

« *O tempora! O mores!* » : l'effet du temps sur l'ordre public en droit international privé

par

FLORENCE GUILLAUME*

« *Quelle époque! Quelles mœurs!* » s'est exclamé Cicéron¹ en déplorant le déclin des mœurs au sein de la société romaine. Ces quatre mots expriment un certain dépit de cet éminent juriste face aux mœurs dissolues de ses contemporains; mais ils sont aussi empreints de reproches à l'égard de ces derniers, car leur comportement ne respectait plus les valeurs morales transmises par les Anciens. Ces valeurs à la base de la société romaine – principalement fondées sur le travail, la famille et la fidélité à la patrie – constituaient le ciment de l'organisation sociale romaine. Formalisées juridiquement sous la forme de coutumes et de lois, ces valeurs essentielles étaient transmises avec respect de génération en génération. Le temps avait alors un effet constitutif sur le droit: plus une loi était ancienne, plus grande était son autorité. Dans un tel système fondé sur la tradition, la prise en compte de l'évolution des mœurs de la société en vue d'une adaptation du droit était un vrai casse-tête pour les juristes².

La matérialisation de l'évolution des mœurs au niveau du droit pose la question de la situation du droit dans le temps. Le droit n'est pas figé: il a par essence un caractère provisoire et doit être mis à jour régulièrement pour s'adapter aux mœurs de la société qu'il régit. Dans une société comme la nôtre, caractérisée par l'accélération et la multiplication des relations humaines, le législateur participe au mouvement en mettant souvent à jour les lois, voire en les multipliant. Il répond de la sorte à une attente de la société qui l'incite à adapter le droit promptement de manière à prendre en compte l'évolution rapide des mœurs. Le passage du temps n'augmente bien souvent plus l'autorité d'une loi, mais fait bien au contraire ressortir sa vétusté et la nécessité de l'adapter aux nouveaux besoins de la société. Seul le noyau juridique composé des valeurs essentielles de justice qui constituent

* Professeur à l'Université de Neuchâtel. La présente contribution reprend et développe les idées présentées lors de ma leçon inaugurale à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel le 7 décembre 2007, laquelle s'est tenue dans le cadre d'un colloque consacré au thème « *Le temps et le droit* ».

1 CICÉRON, *Catilinaires* I, 1.

2 Voir CHEVREAU, p. 4-6.

le fondement de l'organisation sociale paraît devoir être maintenu à l'abri du temps. Ces principes de base, qui sont d'une importance vitale pour l'Etat, composent son ordre public interne.

La confrontation avec les mœurs existant dans d'autres sociétés est un facteur important de remise en question des lois. En vertu du principe de territorialité, les lois d'un Etat ne s'appliquent que dans les limites de son territoire. Dans le cadre des relations internationales entre les individus, le développement du droit international privé a permis aux Etats d'accepter que des règles de droit étrangères déploient aussi des effets sur leur propre territoire. Chaque Etat entend néanmoins sauvegarder les valeurs constituant les fondations de son système juridique contre l'intrusion de règles de droit étrangères incompatibles avec ces valeurs de base. Cette mission est du ressort de l'ordre public international.

L'objet de la présente contribution est d'étudier l'effet du temps sur l'ordre public en droit international privé. Nous commencerons par rappeler brièvement la notion d'ordre public, puis nous étudierons la manière dont le juge peut prendre en considération le passage du temps pour accepter ou refuser d'accorder des effets juridiques à une règle de droit étrangère. Nous illustrerons notre propos principalement à la lumière de quelques décisions du Tribunal fédéral choisies dans le domaine des relations entre époux. Le droit de la famille, et en particulier les questions liées au mariage et au divorce, est en effet un terrain de prédilection pour l'ordre public qui est très réactif à l'évolution des mœurs.

I. L'ordre public en droit international privé

A. La relativité de la notion d'ordre public international

L'ordre public international d'un Etat est composé des principes essentiels qui sous-tendent son organisation sociale. Chaque Etat a un ordre public international, autrement dit un ordre public dont le champ d'intervention est limité aux relations internationales entre les individus. Son contenu dépend des mœurs et du sentiment de justice généralement reconnu sur son territoire³. Les contours exacts de l'ordre public international d'un Etat ne peuvent pas être déterminés au moyen d'une énumération des différents éléments qui le composent. Pour s'en convaincre, il suffira de mentionner le fait que toutes les dispositions impératives du droit interne d'un Etat ne font pas nécessairement partie de son ordre public au niveau international⁴. Les contours de l'ordre public international d'un Etat ne peuvent être

3 Comme l'a consacré Dutoit dans une formule restée célèbre: « Réflétant l'état actuel de la civilisation et des mœurs dans un pays donné, l'ordre public, tel un caméléon, adapte sa couleur au gré même des changements socio-culturels », DUTOIT, *L'ordre public*, p. 456.

4 Même si l'on désigne ces dispositions par les termes de « *dispositions d'ordre public* ». Voir BUCHER, *L'ordre public*, p. 23 s.

déterminés que par confrontation avec les règles de droit étrangères. C'est en effet par le hasard d'un procès que le juge est amené à apprécier la compatibilité d'une règle de droit étrangère avec son propre système juridique. S'il estime qu'elle est en opposition avec les mœurs et le sentiment du droit existant sur son propre territoire, il peut l'écarter au nom de l'ordre public. Son appréciation de la règle de droit étrangère sera conditionnée par le moment où il statue. La portée de l'ordre public international est donc par essence en constante mutation au gré de l'évolution des mœurs de la société⁵.

L'ordre public international est ainsi une notion relative dont la portée dépend non seulement de l'Etat dans lequel le juge se trouve (relativité dans l'espace), mais également du moment où il doit rendre sa décision (relativité dans le temps). C'est la raison pour laquelle le contenu de l'ordre public international ne peut être délimité précisément.

B. Le rôle du juge

Le rôle du juge⁶ est essentiel: il a pour mission de contrer l'intervention d'une règle de droit étrangère lorsqu'elle est contraire aux valeurs essentielles de justice de son système juridique. Pour ce faire, la réserve de l'ordre public (ou l'*«exception d'ordre public»*) est mise à sa disposition. Ce moyen de défense lui permet de veiller à ce que seules les règles de droit étrangères qui respectent l'ordre public international de son Etat puissent déployer des effets juridiques sur son territoire. Le juge est ainsi le garant des valeurs essentielles de justice du système juridique dans lequel il évolue.

En droit international privé, le juge intervient dans deux situations bien distinctes: soit il est amené à trancher une question de droit qui lui est présentée, soit il doit reconnaître une décision prise par une autorité étatique étrangère. Il peut faire intervenir la réserve de l'ordre public dans le premier cas lorsqu'il veut empêcher l'application d'une règle de droit étrangère à la question qui lui est soumise. Dans le second cas, il peut l'invoquer pour refuser qu'une situation qui a déjà des effets juridiques à l'étranger en déploie aussi sur son propre territoire. Le juge est situé à un autre moment sur la ligne du temps lorsque l'une ou l'autre situation se présente à lui: avant de rendre une décision, respectivement après qu'une décision a été rendue à l'étranger. Nous verrons que cette différence au niveau de la position

5 BUCHER, L'ordre public, p. 45: «L'ordre public faisant appel, principalement, aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique, il s'adapte nécessairement à l'évolution de ces valeurs dans la société. 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».

6 Par souci de simplification, nous utiliserons le terme «*juge*» pour désigner toute autorité étatique (judiciaire ou administrative) confrontée à la question de la compatibilité d'une règle de droit étrangère avec son propre ordre public international.

temporelle du juge a une incidence directe sur la manière dont il va se servir de la réserve de l'ordre public. Il doit en effet prendre en considération les éléments de fait ou de droit passés pour apprécier la situation qui lui est soumise. Mais il ne peut pas non plus ignorer les répercussions de sa décision dans le futur. Un refus de reconnaître une décision étrangère a pour conséquence que les parties auront des relations juridiques différentes dans l'Etat d'origine de la décision et dans l'Etat où la reconnaissance a été refusée. Le juge a donc nécessairement plus de retenue lorsqu'il se sert de la réserve de l'ordre public pour refouler la décision d'un collègue étranger que lorsqu'il la brandit pour trancher la situation de fait qui lui est soumise. Pour cette raison, la portée de l'ordre public international dépend dans une large mesure du pouvoir d'appréciation du juge, lequel dépend à son tour du moment où le juge statue et des circonstances de l'affaire.

II. L'effet du temps dans le cadre de l'application du droit étranger

A. La réserve de l'ordre public intervient en cas d'incompatibilité

Le droit international privé suisse admet depuis longtemps que des règles de droit étrangères puissent déployer des effets sur le territoire suisse. L'application d'une règle de droit étrangère par le juge suisse ne présente pas de difficulté particulière lorsque le système juridique dont elle est issue est proche du système juridique suisse. Tel est le cas lorsqu'il est fondé sur les mêmes mœurs et les mêmes valeurs essentielles de justice. Par contre, la situation se complique lorsque le système juridique étranger plonge ses racines dans des valeurs différentes de celles qui sont à la base de l'ordre juridique suisse. Il y a alors confrontation avec l'ordre public international de la Suisse (que nous désignerons ci-après par les termes d'*«ordre public suisse»*).

Cette confrontation se manifeste par la réaction du juge qui est heurté dans son sentiment du droit et qui repousse la règle de droit étrangère au moyen de la réserve de l'ordre public. Cette dernière permet au juge suisse «de ne pas apporter la protection de la justice suisse à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique tel qu'il est conçu en Suisse»⁷. Le juge peut l'invoquer lorsque l'application de la règle de droit étrangère «aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse»⁸. Autrement dit, et selon les termes de la loi: «L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse»⁹. Mais le juge ne peut pas rejeter une règle de droit étrangère

7 ATF 125 III 443 (447).

8 ATF 117 II 494 (501).

9 Art. 17 LDIP.

du simple fait qu'elle est différente de celle existant en droit suisse : il doit vérifier dans chaque cas d'espèce si son application conduirait à un résultat incompatible avec les principes essentiels de l'ordre juridique suisse.

