ordre public négatif

étranger 180-183

- prévisions de l'autorité

183

- prévisions des parties

175-176

- reconnaissance 191 ss

- règles d'application

nécessaire 177-179

- renvoi 180 ss

- européen 346

- évolution (ordre public d'-),

- cf. *développement (ordre public du -)*

- exception (d'-) 36

- facteur de rattachement 27, 31,

32, 37, 40, 43

- formel

- *cf. divorce*
- Allemagne 145
- autonomie de la volonté 154
- *Binnenbeziehung* 156, 167
- CEDH 167
- citation régulière (art. 27 al. 2 lit. a LDIP) 149, 159-161
- condition d'intervention 151 ss
- Constitution fédérale 147-148
- conventions internationales 170-173
- défaut 154, 160, 163, 172-173
- définition 145
- domaines 144
- effets 169 ss
- effet atténué 158
- exclusion 144
- exhaustif (caractère) 155
- France 145
- interprétation restrictive 155
- Italie 145
- LDIP 146 ss, 151 ss
- notification jugement 164
- principes fondamentaux de la procédure (art. 27 al. 2 lit. b LDIP) 162-167
- sources 149
- France 43 ss
- historique 16 ss
- interne
 - *cf. droit interne impératif*
- LRDC 65
- matériel/formel 144 ss
- positif/négatif 26, 43, 113 ss, 118 ss, 133, 366
- procédural *cf. - formel*
 - fraude 97
- prohibitif/permissif 118, 528, 536, 555, 569, 736, 738
- proximité (de)
 - *cf. Binnenbeziehung*
- réception (de) 293

- règles (d') 132 ss
- source
 - *cf. transnational*
- terminologie 11
- transnational 269, 282-286, 289, 292-298, 335-346
- véritablement international
 - *cf. ordre public transnational*

P

PACS (pacte civil de solidarité)

- *cf. partenariat homosexuel*

Partenariat homosexuel 711-733

- adoption 711, 722, 927
- *Binnenbeziehung* 718, 724-726, 731-732
- capacité matrimoniale en Suisse 727-729
- CEDH 712, 715, 716
- création en Suisse 730-733
- Danemark 711
- diplomatique ou consulaire 732
- effet atténué 718
- effets personnels 711, 719-721, 724
- effets patrimoniaux 711, 719-721, 724
- *forum shopping* 723
- France 712
- fraude 723
- illustrations 725-726
- insémination artificielle 722
- mariage 711, 713, 727-729, 733
- nom 724
- Norvège 711
- ordre public 718, 720, 722-724, 727, 730, 731, 733
- PACS 712
- Parlement européen 712
- Pays-Bas 711
- qualification 719, 722, 723, 730
- reconnaissance 320, 344, 385, 714-726, 733
- société 719
- Suède 712
- Suisse (droit matériel) 733

- TF 714-718, 730
- union libre 711, 712, 721, 723

Personnalité

- cf. *jouissance des droits civils, exercice des droits civils, nom*

PILLET 34, 40, 260, 304, 310

Politique 272-273, 376, 377

Polyandrie 601

Polygamie

- actualité de l'ordre public 262
- Afrique 605, 680-681
- Asie 605
- Allemagne 609-613
 - célébration en Allemagne 610-611
 - célébration à l'étranger 612-613
 - règle de conflit 609, 612
- annulation du mariage 664, 673, 675, 677, 688
- assimilation 634
- autonomie de la volonté 644
- bigamie 647, 666-670, 675
- célébration diplomatique ou consulaire 629, 642, 648, 649, 653
- célébration religieuse 649, 653
- clause spéciale d'ordre public 640
- conflit de civilisations 606-607, 662, 690
- Coran 603, 604
- décolonisation 606-607
- définition 601
- droit canonique 602
- droit social 624, 625, 631, 633, 635, 662, 696
- effets patrimoniaux 612, 623, 624, 630-632, 653, 662, 677-679, 690, 693-695, 698-702, 707-710
- effets personnels 612, 621-622, 633, 637, 653, 662, 671, 677-679, 691-692, 697, 703
- égalité des époux 639, 641, 659, 691
- Etats musulmans 603-604
- France 314, 358, 376-379, 626-644
 - célébration en France 628-629