En présence d'une règle de droit étrangère entrant en contradiction avec les valeurs essentielles de l'ordre juridique suisse, le juge doit d'office faire intervenir la réserve de l'ordre public pour empêcher l'application de la règle de droit étrangère. Le mécanisme de défense de l'ordre public intervient dans ce cas pleinement et le juge applique le droit suisse à la place du droit étranger qui aurait normalement dû s'appliquer selon sa règle de conflit de lois.

B. De l'interdiction de principe de la polygamie

Pour illustrer notre propos, prenons l'exemple des mariages polygamiques. La prohibition de la polygamie est ancrée très profondément dans les mœurs des sociétés occidentales. Pour cette raison, le mariage polygamique est traditionnellement considéré comme absolument incompatible avec un système de droit fondé sur la morale chrétienne¹⁰.

En droit suisse, la notion de mariage est la consécration d'une union monogame entre un homme et une femme¹¹. Par conséquent, un mariage est absolument nul « lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint »¹². Comme tout mariage célébré en Suisse doit respecter les conditions de fond du droit suisse¹³, il n'est pas possible d'y célébrer un mariage dont l'un des conjoints est déjà marié avec un tiers. Toutefois, la loi autorise des fiancés étrangers à invoquer l'un de leurs droits nationaux pour se marier si les conditions de fond du droit

suisse ne sont pas remplies¹⁴. Est-ce que deux personnes, dont l'une est déjà mariée avec un tiers, pourraient invoquer l'application de l'un de leurs droits nationaux étrangers, qui autoriserait la polygamie, pour se marier en Suisse? La réponse est négative, dès lors que la célébration d'un tel mariage en Suisse heurterait les principes essentiels de l'ordre juridique suisse. La réserve de l'ordre public interviendrait dans ce cas avec force pour contrer l'application du droit étranger. L'intervention de l'ordre public ne serait pas justifiée du seul fait que le droit suisse du mariage n'autorise pas la bigamie, mais aussi parce que la célébration d'un mariage polygamique en Suisse heurterait de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse. L'ordre public permet ainsi de protéger l'identité culturelle suisse contre l'implantation de modèles familiaux différents de nature à troubler l'ordre social.

Cet exemple montre que le temps n'a qu'une incidence limitée sur le mécanisme d'intervention de l'ordre public lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit étranger. Seul le moment où la question de l'application d'une loi étrangère se pose est déterminant pour juger de sa compatibilité avec l'ordre public suisse. Cette (in-)compatibilité peut se modifier au fil des ans en fonction de l'évolution des mœurs. Aujourd'hui, le mariage polygamique est manifestement contraire à l'ordre public suisse, mais on ne peut pas exclure que l'évolution des mœurs et du sentiment de justice conduise un jour à admettre la possibilité de célébrer un mariage polygamique en Suisse à certaines conditions¹⁵.

III. L'effet du temps dans le cadre de la reconnaissance d'une décision étrangère

A. La réserve de l'ordre public intervient en cas d'incompatibilité manifeste

Le principe qu'une décision judiciaire ou administrative rendue à l'étranger puisse déployer en Suisse les mêmes effets que dans son Etat d'origine est admis depuis longtemps. Toutefois, la décision étrangère n'aura en principe aucun effet juridique en Suisse avant d'être passée à travers une procédure formelle de reconnaissance¹⁶.

10 Voir DUTOIT, Commentaire LDIP, *ad* art. 45, n° 5, p. 156; LAGARDE, Différences, p. 14-15; OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 381-386.

11 Ce principe fondamental a été rappelé récemment par le législateur: Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) du 29 novembre 2002, FF 2003 1192 (1206). Tous les pays de tradition romano-chrétienne ont la même règle dans leur droit national. Voir LAGARDE, Différences, p. 49-51.

12 Art. 105 ch. 1 CC.

13 Voir l'art. 44 al. 1 LDIP. Quant à la forme, la loi précise que « la forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse » (art. 44 al. 3 LDIP). Le mariage doit être célébré en Suisse devant l'officier d'état civil pour déployer des effets d'état civil (art. 97 al. 1 et 3 CC). Un mariage célébré en Suisse uniquement sous une forme religieuse n'est donc pas valable. Néanmoins, certains auteurs admettent qu'un tel mariage peut être considéré comme valable dans certains cas, notamment lorsqu'il serait reconnu dans l'Etat de domicile ou national de l'un des époux et que ces derniers croyaient de bonne foi être mariés. BUCHER, Le couple, n° 127, p. 53-54. Il en irait de même d'un mariage célébré en Suisse devant une autorité consulaire ou diplomatique. BUCHER, Le couple, n° 138, p. 57. Voir à ce sujet OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 363-367.

14 Voir l'art. 44 al. 2 LDIP.

15 Quoiqu'on ne puisse pas constater de réelle évolution des mœurs au cours des derniers siècles: GAUDEMET, p. 200, relate qu'au XV^e siècle, les bigames étaient condamnés en France à des peines de prison de l'ordre de deux ans, bannis hors du ressort de la juridiction, voire exposés plusieurs dimanches de suite en haut d'une échelle sur la place publique. Même si les peines sont plus respectueuses de la personne aujourd'hui, la polygamie reste en Suisse un délit passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 215 CP).

16 Voir les art. 25 à 32 LDIP.

Le juge suisse ne va pas rejurer dans le cadre de cette procédure la décision étrangère qui lui est soumise, mais bien plutôt avaliser la solution donnée par son collègue étranger.

Dans le cadre de l'examen de la décision étrangère en vue de sa reconnaissance, le juge suisse peut invoquer la réserve de l'ordre public lorsque son sentiment de justice est heurté par la décision étrangère. Mais il ne peut pas s'y référer pour s'opposer à la reconnaissance en raison du fait qu'il aurait statué différemment que son collègue étranger¹⁷. Dans son analyse, le juge doit porter une attention particulière au fait que la décision étrangère déploie déjà des effets à l'étranger. Pour éviter de créer des situations boiteuses entre les parties, le juge suisse va en principe reconnaître la décision étrangère. Il n'invoquera la réserve de l'ordre public qu'avec retenue, lorsque «la contradiction avec le sentiment suisse du droit et des mœurs est sérieuse»¹⁸. Selon les termes de la loi, le juge suisse ne peut refuser de reconnaître la décision étrangère que «si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse»¹⁹. Par conséquent, il ne peut refuser la reconnaissance que si la décision étrangère déploierait en Suisse des effets juridiques qui entreraient en opposition crasse avec les principes essentiels de l'ordre juridique suisse.

Lorsqu'il doit déterminer s'il peut accepter qu'une décision étrangère ait des effets sur son territoire, le juge doit prendre en considération le fait que l'écoulement du temps a permis à la décision de déployer des effets juridiques à l'étranger et qu'elle va continuer à y déployer des effets à l'avenir. Le juge se sent nécessairement moins libre de rejeter les valeurs d'un système juridique étranger au nom de la préservation des valeurs essentielles de son propre système juridique, dès lors que la décision étrangère a déjà déployé des effets à l'étranger. Cet élément de durée affaiblit de manière significative la portée de la réserve de l'ordre public en matière de reconnaissance. Le temps a donc un effet direct sur le mécanisme d'intervention de l'ordre public lorsque la question de la reconnaissance d'une décision étrangère se pose au juge.

Nous allons voir que plusieurs systèmes ont été développés pour appréhender l'effet du temps sur l'ordre public dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères. Les modèles d'analyse proposés par la doctrine mettent toujours l'accent sur la relation entre la situation personnelle considérée et l'ordre juridique du juge de la reconnaissance (*l'«ordre juridique du for»*). Il ne fait aucun doute que l'élément spatial est primordial en droit international privé, mais il est intéressant de montrer que l'élément temporel a aussi une influence directe sur l'analyse du juge. C'est ce que nous allons tenter à la lumière de trois situations familiales faisant vibrer notre sentiment de justice.

17 Le juge suisse ne peut en aucun cas procéder à une révision au fond de la décision étrangère, même si le juge étranger a appliqué le droit suisse (voir l'art. 27 al. 3 LDIP).

18 ATF 116 II 625 (630).

19 Art. 27 al. 1 LDIP.

B. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public

La théorie de l'effet atténué de l'ordre public a été développée pour relativiser l'effet de l'ordre public en matière de reconnaissance. La meilleure illustration de cette théorie est fournie par son application à la reconnaissance des mariages polygamiques.

1. De la non-reconnaissance de la polygamie...

Nous avons vu ci-dessus que la polygamie est contraire à l'ordre public suisse et que les futurs époux ne sont pas autorisés à invoquer un droit étranger pour célébrer un mariage polygamique en Suisse. Mais faut-il pour autant refuser de reconnaître en Suisse un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger en application d'un droit qui l'autorise? Cela aurait pour conséquence que seul le premier mariage serait reconnu en Suisse. Comme la première épouse serait la seule épouse légitime, les autres épouses (les «épouses subséquentes») se trouveraient dans une situation de non-droit en Suisse.

A notre connaissance, il n'existe pas encore de jurisprudence des autorités suisses sur la reconnaissance d'un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger²⁰. Il est très probable que seul le premier mariage pourrait être reconnu comme tel. Les mariages subséquents ne pourraient pas être reconnus, quand bien même ils auraient été valablement célébrés à l'étranger, car ils seraient considérés comme «manifestement incompatibles» avec les mœurs et le sentiment du droit en Suisse. L'application de la réserve de l'ordre public conduirait donc probablement à la non-reconnaissance des mariages subséquents en Suisse.

Or, dans le cas d'un mariage polygamique, c'est surtout notre sentiment de justice qui est heurté par l'aspect inégalitaire d'une telle union dans laquelle l'égalité entre homme et femme ne nous paraît pas respectée. La polygamie musulmane en particulier nous semble placer la femme dans une situation d'infériorité.

20 Le Tribunal fédéral s'est par contre prononcé sur la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger avant la dissolution d'un précédent mariage. Il ne s'agit pas dans ce cas de polygamie au sens propre, car l'époux ne souhaite pas avoir plusieurs épouses en même temps, mais plutôt plusieurs femmes successivement. Voir par exemple: Arrêt du Tribunal fédéral du 6 novembre 1991, reproduit à la REC 1992 p. 178. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a invoqué la réserve de l'ordre public pour refuser de reconnaître le mariage d'un Suisse avec une Thaïlandaise célébré en Thaïlande avant que le précédent mariage de l'époux avec une Suissesse ait été dissous par un divorce. La reconnaissance a été refusée quand bien même les époux suisses étaient divorcés au moment où le Tribunal fédéral a dû statuer. Les juges fédéraux ont en effet considéré que la non-reconnaissance du mariage avec la Thaïlandaise était préférable, dès lors que le Suisse l'avait quittée dans l'intervalle pour épouser, en troisièmes noces, une Espagnole avec laquelle il avait eu un enfant.

rité²¹. Mais la non-reconnaissance des mariages subséquents peut avoir pour conséquence d'empirer la situation des épouses « *illégitimes* ». En cas de difficultés conjugales avec la deuxième épouse, par exemple, celle-ci ne serait pas légitimée à invoquer la protection offerte par le droit suisse aux époux. Lors du décès de son époux, elle n'aurait pas non plus le statut de conjoint survivant attribué par le droit suisse à l'époux et ne serait donc pas considérée comme un héritier légal. L'absence de reconnaissance de son mariage empirerait par conséquent sa situation juridique. Ces deux exemples montrent que notre sentiment de justice peut également être heurté par le fait que le refus de reconnaissance des mariages subséquents sacrifierait les intérêts de ces épouses qui ont fondé des attentes – légitimes de leur point de vue – sur leur mariage.

Pour cette raison, d'autres pays qui nous sont proches et qui ont subi une forte immigration en provenance de pays musulmans ont peu à peu adopté une position plus permissive en matière de reconnaissance des mariages polygamiques étrangers. La France, par exemple, a développé depuis de nombreuses années une jurisprudence permettant d'appréhender le dilemme de la reconnaissance des mariages polygamiques étrangers dont le juge suisse pourrait s'inspirer.

2. ... à l'attribution d'effets juridiques à un mariage polygamique non reconnu ?

L'ordre public international français s'oppose à la reconnaissance de mariages polygamiques en France. Toutefois, les juges français ont peu à peu accepté que certains effets des mariages subséquents soient reconnus en France. Ils ont ainsi admis que la seconde épouse et ses enfants aient les mêmes prétentions successorales que la première épouse et ses propres enfants dans le cadre de la succession du mari et père des enfants²². De même, la seconde épouse et ses enfants peuvent prétendre à une pension alimentaire en cas de dissolution du mariage²³.

La jurisprudence française parle dans ce cadre d'effet atténué de l'ordre public pour désigner le fait que même si la relation juridique acquise à l'étranger n'est pas reconnue en tant que telle en France, elle peut néanmoins y déployer des effets²⁴. Selon les termes de la Cour de cassation française, l'ordre public doit avoir un effet atténué lorsqu'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. »²⁵ Le juge français applique dans ce cas la réserve de l'ordre public avec retenue de manière à tenir compte des effets que le mariage polygamique a déjà produits et est encore susceptible de produire à l'étranger. Cette solution pragmatique permet d'éviter d'empirer la situation juridique des épouses « *illégitimes* ». Elle prend en compte le fait que les époux sont liés par les liens d'un mariage valable à l'étranger et qu'ils nourrissent des attentes légitimes fondées sur ce statut d'état civil²⁶. L'écoulement du temps est ainsi pris directement en considération par le juge qui est incité par son sentiment de justice à admettre qu'une institution juridique contraire à son propre ordre public, mais qui s'inscrit dans la durée, puisse néanmoins avoir certains effets juridiques sur son territoire. Grâce à l'effet atténué de l'ordre public, la situation juridique considérée pénètre dans une zone grise de l'espace juridique du juge, située entre l'absence complète d'effet (en cas de non-reconnaissance) et l'existence d'effets identiques à ceux existant dans l'Etat dans lequel elle est née (en cas de reconnaissance).

Mais tous les mariages polygamiques ne peuvent pas être mis au bénéfice de l'effet atténué de l'ordre public. Les juges français ont été amenés à distinguer la situation où une famille polygamique vient s'installer en France de celle où le mari a profité d'un voyage à l'étranger pour y épouser une seconde femme. Dans cette dernière hypothèse, la décision a été obtenue à l'étranger en fraude à la loi française et la réserve de l'ordre public doit s'appliquer de façon stricte. Ainsi, la jurisprudence française refuse en principe d'accorder des effets au second mariage que le mari est allé célébrer à l'étranger alors qu'il était déjà marié à une épouse de nationalité française et vivait avec elle en France²⁷. La réserve de l'ordre public doit s'appliquer dans toute son ampleur à une telle situation : l'effet atténué de l'ordre public ne peut pas être invoqué pour protéger un droit acquis à l'étranger en fraude à la loi française²⁸. La jurisprudence considère implicitement que la seconde épouse n'a pas besoin de protection juridique particulière dans cette situation, dès lors qu'elle n'a pas eu le temps de nourrir des attentes légitimes fondées sur son mariage. Et pourtant, cette épouse « *illégitime* » sur territoire français se retrouve dans une situation précaire, dès lors qu'elle est bel et bien mariée avec son époux selon la loi musulmane qui est la seule loi pertinente de son point de vue. Cet exemple montre bien l'impact du temps sur le maniement de la réserve de l'ordre public : le fait que le second mariage n'a pas déployé des effets pendant une certaine durée à l'étranger permet une application stricte de la réserve.

21 En ce sens : OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 412 : « 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 ».

22 Voir p. ex. l'affaire *Benddedouche* : CA Paris, 22 février 1978, RCDIP 1978, p. 507 et Cass. Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, RCDIP 1980, p. 331.

23 Voir p. ex. l'affaire *Chemouni* : Cass. Civ. 1^{re}, 28 février 1958, RCDIP 1958, p. 110 et Cass. Civ. 1^{re}, 19 février 1963, RCDIP 1963, p. 559.

24 Voir BATTIFOLL/LAGARDE, n° 362, p. 582-584, pour des exemples d'effets admis par la jurisprudence française.

25 Affaire *Rivière* : Cass. Civ. 1^{re}, 17 avril 1953, RCDIP 1953, p. 412.

26 Voir BOURDELOIS, p. 154-157.

27 Voir p. ex. l'affaire *Baaziz* : Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, RCDIP 1989, p. 71.

28 Voir la définition de l'effet atténué de l'ordre public faite par la Cour de cassation dans l'affaire *Rivière* (*supra* note 25) et reproduite ci-dessus dans le corps du texte.

La théorie de l'effet atténué de l'ordre public a reçu un écho favorable dans la doctrine suisse²⁹. Sur cette base, un juge suisse pourrait refuser de reconnaître les mariages subséquents en tant que tels, mais admettre néanmoins qu'ils déploient certains effets juridiques en Suisse³⁰. En outre, la prise en compte des liens que les époux entretenaient avec l'ordre juridique suisse au moment de la célébration du mariage subséquent figure déjà dans la loi. L'art. 45 al. 2 LDIP prévoit en effet que l'ordre public s'oppose à la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger «dans l'intention manifeste d'éviter les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse». Cette disposition permet de s'opposer à la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger – par exemple lors d'un voyage – en fraude à la loi suisse. Toutefois, elle ne s'applique que si l'un des fiancés est suisse ou si les deux fiancés ont leur domicile en Suisse au moment de la célébration du mariage.

En résumé, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public permet au juge de prendre en considération les circonstances du cas concret qui lui est soumis, et en particulier l'évolution dans le temps de la situation humaine considérée. Deux principales considérations peuvent inciter le juge à appliquer la réserve de l'ordre public avec un effet atténué: d'une part, éviter de créer une situation juridique boiteuse, et d'autre part tenir compte de la durée pendant laquelle la situation juridique a eu des effets à l'étranger. L'exemple des mariages polygamiques illustre le fait que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour appliquer la réserve de l'ordre public dans le cadre de la reconnaissance d'une décision étrangère. Il pourra ainsi faire intervenir la réserve de l'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance d'un mariage polygamique célébré à l'étranger, tout en acceptant de reconnaître certains effets juridiques à un tel mariage dans la mesure où les époux n'ont pas cherché à contourner les règles du droit suisse en célébrant ce mariage. Sa marge d'appréciation est plus large qu'en matière d'application du droit étranger: la réserve de l'ordre public intervient sans nuance pour empêcher toute célébration d'un mariage polygamique en Suisse.

C. La théorie de l'intensité des liens avec le for

La théorie de l'intensité des liens avec le for (*Binnenbeziehung*) a été développée pour assouplir l'effet de l'ordre public lorsque la situation à reconnaître n'entretient que peu de liens avec l'ordre juridique de l'Etat dans lequel la question de la reconnaissance se pose. Elle est le pendant en matière de reconnaissance du prin-

cipe de proximité³¹ (ou «*théorie des liens les plus étroits*») qui intervient pour déterminer le droit applicable. L'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des répudiations offre une illustration de cette méthode consistant à ne faire intervenir la réserve de l'ordre public que lorsque la décision étrangère a des liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique suisse.