- propositions nouvelles 638-644

- reconnaissance 630-637
- règle de conflit 626-627, 629, 637, 640-644

- fraude 688, 702

- Grande-Bretagne 52, 614-625

- capacité 616-619

- célébration en Grande-Bretagne 615

- reconnaissance 616-625

- hébraïque 603, 605, 630

- historique 25, 26, 29, 602

- illustrations 655-656, 697-710

- Israël 605

- localisation 643

- lois d'application nécessaire 639, 647, 651, 656

- Mormons 614

- naturalisation 634, 679, 696

- opportunisme 275

- ordre public

- alimentaire 811

- *Binnenbeziehung* 385, 613, 631, 636, 640, 647, 650, 652, 653, 654, 656, 657, 658, 663, 678-680, 685-710

- effet atténué 630, 631, 636, 656

- effet direct 611, 615, 628-629, 646-647, 650-658

- effet indirect 385, 612, 659-710

- doctrine 661-

665, 683-696

- jurisprudence et pratique 666-682

- effet de l'intervention 664, 693, 691 ss

- potentielle 610, 614, 618, 619, 623, 625, 634, 643, 650, 696

- prohibition 602, 652, 659, 672

- qualification 683

- reconnaissance 385, 683, 684

- séjour et établissement 376,

624, 633-634, 640, 663, 678,

679

- successions 612, 623, 632, 655-656, 693, 699, 705-707, 710
- successive 604, 606
- Suisse
 - célébration en Suisse 645-658
 - reconnaissance 659-710
- tempéraments légaux 604, 605
- virtuelle
 - cf. *potentielle*

Positivisme 4

Prévisibilité 212, 218, 249, 308, 417, 422, 424, 425

Principe de l'appréciation concrète 29, 31, 109, 215-218, 223-226, 332, 368, 409, 564, 650, 652, 685, 690, 736, 850, 856, 914, 949, 957, 958

Principes d'ordre public

- bonne foi 292
- dignité de la personne 528
- égalité 492, 501
- intérêt de l'enfant
 - cf. *adoption*
- interdiction de l'abus de droit 292
- interdiction de l'enrichissement du lésé 297, 438-439
- *pacta sunt servanda* 292
- prohibition des discriminations 481, 482, 500, 514, 555, 693, 736, 742
 - cf. *adoption, divorce, filiation, mariage/empêchements discriminatoires, nom, successions*
- prohibition de la corruption 297
- polygamie 602, 606, 646, 647, 652, 659, 685
- réserve successorale
 - cf. *successions*
- source (nationale ou transnationale) 343-344
- vérité biologique ?
 - cf. *filiation*

Professio juris

- cf. *successions*

Punitive damages 297, 321, 438, 439

Q

Qualification 271

- cf. *adoption, polygamie, partenariat homosexuel, répudiation*

Question anglaise 20

Question préalable

- cf. *reconnaissance/exécution* 324, 372

R

RAAPE 2

Reconnaissance/exécution

- cf. *arbitrage, effet atténué, effet de l'intervention de la réserve, Binnenbeziehung, situations boiteuses*
- conditions générales 221 ss
- état civil
 - cf. *transcription*
- LDIP 220
- motifs de refus 221, 222
- noyau dur 384-385
- principal/préalable 220, 323
- sentences étrangères 244

Recours

- cf. *voies de recours*

Règle de conflit

- dimension sociale 209
- méthode des intérêts 210 ss
- et ordre public 199 ss, 489
- pluralité de méthodes 208
- substantielle 205
- unification 206

Règle internationale matérielle 201, 204, 397, 408, 409, 481, 564, 617, 693, 959

Relativité de l'ordre public 253 ss

- cf. *filiation*
- actualité de l'ordre public 260 ss
 - droit transitoire 263 ss
 - France 261
- dans l'espace 266 ss, 973 ss
 - *Binnenbeziehung* 334
 - cas des Etats fédéraux 267
 - conflits interterritoriaux et interpersonnels 267
- dans le temps 254 ss