1. De la non-reconnaissance des répudiations...

Le droit de certains Etats prévoit la possibilité de rompre le lien matrimonial par décision unilatérale de l'un des époux. La répudiation musulmane permet par exemple au mari de rompre le lien matrimonial par une simple déclaration de volonté unilatérale sans que son épouse ait son mot à dire³². De même, certains divorces privés peuvent être prononcés sans consultation préalable de l'autre époux. Quelquefois, l'autre époux n'est même pas au courant de la «*procédure de divorce*». Dans certains droits, la dissolution unilatérale du mariage peut être réalisée sans intervention d'une quelconque autorité étatique, alors que dans d'autres droits, une autorité étatique intervient au moins pour homologuer la dissolution. Ces formes de «*divorce unilatéral*» sont contraires à l'ordre public suisse. Elles entrent en opposition avec au moins deux principes fondamentaux du droit suisse: d'une part, le droit d'être entendu et de faire valoir ses moyens de défense dans le cadre de la procédure de divorce (contradiction avec l'ordre public formel), et d'autre part, le principe d'égalité entre époux lorsque le sort du lien matrimonial dépend de la seule volonté du mari (contradiction avec l'ordre public matériel).

En droit suisse, les tribunaux étatiques ont une compétence exclusive pour rompre le lien matrimonial. L'ordre public suisse s'oppose dès lors à ce qu'une répudiation ou un divorce privé faits sur le territoire suisse puisse y déployer un effet juridique. Les époux ne sont notamment pas autorisés à invoquer leur droit national étranger commun pour dissoudre l'union matrimoniale de façon unilatérale³³. Mais qu'en est-il lorsqu'une telle dissolution a été réalisée valablement à l'étranger?

Dans un premier temps, la jurisprudence du Tribunal fédéral était claire: la répudiation est une institution contraire à l'ordre public suisse et ne saurait être reconnue en Suisse. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître la

29 BUCHER, Le couple, n° 150-153, p. 63-65; DUTOIT, Commentaire LDIP, ad art. 45, n° 5, p. 156; OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 425-430.

30 L'Office fédéral de la justice (OFJ) soutient d'ailleurs cette opinion. Voir un avis non publié de l'OFJ du 18 mars 1997, partiellement reproduit in OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 423.

31 LAGARDE, La théorie, p. 270, définit le principe de proximité comme recouvrant «un ensemble de circonstances appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi étrangère».

32 ALDEEB ABU-SAHLEH, Les musulmans, p. 167; LAGARDE, Différences, n° 19, p. 67 s.

33 L'application de l'art. 61 al. 2 LDIP est contrée par la réserve de l'ordre public. OTHENIN-GIRARD, Reconnaissance, p. 28 s., ne partage pas cet avis: selon cet auteur, on peut envisager des cas où une répudiation pourrait être prononcée valablement sur le territoire suisse en application d'un droit étranger.

répudiation d'une épouse (de nationalité suisse) prononcée par son mari (de nationalité égyptienne) selon le droit égyptien³⁴. Le fait que la femme avait consenti à la dissolution du lien conjugal et requérait elle-même l'inscription du divorce dans les registres suisses d'état civil n'a eu aucune incidence sur l'appréciation des juges. La réserve de l'ordre public s'est donc appliquée pleinement pour s'opposer à la reconnaissance de la répudiation.

Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a rappelé que la répudiation ne saurait être reconnue en Suisse, car elle est une forme de dissolution du mariage « absolument insoutenable aux yeux de l'entendement suisse »³⁵. Par contre, il a admis dans cet arrêt que les formes privées de dissolution de l'union conjugale sont en soi susceptibles de reconnaissance lorsqu'elles ont fait l'objet d'une homologation par les autorités locales. Il a toutefois refusé de reconnaître un divorce privé prononcé selon le droit ghanéen, dès lors qu'il ne ressortait pas avec certitude des faits que les deux époux aient été au courant du divorce et y aient consenti. Dans cette affaire, le divorce avait été prononcé à la demande de deux représentants des familles des époux, hors présence des époux et sans le concours des autorités dont le rôle s'était visiblement limité à l'enregistrement du divorce. Pour le Tribunal fédéral, il ne fait pas de doute qu'un divorce prononcé par accord des seuls représentants des familles sans que l'un des époux le sache, voire contre la volonté de celui-ci, serait en contradiction totale avec les conceptions juridiques suisses et ne pourrait pas être reconnu³⁶. On précisera qu'il ressort des faits que l'épouse (de nationalité suisse) était à l'origine du divorce et avait organisé ce dernier à distance, puis avait requis l'inscription du divorce dans les registres suisses d'état civil. Son ex-mari (de nationalité ghanéenne) – dont le séjour en Suisse était désormais compromis – s'y était alors opposé en arguant du fait qu'il n'était pas au courant du divorce.

2. ... à une reconnaissance pure et simple des répudiations ?

Au moment du passage au XXI^e siècle, le Tribunal fédéral a commencé à nuancer sa jurisprudence : la répudiation n'est plus en soi une institution contraire à l'ordre public³⁷. Il faut dès lors vérifier de cas en cas si une répudiation prononcée à l'étranger peut être reconnue en Suisse au vu des circonstances de l'espèce. Ce changement de jurisprudence est intervenu dans une affaire où un mari (de nationalité suisse) avait répudié sa femme (de nationalité libanaise) au Liban. Après cette répudiation, l'ex-épouse était venue s'installer en Suisse avec les enfants du couple (de nationalité suisse) et y a introduit une demande en divorce. Au vu des circonstances de fait – et notamment de l'emménagement en Suisse –, le Tribunal

fédéral a estimé que la réserve de l'ordre public devait s'appliquer pour empêcher la reconnaissance de la répudiation. La procédure de divorce a pu ainsi suivre son cours en Suisse.

Le Tribunal fédéral s'est référé dans cet arrêt à la théorie de l'intensité des liens avec le for (*Binnenbeziehung*) selon laquelle la reconnaissance de la décision étrangère doit être refusée, en raison de son incompatibilité avec l'ordre public, lorsque les parties entretiennent des liens suffisamment étroits avec l'Etat dans lequel la reconnaissance est requise³⁸. Selon cette théorie, le fait qu'une décision étrangère soit incompatible avec l'ordre public suisse a somme toute peu d'importance lorsque la cause présente peu de liens avec l'ordre juridique suisse. Dans ce cas-là, le juge a tendance à ne pas invoquer la réserve de l'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère en soi contraire à l'ordre public suisse. L'application de cette théorie à la répudiation a pour conséquence que cette institution n'est plus en soi incompatible avec l'ordre public suisse, mais qu'il faut bien au contraire vérifier dans chaque cas d'espèce si la réserve de l'ordre public doit ou non intervenir pour refuser la reconnaissance d'une répudiation valablement obtenue à l'étranger. Cette théorie limite donc la portée de la réserve de l'ordre public lorsque les personnes concernées par la répudiation n'ont que peu d'attaches avec la Suisse. Plus les liens avec l'ordre juridique suisse sont faibles, moins l'ordre public aura vocation à intervenir pour bloquer la reconnaissance de la répudiation en Suisse, et vice versa. La question de savoir si le fait qu'un seul des époux soit de nationalité suisse ou domicilié en Suisse suffit pour qu'on doive considérer que les liens sont suffisamment intenses pour légitimer un refus de reconnaissance reste ouverte.

Cette dernière jurisprudence correspond à la tendance qui est en train de se dessiner dans les pays occidentaux en matière de répudiation. En France, on trouve une jurisprudence très abondante dans ce domaine³⁹. Même si elle se développe en dents de scie, il est possible d'en dégager les grandes lignes. Pendant longtemps, la réserve de l'ordre public s'est opposée à la reconnaissance en France des répudiations prononcées à l'étranger, mais ces dernières pouvaient néanmoins y déployer certains effets en vertu de l'effet atténué de l'ordre public⁴⁰. Désormais, la réserve de

34 ATF 88 I 48 (d).

35 ATF 122 III 344 = JdT 1997 I 296 (300). Voir la note de BUCHER, RSDIE 1998, p. 267-269.

36 JdT 1997 I 296 (301).

37 ATF 126 III 327. Voir le commentaire de cet arrêt d'OTHENIN-GIRARD, Reconnaissance.

38 Pour un énoncé de la théorie de l'intensité des liens avec le for, voir : LAGARDE, Recherches, p. 55-73 et OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 211-242. Cette théorie est inspirée du concept d'« *Inlandsbeziehung* » développé par la doctrine allemande. Voir WEBER, notamment p. 130 ss, concernant l'application du critère de l'« *Inlandsbeziehung* » en matière de répudiation. En Allemagne, le BayObl.G a par exemple refusé de reconnaître une répudiation prononcée selon le droit égyptien, sans que l'épouse allemande domiciliée en Allemagne n'ait pu donner son consentement, dans un arrêt du 30 novembre 1981 reproduit à l'IPRax 1982 p. 104-106 (voir aussi un arrêt de l'OLG Stuttgart du 3 décembre 1998 reproduit à l'IPRax 2000 p. 427-428).

39 Pour un exposé des principaux arrêts français, voir GAUDEMET-TALLON, p. 264-266 et LAGARDE, Différences, n° 24, p. 71-72.

40 Voir p. ex. Cass. Civ. 1^{re}, 3 novembre 1983, n° 81-15745, Bull. 1983 I n° 251.

l'ordre public n'est en principe invoquée que pour contrer la reconnaissance d'une répudiation intervenue alors que les époux entretenaient des liens étroits avec la France⁴¹. La théorie de l'intensité des liens avec le for⁴² permet ainsi au juge français de refuser de reconnaître des situations consacrées juridiquement à l'étranger de manière abusive et/ou en fraude à la loi française⁴³. On trouve un système semblable en Allemagne: la réserve de l'ordre public ne peut y intervenir pour empêcher la reconnaissance d'une répudiation faite à l'étranger que si l'épouse n'est pas d'accord avec la dissolution du mariage ou s'il n'y a pas de cause valable de divorce selon le droit allemand⁴⁴. La doctrine admet que lorsque l'épouse répudiée demande elle-même la reconnaissance de la répudiation et qu'il existe une cause de divorce selon le droit allemand, il n'y a pas de raison de faire intervenir la réserve de l'ordre public pour refuser la reconnaissance de la répudiation et contraindre de la sorte l'épouse à faire une procédure de divorce en Allemagne⁴⁵. La situation en Belgique est intéressante, car la reconnaissance des répudiations fait l'objet d'une disposition spéciale dans le nouveau Code de droit international privé⁴⁶. L'art. 57 §1 du Code de droit international privé belge prévoit qu'une répudiation intervenue à l'étranger ne peut en principe pas être reconnue. Mais cette non-reconnais-

sance de principe est nuancée par le §2 de cette même disposition qui introduit une dérogation permettant la reconnaissance d'une répudiation si cinq conditions cumulatives sont remplies. Il ressort de cet art. 57 §2 qu'une répudiation ne peut être reconnue en Belgique que si l'épouse y a consenti, que la répudiation a fait l'objet d'une homologation judiciaire à l'étranger et qu'à ce moment là les époux étaient de nationalité étrangère et ne vivaient pas en Belgique⁴⁷. Le système belge consacre donc clairement la théorie de l'intensité des liens avec le for. L'art. 57 va même plus loin que cette théorie, puisqu'il permet de tenir compte non seulement de l'intensité des liens avec le for, mais aussi avec un Etat étranger⁴⁸. Par exemple, la répudiation d'une Française résidant en Suisse au moment de la répudiation ne sera pas reconnue en Belgique compte tenu de l'intensité des liens de la cause avec la Suisse au moment de la répudiation. Les termes d'*«ordre public de proximité»* paraissent dès lors plus adéquats pour décrire ce mécanisme d'intervention de l'ordre public⁴⁹.

Lorsque l'épouse a consenti à la répudiation ou l'a négociée avec son époux contre paiement d'une indemnité, la répudiation présente certaines analogies avec le divorce par consentement mutuel⁵⁰. De plus en plus d'auteurs soutiennent que la réserve de l'ordre public ne devrait pas être invoquée dans ce cas, à condition que les deux époux aient pu participer à la procédure et y faire valoir leurs moyens⁵¹. Un arrêt récent du Tribunal fédéral⁵² est intéressant à ce titre: dans une affaire de reconnaissance d'un divorce prononcé par consentement mutuel au Kosovo sans que l'épouse se soit présentée devant le juge du divorce, les juges fédéraux ont considéré que le fait que cette dernière avait confié la défense de ses intérêts à un avocat et avait signé une procuration en sa faveur devant un notaire suisse était

41 La Cour de Cassation a ainsi refusé récemment au nom de l'ordre public de reconnaître une répudiation prononcée en Algérie dans un cas où les deux époux étaient algériens et l'épouse était domiciliée en France (Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 2007, n° 06-21962). De même, la réserve de l'ordre public a bloqué la reconnaissance d'une répudiation prononcée au Maroc alors que les deux époux étaient domiciliés au Maroc, mais avaient tous deux la nationalité française, quand bien même l'épouse avait constitué un avocat pour défendre ses intérêts dans le cadre de la procédure (Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 04-19444, Bull. 2006 I n° 224). Même si la Cour de cassation ne se réfère pas expressément à la théorie de l'intensité des liens avec le for, il est clair qu'elle l'applique implicitement. Voir BATIFFOL/LAGARDE, n° 360, p. 578-580. Cette tendance de la jurisprudence française a été amorcée en 2004 (Cass. Civ. 1^{re}, 17 février 2004, n° 01-11549, Bull. 2004 I n° 47 p. 38; Cass. Civ. 1^{re}, 17 février 2004, n° 02-11618, Bull. 2004 I n° 48 p. 39). Voir COURBE, n° 11 et 12, p. 817-818.

42 La doctrine française désigne cette théorie par les termes d'*«ordre public de proximité»*, en référence à la terminologie adoptée par Lagarde (voir *supra* note 31).

43 AUDIT, n° 687, p. 547-548; LAGARDE, La théorie, p. 272-274; MAYER/HEUZÉ, n° 587-589, p. 433-436.

44 Arrêt du BayObLG du 19 septembre 1988 reproduit à l'IPRax 1989 p. 238-242.

45 NAGEL/GOTTWALD, §11, n° 232, p. 599.

46 Art. 57 du Code de droit international privé belge: «§1. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique. §2 Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulative suivantes: 1. l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi; 2. lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 3. lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 4. la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage; 5. aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance».

47 RIGAUX/FALLON, n° 12.95 et 12.96, p. 567-571. Comme l'art. 57 du Code de droit international privé belge est une règle spéciale d'ordre public, les tribunaux belges ne devraient pas pouvoir invoquer la clause générale d'ordre public pour refuser de reconnaître une répudiation qui remplit les conditions fixées par cette disposition. Voir COLLIENNE, p. 451.

48 RIGAUX/FALLON, n° 12.95, p. 568: «la reconnaissance est refusée, parce qu'incompatible avec l'ordre public du for, lorsque la situation présente un lien de rattachement d'un certain degré d'intensité avec l'ordre juridique de celui-ci, voire de tout autre Etat ne connaissant pas la répudiation».

49 RIGAUX/FALLON, n° 12.95, p. 568.

50 AUDIT, n° 689, p. 549-551; GAUDEMET-TALLON, p. 263. ALDEEB ABU-SAHLEH, La dissolution, p. 632, relève que le terme «*sachat*» serait plus approprié que «*divorce par consentement mutuel*» lorsque l'épouse négocie sa liberté contre versement d'une indemnité à son mari.

51 OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 500 s.; DUTOIT, Commentaire LDIP, ad art. 65, n° 3, p. 215 s. (mitigé). En 1969, Vischer relevait déjà dans son commentaire de l'ATF 88 I 48 que même si la répudiation est certainement en contradiction avec notre ordre public, le refus de reconnaissance d'une répudiation à la demande de l'épouse ne semble pas faire de sens, voire constitue une mesure chicanière des autorités suisses, car elle force l'épouse à faire une procédure de divorce en Suisse: VISCHER, p. 327.

52 ATF 131 III 182 = JdT 2005 I 183.

suffisant pour admettre qu'elle était d'accord sur le principe du divorce. Le Tribunal fédéral a renoncé à invoquer la réserve de l'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance en Suisse de ce divorce. Il ne s'est pas non plus référé à la théorie de l'intensité des liens avec le for dans sa décision, quand bien même les deux époux (de nationalité kosovare) étaient domiciliés en Suisse. Par contre, il a jugé utile d'insister sur le fait que la réserve de l'ordre public s'oppose en principe à la reconnaissance d'un divorce par consentement mutuel lorsque l'un des époux n'a pas donné son accord au divorce et que le juge n'a ainsi pas pu s'assurer avec certitude de la volonté de chacun des deux époux de divorcer. Mais il s'est empressé de préciser que le juge ne doit pas nécessairement fonder sa conviction sur la base d'une audition personnelle des époux et peut se contenter d'une déclaration de chacun d'eux certifiant son accord sur le principe du divorce.

En rapprochant cet arrêt de celui de la répudiation libanaise exposé plus haut, on peut déduire de la jurisprudence récente qu'une répudiation prononcée à l'étranger avec le concours d'une autorité judiciaire concernant des époux entretenant peu de liens avec la Suisse pourrait être désormais reconnue en Suisse. Il en irait probablement de même lorsque les époux entretiennent des liens étroits avec la Suisse si tous deux sont d'accord sur le principe de la dissolution du lien matrimonial⁵³. A ce dernier cas pourrait d'ailleurs être assimilée l'hypothèse où l'épouse qui s'est fait répudier sans avoir son mot à dire demande elle-même la reconnaissance en Suisse de la répudiation. L'ordre public ne s'oppose en effet désormais plus à la reconnaissance d'un divorce prononcé à l'étranger par consentement mutuel hors la présence de l'un des deux époux, à condition de pouvoir établir le fait qu'ils étaient tous deux d'accord sur le principe du divorce. Par contre, la question de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour que le juge suisse considère que l'époux absent a effectivement consenti au divorce reste ouverte. Selon la jurisprudence, le fait que l'époux absent a donné une procuration à un avocat pour défendre ses intérêts dans le cadre de la procédure suffit. Il devrait en être de même si cet époux demande lui-même la reconnaissance du divorce ou de la répudiation et son inscription dans les registres suisses d'état civil. Mais est-ce que l'envoi au juge d'une simple lettre dans laquelle l'époux absent affirme son consentement sera considéré comme suffisant pour reconnaître le divorce ou la répudiation en Suisse? Quid dans le cas où le juge a admis le consentement de l'époux absent sur la base des dires d'une personne tierce (par exemple un membre de la famille) qui s'est présentée devant lui en prétendant représenter cet époux?

En résumé, la théorie de l'intensité des liens avec le for permet au juge de tenir compte des circonstances concrètes du cas qui lui est soumis, en particulier des liens que les parties entretiennent avec son territoire. Contrairement à l'effet atténué de l'ordre public, cette théorie ne prend pas en considération l'évolution de la situa-

tion dans le temps. Mais le temps y joue aussi un rôle pour apprécier la portée de l'ordre public international. Dans l'affaire de la répudiation libanaise, l'emménagement en Suisse de l'épouse et des enfants après la répudiation a été un élément déterminant pour retenir l'existence de liens étroits avec la Suisse et refuser la reconnaissance. Mais il est loin d'être certain que le Tribunal fédéral aurait refusé de reconnaître la même répudiation si le déménagement n'avait pas eu lieu. Cet exemple montre que le juge suisse prend en considération la situation des parties au moment où la question de la reconnaissance se pose à lui. C'est au moment précis où le juge statue qu'il détermine non seulement l'intensité des liens des parties avec son ordre juridique, mais aussi l'état des mœurs dans la société. On peut d'ailleurs se demander si le changement de jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de répudiation, qu'il a tenté d'asseoir sur la théorie de l'intensité des liens, n'est pas simplement le reflet d'une évolution des mœurs en Suisse.