Religion 266, 376, 749

Renvoi

- divorce 735
- filiation 842
- nom 488
- ordre public étranger 180 ss

- successions 947

Répudiation

- Allemagne 771-775
- caractère inégalitaire 809
- caractère unilatéral 752
- clause spéciale 818, 820, 821
- consulaire 758, 780, 781
- conventions internationales 776
- diplomatique
 - cf. consulaire
- doctrine suisse 787-788, 791
- droit comparé 752
- effet de l'intervention de la réserve 398
- effets guérisseurs 758, 759, 808, 811
- Etats musulmans 752
- France 101, 314, 762-764
- fraude 101-103, 375, 764
- *ghet* 605, 752, 768, 769, 772
- Grande-Bretagne 765-769
- jurisprudence suisse 777-786, 794-803
- LDIP 789 ss
- ordre public
 - appréciation concrète 225, 333, 757, 787, 809
 - *Binnenbeziehung* 369, 385, 756-759, 786, 791, 795-799, 808-816, 820-821
 - CEDH 764
 - effet atténué 758, 762-764, 808, 820
 - effet direct 755-758, 775, 808
 - effet indirect 673, 674, 776 ss, 808 ss
 - formel 150, 166, 764, 770, 774, 777-778, 791, 795-798, 800, 803, 810
 - garanties pécuniaires 762-763, 810-811
 - illustrations 760-761, 812-815
- privée 752, 759, 768
- qualification 756, 768
- reconnaissance en Suisse 776 ss
- religieuse 758, 776

- représentation des parties 784
- tempéraments 752

Réserve d'ordre public

- cf. ordre public

Réserve successorale

- cf. successions

Responsabilité du fait d'un produit 68

Restatement of the Law, Conflict of laws 53, 207, 305

Révision au fond (prohibée)

- effet 436, 438, 439
- fraude au jugement 98

Révisions législatives 254

S

« Sans papiers » 634

SAVIGNY 2, 26

Sexe

- amours juvéniles 255
- cf. changement de -
- cf. nom/prénom
- révolution sexuelle 255

Siège fictif 89

Situations boiteuses 308, 373, 385, 500, 514, 537, 541, 571, 578, 589, 729, 796, 859, 874, 912, 914, 936

Sobriquets 14

Sources de la réserve

- internes 63 ss
- internationales 69 ss

Spanierfall 55, 349

Statuta odiosa 20, 41

STORY 25

Successions

- cf. polygamie
- Allemagne 942
- autonomie de la volonté 943
 - cf. règle de conflit
- conventions internationales 945, 952
- droit comparé 939-942
- droit impératif 139
- France 941
- fraude 962
- Grande-Bretagne 958-959
- lois d'application nécessaire 950-951, 953, 960
- ordre public

- appréciation concrète 949, 957-958
- appréciation restrictive 942
- *Binnenbeziehung* 942, 948-950, 958, 964, 966
- charges et conditions 950
- clause spéciale 956
- discriminations 940-942, 948-949, 961, 963-964
- effet de l'intervention 393, 409, 428, 959
- effet direct 947-948, 953-962
- effet indirect 947ss
- exhérédation 941
- fidéicommiss 951
- filiation 941-942, 948, 961
- forme 952
- formel 947
- illustrations 963-966
- principe d' 960-962
- réserve successorale 941-942, 953-962, 965-966
- union libre 942
- prélèvement (droit de-) 941
- *professio iuris*
 - cf. *règle de conflit, réserve successorale*
- reconnaissance et exécution 946
- règle de conflit 944-946, 950, 953, 960
- réserve successorale 139, 388, 409, 941, 953-962, 965-966

T

Talak

- cf. *répudiation*

Transcription à l'état civil (art. 32 LDIP)

- adoption 910, 911
- changement de nom 514
- changement de sexe 540
- compétence 228
- généralités 227 ss
- mariage 592
- ordre public formel 232-233
- ordre public matériel 230-231
- partenariat homosexuel 723

- rapports avec la procédure ordinaire 229
- voies de recours 243 ss

Transsexualisme

- cf. *changement de sexe*

Tutelle 486

U

Unification du droit matériel 203

Union européenne 346

Union libre

- cf. *adoption, partenariat homosexuel, successions*

V

Voies de recours

- application uniforme du droit fédéral 239, 248
- arbitrage 240 ss
 - art. 190 LDIP 241 ss, 290-298
 - nature de l'ordre public 291 ss
 - exclusion et limitation du recours (art. 190 al. 2 LDIP) 242 ss
 - reconnaissance et exécution de sentences étrangères 244
- art. 17 LDIP 235 ss
 - voies cantonales 235
 - recours en nullité 237
 - recours en réforme 236
 - recours en révision 237
- art. 27 LDIP 238 ss
- transcription (art. 32 LDIP) 245 ss

VON BAR 29

VON WÄCHTER 24

W

WEISS 35

X

Xénophobie 272, 376

Z

ZITELMANN 31, 330