C. L'effet de conversion de l'ordre public

L'évolution des mœurs au sein de la société est prise en considération par le juge lorsqu'il manie la réserve de l'ordre public. Mais elle est aussi intégrée dans le droit positif par l'œuvre du législateur. Ce dernier est parfois tenté d'imposer au juge des garde-fous limitant son pouvoir d'appréciation de la compatibilité d'une situation avec l'ordre public international. La reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe offre une illustration de la prise en compte limitée de l'évolution des mœurs par le législateur suisse.

1. De la non-reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe...

En 1993, la question de la reconnaissance en Suisse d'un mariage homosexuel célébré au Danemark entre un Suisse et un Brésilien s'est posée au Tribunal fédéral⁵⁴. Les circonstances de ce « mariage homosexuel » étaient particulières, dès lors qu'il concernait en réalité un homme et une femme et non pas deux hommes. En effet, le Brésilien était en réalité une Brésilienne suite à une opération de changement de sexe. Mais comme elle n'avait pas encore fait reconnaître juridiquement son nouvel état civil, elle avait collé une photo avec sa nouvelle apparence sur le passeport qu'elle avait présenté à l'officier d'état civil danois qui n'y a vu que du feu lors de la célébration du mariage. Les autorités suisses devaient par conséquent décider de la reconnaissance en Suisse d'un mariage hétérosexuel en fait, mais homosexuel en droit. La Haute Cour a appliqué la réserve de l'ordre public de façon stricte et

53 BUCHER, Le couple, n° 434-439, p. 153 s., va plus loin en admettant que la reconnaissance d'une répudiation ne serait pas contraire à l'ordre public suisse.

54 ATF 119 II 264 = JdT 1996 I 336. Cet arrêt a été approuvé par la doctrine: BUCHER, Note ATF 119 II 264; OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 439-447; SCHWANDER, Note ATF 119 II 264.

a jugé que la reconnaissance d'un tel mariage était manifestement incompatible avec l'ordre public suisse. Elle a insisté sur cette incompatibilité en rappelant que « selon la conception juridique suisse, le mariage est l'union sexuelle d'un homme et d'une femme, en d'autres termes de deux êtres de sexe biologiquement différent »⁵⁵. Cette affirmation de principe tranche avec un certain embarras des juges fédéraux confrontés à une situation juridique acquise à l'étranger dans des circonstances pour le moins particulières. C'est ainsi qu'ils suggèrent à l'« épouse » de faire régulariser son nouvel état civil en Suisse de façon à pouvoir ensuite s'y « remarier » en toute légalité.

Cette décision montre que la portée de l'ordre public international dépend dans une certaine mesure du cadre législatif interne. Mais la prise en considération des circonstances concrètes dans l'application de la réserve de l'ordre public peut susciter certaines hésitations auprès du juge. Il ne peut en effet pas faire complètement abstraction dans son raisonnement du fait qu'un statut juridique a été valablement acquis à l'étranger et que sa non-reconnaissance en Suisse va créer une situation juridique boiteuse.

Le fait que les juges fédéraux se soient placés dans cette affaire sur le terrain mouvant de l'ordre public est d'ailleurs surprenant, dès lors que seul un mariage valablement célébré à l'étranger est en soi susceptible de reconnaissance⁵⁶. Or, si l'utilisation d'un passeport falsifié constituait une cause de nullité du mariage selon le droit danois, ce qui paraît vraisemblable, le mariage n'aurait de toutes les façons pas été susceptible de reconnaissance en Suisse⁵⁷. On peut en déduire que le Tribunal fédéral a voulu rendre un arrêt de principe consacrant la non-reconnaissance en Suisse des mariages entre personnes de même sexe.

2. ... à la conversion des mariages homosexuels en partenariats enregistrés

En une dizaine d'années, les mœurs ont sensiblement évolué en Suisse. Cette évolution a eu une influence sur le cadre juridique en permettant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe⁵⁸ en date du 1^{er} janvier 2007. Comme seule la conclusion d'un partenariat enregistré entre personnes du même sexe est autorisée par cette loi, il n'est pas possible de célébrer un mariage homosexuel en Suisse. Le législateur suisse a insisté au moment de l'adoption de cette nouvelle réglementation sur le fait que le mariage reste en Suisse la consécration d'une union entre un homme et une femme: « L'art. 14 Cst. garantit le droit au mariage et à la famille. Cette disposition

ne constitue pas seulement un droit fondamental, mais aussi une garantie de l'institution. La notion de mariage doit être comprise dans le sens traditionnel de lien monogame entre un homme et une femme »⁵⁹.

Compte tenu de ce changement législatif, une union homosexuelle célébrée à l'étranger n'est plus considérée comme contraire à l'ordre public suisse et peut être reconnue en Suisse. Mais le législateur suisse a considéré qu'un mariage homosexuel célébré à l'étranger⁶⁰ ne peut toujours pas être reconnu comme tel en Suisse en raison de son incompatibilité avec l'ordre public suisse. Ce faisant, il a défini les contours d'une sorte de noyau dur de l'ordre public qui s'oppose au fait qu'une union homosexuelle puisse entrer dans la case « mariage » de l'ordre juridique suisse. Mais comme le législateur ne pouvait pas complètement refuser d'accorder des effets juridiques en Suisse à un mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger, il a décidé de convertir ces mariages dans la seule forme juridique existant en Suisse: le partenariat enregistré. Un mariage entre personnes de même sexe valablement célébré à l'étranger est par conséquent désormais reconnu en Suisse non pas comme un mariage, mais comme un partenariat enregistré⁶¹. Les époux de même sexe sont ainsi soumis au même régime juridique que les partenaires enregistrés. L'application de la réserve de l'ordre public aux mariages homosexuels célébrés à l'étranger a donc pour effet que les conjoints sont mariés dans l'Etat dans lequel ils ont célébré leur union, mais « partenariés » en Suisse. La reconnaissance de leur union en Suisse entraîne ainsi une modification de leur état civil.

Du point de vue de l'ordre public, cette nouvelle réglementation est intéressante à un double titre:

Premièrement, la réserve de l'ordre public intervient directement au niveau de la loi, et non pas dans le cadre du raisonnement du juge. Ce dernier perd son pouvoir d'appréciation de la compatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public et doit se conformer aux directives du législateur. Le mécanisme de sauvegarde n'intervient donc plus au moment de l'application du droit, mais en amont lors de sa création. Le législateur suisse a d'ailleurs opté pour une solution semblable dans le cadre de la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger en fraude à la loi suisse⁶². Ces deux règles spéciales d'ordre public illustrent bien le fait que le mariage est un terrain privilégié d'intervention de l'ordre public international.

Deuxièmement, à notre connaissance, c'est la première fois que la réserve de l'ordre public a pour effet de convertir un acte juridique étranger considéré comme contraire à l'ordre public suisse en un autre acte juridique valable selon la conception suisse du droit. L'effet de conversion donne une portée matérielle à la

55 JdT 1996 I 336 (338).

56 Voir l'art. 45 al. 1 LDIP.

57 Voir SCHWANDER, Note ATF 119 II 264.

58 Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart; RS 211.231).

59 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) du 29 novembre 2002, FF 2003 1192 (1206).

60 Notamment la Belgique, les Pays-Bas, le Canada et l'Espagne autorisent à ce jour la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe.

61 Art. 45 al. 3 LDIP.

62 Voir l'art. 45 al. 2 LDIP.

règle de conflit. Il s'agit d'un nouvel effet attribué à l'ordre public. Cet effet de conversion est très intrusif, dès lors qu'il modifie les effets juridiques d'un acte d'état civil étranger. Bien plus, il est contraire au principe même de reconnaissance selon lequel une décision étrangère reconnue en Suisse y déploie les mêmes effets qu'elle a dans son Etat d'origine⁶³. Cet effet de conversion ne peut pas être expliqué d'un point de vue juridique: il ne s'inscrit ni dans la systématique de la reconnaissance, ni dans le mécanisme de l'ordre public.

L'effet de conversion prévu par le législateur suisse ne permet pas au juge de prendre en considération les circonstances de la situation qui lui est présentée. Or, la conversion du mariage en un partenariat entraîne en pratique des conséquences surprenantes sur les relations juridiques des conjoints, notamment au moment de leur séparation. Si la dissolution de leur union intervient en Suisse, les règles sur le partenariat enregistré s'appliqueront⁶⁴. Mais comment faire reconnaître la dissolution du partenariat intervenue en Suisse à l'étranger, notamment dans l'Etat dans lequel les conjoints s'étaient mariés et où ils sont donc considérés comme liés par les liens du mariage? Il n'est pas sûr que la législation de ce pays considère que la dissolution du partenariat puisse être reconnue avec les mêmes effets qu'un divorce. La situation des partenaires-époux est schizophrénique: leur mariage n'existe pas en Suisse, mais leur partenariat peut y être dissous, alors que cette dissolution ne sera probablement pas reconnue dans l'Etat de célébration du mariage qui les considère toujours comme mariés⁶⁵. L'intervention de l'ordre public suisse dans le cadre de la reconnaissance de mariages homosexuels étrangers a donc pour conséquence de créer des situations juridiques boiteuses, ce que le processus de reconnaissance vise précisément à éviter, et en particulier lorsque des relations familiales sont en jeu.

En résumé, l'effet de conversion que le législateur suisse a créé pour la reconnaissance des mariages homosexuels montre que le législateur peut non seulement prendre en considération l'évolution des mœurs pour créer de nouvelles règles de droit, mais aussi bloquer dans le temps le contenu de l'ordre public international en définissant une sorte de noyau dur de règles intangibles.

63 ATF 129 III 626 = SJ 2004 I 29. Il est intéressant de faire un parallèle avec le régime de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger. Le législateur suisse a renoncé à convertir une adoption simple intervenue à l'étranger en une adoption plénière, qui est la seule forme d'adoption admise en droit matériel suisse. Une adoption étrangère est ainsi toujours reconnue en Suisse avec les mêmes effets de droit civil que ceux existant dans l'Etat dans lequel elle a été prononcée (art. 78 al. 2 LDIP). Le législateur a justifié cette règle en invoquant la nécessité d'éviter que des adoptions étrangères «ne déploient en Suisse plus d'effets que ceux conférés par le droit étranger» (Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, n° 244.4).

64 Voir les art. 29 à 35 LPart.

65 BUCHER, Le couple, n° 158, p. 67, relève aussi le curieux de la situation.

IV. Essai de synthèse sur l'effet du temps sur l'ordre public en droit international privé

A. Le temps a un effet sur l'ordre public international

Il est indéniable que le contenu même de l'ordre public évolue au fil du temps en fonction de l'évolution des mœurs. En droit matériel, le législateur peut adapter la loi de façon à suivre – ou à précéder – l'évolution des mœurs. Il a ainsi une influence directe sur la portée de l'ordre public interne. Son influence sur l'ordre public international est indirecte. En effet, les règles de droit impératives au niveau interne n'entrent pas nécessairement dans le champ d'application de l'ordre public international. Mais le législateur peut s'appliquer à définir une sorte de noyau dur de l'ordre public en créant des règles de droit international privé à contenu matériel. Ces règles limitent le pouvoir d'interprétation du juge.

Dans les limites fixées par le législateur, le juge a pour mission de définir les contours de l'ordre public international. Lorsqu'il applique la réserve de l'ordre public, il est confronté à l'effet perturbateur du temps. En présence d'une situation internationale, il doit toujours vérifier si une règle de droit étrangère peut s'appliquer, respectivement si une décision étrangère peut être reconnue, à l'aune des valeurs fondamentales existant au sein de la société au moment où il statue. Pour faire cette analyse, le juge tient compte de l'état des mœurs de la grande majorité des personnes vivant sur son territoire. Il doit donc adapter continuellement sa perception de l'ordre public international. La jurisprudence reflète l'embarras du juge dans cette tâche: il lui est souvent difficile d'apprécier concrètement le stade d'évolution des mœurs au sein de la société au moment où il statue. Le résultat de cette appréciation est par conséquent difficile à anticiper, ce qui entraîne une insécurité juridique.

Les quelques décisions que nous avons exposées en matière de mariage et de divorce reflètent bien l'effet du temps sur l'ordre public international. Sans avoir la prétention de cerner les contours exacts de la réserve de l'ordre public sur la base de ces décisions, nous pouvons définir quelques grands axes de réflexion qui sont aussi valables, *mutatis mutandis*, dans les autres domaines du droit.

B. Le temps a un effet limité dans le cadre de l'application d'une règle de droit étrangère

Lorsqu'un juge suisse doit appliquer une norme étrangère mais qu'il apparaît que l'application de cette dernière conduirait à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse, il peut écarter la norme étrangère et appliquer le droit suisse à sa place. La réserve de l'ordre public a dans ce cas une portée pleine et entière qui limite en conséquence le pouvoir d'appréciation du juge. La réserve de l'ordre public empêche par exemple la célébration d'un mariage polygamique ou d'un mariage

homosexuel en Suisse, de même qu'elle s'oppose à la répudiation en Suisse d'une femme par son mari.

Le temps n'a qu'un effet limité sur la portée de l'ordre public dans le cadre de l'application du droit étranger. Son principal effet réside dans la prise en considération de l'évolution des mœurs par le juge au moment où il statue.

C. Le temps a un effet important dans le cadre de la reconnaissance d'une décision étrangère

Une décision étrangère incompatible avec l'ordre public suisse ne peut pas être reconnue en Suisse. Mais comme la décision étrangère déploie par définition déjà des effets à l'étranger, la réserve de l'ordre public intervient de façon souple en matière de reconnaissance et ne permet de contrer que les décisions *manifestement* incompatibles avec l'ordre public suisse. Par exemple, un mariage polygamique ne peut pas être reconnu en Suisse.

1. Les nuances de la jurisprudence...

Le rôle du juge est fondamental pour déterminer l'incompatibilité manifeste d'une décision étrangère avec l'ordre public suisse. Il ressort des décisions que nous avons relatées que le juge dispose de trois moyens différents pour nuancer son appréciation de la situation qui lui est soumise :

Premièrement, le juge peut accepter de reconnaître certains effets juridiques d'une décision étrangère qui ne peut pas être reconnue en tant que telle en Suisse en raison de son incompatibilité manifeste avec l'ordre public suisse. Le juge attribue dans ce cas un effet atténué à la réserve de l'ordre public. La doctrine suisse prône cet effet atténué, notamment s'agissant des mariages polygamiques. Même si seul le premier mariage peut être reconnu, les mariages subséquents (non reconnus) pourraient ainsi avoir certains effets juridiques en Suisse, notamment de nature alimentaire ou de nature successorale. Le juge accepterait dans ce cas d'accorder des effets juridiques à une décision étrangère en soi incompatible avec l'ordre public suisse, essentiellement pour des raisons d'équité ou de protection de la partie faible.

Deuxièmement, le juge peut décider de reconnaître une décision étrangère a priori incompatible avec l'ordre public si les liens de la cause avec l'ordre juridique suisse sont faibles. Le juge est ainsi amené à devoir étudier les circonstances de l'espèce pour déterminer si les parties entretiennent des liens suffisamment étroits avec la Suisse pour qu'il soit vraiment justifié de faire intervenir la réserve de l'ordre public. L'application de la théorie de l'intensité des liens avec le for a par exemple pour effet qu'une répudiation faite à l'étranger pourrait être reconnue en Suisse s'il ressort des circonstances de l'espèce que les personnes concernées n'entretiennent que des liens lâches avec l'ordre juridique suisse. Cette théorie présente l'intérêt de

rappeler que la réserve de l'ordre public doit être appliquée en tenant compte des circonstances concrètes existant au moment où la question de la reconnaissance de la décision étrangère se pose.

Troisièmement, le juge peut être amené à reconnaître une décision étrangère en soi incompatible avec l'ordre public suisse, mais avec des effets différents de ceux qu'elle déploie dans son Etat d'origine. Cet effet de conversion, qui est en soi contraire au système même de la reconnaissance des décisions étrangères, ne doit être admis que lorsque le législateur le prévoit expressément dans une règle de droit international privé à contenu matériel. Nous avons vu que le législateur suisse impose la conversion des mariages homosexuels étrangers en partenariats enregistrés. Le législateur définit de cette manière une sorte de noyau dur de l'ordre public suisse composé des valeurs absolument essentielles de la société suisse.

Il ressort de ces trois principes d'interprétation que le simple fait qu'une décision étrangère soit en opposition avec l'ordre public suisse ne l'empêche pas de déployer certains effets en Suisse, ou même d'être reconnue avec des effets juridiques différents en Suisse, voire d'être reconnue en tant que telle en Suisse. Le résultat de l'intervention de l'ordre public international est par conséquent très imprévisible.

2. ... reflètent l'effet du temps sur la portée de l'ordre public international

Ces trois principes d'interprétation sont tous le reflet de l'effet du temps sur la portée de l'ordre public international :

La théorie de l'effet atténué de l'ordre public a été développée pour tenir compte du fait que le juge ne peut pas complètement ignorer les effets juridiques qu'une décision étrangère déploie hors du territoire suisse. Le passage du temps a pour effet de cristalliser cette décision pour les parties : plus la décision est ancienne, plus légitimes sont leurs attentes sur la base de cette décision. Le juge tient compte de la durée pendant laquelle la décision a eu des effets juridiques à l'étranger pour décider de lui attribuer ou non des effets sur son territoire, malgré son incompatibilité avec son ordre public international.

La théorie de l'intensité des liens avec le for permet de prendre en considération l'impact réel de la décision étrangère sur l'ordre public du for. Le juge tient compte des liens des personnes concernées par la décision étrangère avec son Etat pour déterminer la portée de l'intrusion dans son ordre juridique. Celle-ci ne sera considérée comme significative que s'il existe des liens intenses au moment où la question de la reconnaissance se pose. La compatibilité avec l'ordre public d'une même situation juridique peut donc être appréciée différemment en fonction des circonstances de fait existant au moment où le juge statue. Mais il faut bien avouer que cette intervention du principe de proximité en matière de reconnaissance est surprenante : on peut légitimement se demander pour quelles raisons une personne n'ayant que peu, voire pas du tout de liens avec la Suisse pourrait avoir un intérêt à y faire reconnaître une décision étrangère. Comme le Tribunal fédéral n'a appliqué

cette théorie que dans un seul arrêt⁶⁶ en matière de reconnaissance, il faut voir si et comment elle va se développer dans ce domaine. A notre avis, l'application de la théorie de l'intensité des liens avec le for devrait être limitée aux cas de refus de reconnaissance d'une situation juridique créée à l'étranger en fraude à la loi suisse⁶⁷. Cette interprétation permettrait au juge de la reconnaissance de prendre en considération la situation de fait au moment où la décision a été rendue à l'étranger, et non pas au moment de la reconnaissance⁶⁸. En outre, il devrait être aussi possible de prendre en considération une fraude à la loi étrangère comme le fait l'art. 19 LDIP en matière de droit applicable⁶⁹.

Ce qui précède montre que la théorie de l'effet atténué de l'ordre public et celle de l'intensité des liens ne sont pas des principes d'interprétation contradictoires, mais complémentaires. Ce sont des moyens distincts à disposition du juge de la reconnaissance qui peut les appliquer alternativement – voire cumulativement⁷⁰ – lorsqu'il utilise le mécanisme de l'ordre public. Par exemple, le juge peut décider de ne pas reconnaître un mariage polygamique en raison de l'intensité des liens des époux avec son territoire, mais accepter néanmoins de lui attribuer certains effets juridiques. Ces deux principes d'interprétation permettent au juge d'appréhender l'effet du temps sur la situation juridique qui lui est soumise d'une autre manière: l'effet atténué lui permet de considérer la situation dans sa durée, alors que l'intensité des liens doit être appréciée à un moment précis dans le temps (soit au moment où le juge statue, soit au moment où son collègue étranger a statué).

L'effet de conversion est quant à lui une nouvelle technique législative visant à figer la portée de l'ordre public dans le temps dans certains domaines particuliers. Le législateur définit de cette manière une sorte de noyau dur de l'ordre public international, qui reflète l'état des mœurs d'une société à un moment donné et qui n'est pas susceptible d'évolution dans le temps. Cet effet de conversion est apparu dans la loi suisse en relation avec la reconnaissance des mariages homosexuels. A notre avis, il est la conséquence d'une modification de la loi avant que l'évolution

des mœurs n'ait abouti au sein de la société⁷¹. L'effet de conversion est révélateur de la volonté du législateur de donner au juge des moyens de défense efficaces pour lutter contre les atteintes à l'ordre public international. La résistance du juge est en effet mise à rude épreuve par l'intrusion répétitive dans son espace juridique de situations identiques, a priori contraires à son ordre public international. L'exemple de la reconnaissance des répudiations est significatif: le juge suisse, qui est de plus en plus confronté aux répudiations, est peu à peu amené à ne plus discerner leur incompatibilité avec l'ordre public suisse et à les reconnaître purement et simplement (tout au moins lorsqu'elles ont fait l'objet d'une homologation judiciaire). L'effet de répétition repousse les limites de l'ordre public et permet à une institution juridique étrangère longtemps considérée comme incompatible avec les valeurs essentielles de la société suisse de déployer progressivement des effets en Suisse, voire d'être intégrée dans l'ordre juridique suisse. L'intervention du législateur permet de circonscrire l'ordre public et d'éviter que le juge puisse exercer une influence sur la portée de ce moyen de défense.

Mais lorsqu'on regarde l'évolution de la jurisprudence suisse dans le domaine des relations entre époux, qui est l'une des matières où l'ordre public est le plus sensible, on peut légitimement se demander s'il y a réellement un noyau dur intangible des valeurs essentielles de la société suisse⁷². Il ne nous paraît pas possible d'anticiper la réaction du juge suisse qui se retrouvera à l'avenir face à des situations qui nous semblent aujourd'hui absolument incompatibles avec notre ordre public international. Comment réagira-t-il par exemple lorsqu'un divorce intervenu à l'étranger de façon automatique après l'écoulement d'une durée prédéfinie du mariage lui sera soumis pour reconnaissance⁷³? Le juge suisse reconnaîtra-t-il un

66 ATF 126 III 327.

67 La jurisprudence française en matière de reconnaissance des mariages polygamiques (voir *supra* III.B.2) et de reconnaissance des répudiations (voir *supra* III.C.2) applique la théorie de l'intensité des liens avec le for pour refuser de reconnaître des situations consacrées juridiquement à l'étranger de manière abusive et/ou en fraude à la loi française.

68 C'est la voie suivie notamment par les juges français et allemands; l'art. 57 du Code de droit international privé belge prévoit aussi de considérer la situation au moment où la décision a été rendue à l'étranger (soit au moment de son homologation). Voir *supra* note 46.

69 L'art. 57 du Code de droit international privé belge offre une bonne source d'inspiration (reproduit *supra* note 46).

70 Вучняк, L'ordre public, p. 50 s., a mis en évidence la complémentarité de ces deux principes: la prise en compte de « l'intensité de la pénétration du droit étranger dans l'Etat du for » permet de mesurer l'intérêt de l'Etat du for à voir respecter son ordre public; si cet intérêt est faible, l'ordre public peut n'avoir qu'un effet atténué.

71 Le fait que le législateur suisse ait décidé de légiférer sur le partenariat enregistré dans une loi spéciale plutôt que dans le Code civil peut à notre avis être interprété comme un indice que son intervention avait pour but d'accélérer l'évolution des mœurs de la société suisse au moyen de cette nouvelle réglementation. Le législateur lui-même n'était pas prêt à modifier le droit de la famille figurant dans le Code civil en y introduisant directement le partenariat.

72 On cherchera en vain dans la doctrine un énoncé clair des valeurs essentielles et intangibles composant un éventuel noyau dur de l'ordre public international. Par contre, plusieurs définitions sont proposées, parmi lesquelles on retiendra celle-ci: « Au sein des valeurs fondamentales de l'ordre juridique, il convient 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 dur de l'ordre public. »: OTHENIN-GIRARD, Reconnaissance, p. 26.

73 Il existe en droit musulman une forme de mariage temporaire qui n'est conclu que pour une durée limitée (en tout cas du point de vue du mari). Voir ALDEEB ABU-SAHLEH, Les musulmans, p. 162 s. L'idée a-t-elle fait son chemin en Occident? En tout cas, une conseillère régionale allemande de Bavière a proposé en 2007 de modifier la loi allemande de manière à ce que le mariage soit automatiquement dissous après une durée de sept ans, sauf accord contraire des époux. Cette mesure lui paraissait appropriée pour réduire le nombre de divorces.

divorce intervenu par la simple conclusion d'un autre mariage⁷⁴? Quelle sera sa décision face à un divorce obtenu par internet⁷⁵? Reconnaitra-t-il un mariage avec un animal⁷⁶? Est-ce qu'il considérera que de tels mariages ou divorces heurtent davantage l'ordre public suisse qu'un mariage célébré sur la plage d'une île paradisiaque pendant les vacances⁷⁷ ou un mariage avec un mineur⁷⁸ ou un mariage célébré à titre posthume⁷⁹ ou un mariage par procuration⁸⁰ ou un mariage

74 Le PACS français est automatiquement dissous lorsque l'un des partenaires se marie (avec l'autre partenaire ou avec un tiers; art. 515-7 §3 de la loi n° 99-944 relative au Pacte Civil de Solidarité du 15 novembre 1999). La liberté de se marier l'emporte ainsi sur l'engagement contractuel pris par les partenaires. On peut imaginer que cette solution soit aussi appliquée un jour à la dissolution du mariage: cette mesure serait certainement efficace pour réduire le nombre de divorces! (voir note précédente).

75 De plus en plus de sites internet mettent à disposition les documents nécessaires au divorce. On peut imaginer que ce libre accès se développe et qu'un Etat permette un jour l'obtention d'un divorce entièrement en ligne sans passage des époux devant une autorité étatique, laquelle n'aurait plus qu'une fonction d'homologation.

76 Au cours de l'année 2007, les journaux suisses se sont fait l'écho de trois cas de mariage avec un animal intervenus à l'étranger. Le premier cas concerne un paysan habitant dans le Sud de l'Inde qui a épousé une chienne au cours d'une cérémonie traditionnelle hindoue; ce mariage avait été consigné par un prêtre pour guérir le mari de son infirmité, laquelle serait la conséquence de ses actes de maltraitance envers deux autres chiens. Le second cas est celui du mariage d'une petite fille de neuf ans avec un chien dans une tribu du Bengale occidental; selon la coutume de cette tribu, un tel mariage permet de conjurer le mauvais sort lié à l'apparition de la première dent sur la gencive supérieure. Le troisième cas est celui d'un fermier du Sud de la Sibérie qui a interpellé le Président russe pour lui demander l'autorisation d'épouser une de ses vaches; le fermier invoquait le fait qu'il ne voyait pas d'autre solution, dès lors que toutes les femmes avaient quitté son village pour aller habiter en ville.

77 De tels mariages peuvent être reconnus en Suisse s'ils ont été enregistrés officiellement dans l'Etat où ils ont été célébrés. SIEGENTHALER, p. 279.

78 Le droit suisse fixe l'âge matrimonial à 18 ans révolus (art. 94 al. 1 CC). Mais cette disposition n'est pas d'ordre public international, ce qui signifie qu'un mariage valablement célébré à l'étranger avec un fiancé de moins de 18 ans sera en principe reconnu en Suisse (voir l'art. 45a LDIP qui précise que la reconnaissance du mariage en Suisse entraîne la majorité des époux). Toutefois, un mariage impliquant un fiancé d'un âge inférieur à 15 ou 16 ans devrait être considéré comme contraire à l'ordre public suisse. Voir en ce sens un avis non publié de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 26 novembre 1997, partiellement reproduit in OTHENIN-GIRARD, La réserve, note 1405, p. 372-373.

79 La célébration d'un mariage à titre posthume n'est pas autorisée en Suisse, mais l'est dans d'autres pays qui nous sont proches, comme par exemple en France (art. 171 du CC français). L'ordre public suisse ne devrait pas s'opposer à la reconnaissance d'un tel mariage lorsqu'il a été valablement célébré à l'étranger. BUCHER, Le couple, n° 135, p. 56.

80 En Suisse, les deux fiancés doivent être présents devant l'officier d'état civil pour donner leur consentement au mariage (art. 102 al. 2 CC). Dans un arrêt non publié, le Tribunal fédéral a considéré qu'un mariage célébré en l'absence d'un des fiancés dont le représentant était muni d'une procuration falsifiée ne pouvait pas être reconnu en Suisse (arrêt du TF du 19 avril 1996, reproduit à la RSDIE 1998, p. 249); mais il a laissé la question ouverte de

forcé⁸¹? Au vu du caractère nécessairement évolutif de l'ordre public, les effets juridiques de certaines de ces institutions seront vraisemblablement reconnus un jour en Suisse. De même, la disposition légale imposant la conversion des mariages entre personnes de même sexe en partenariats enregistrés lors de leur reconnaissance en Suisse ne paraît pas être une règle destinée à résister au défi du temps. Elle n'est qu'une ultime réaction de défense de l'ordre public international qui ne peut être que de durée limitée. On peut en conclure que l'écoulement du temps est un facteur d'insécurité juridique dans le cadre de l'application de la réserve de l'ordre public. Mais même si ce manque de prévisibilité est certainement regrettable, il est inévitable dès lors que «l'incertitude et la souplesse sont au centre de la notion d'ordre public»⁸².

Nous avons essayé de montrer dans cette étude que le temps a pour effet d'endormir la vigilance des juges qui peu à peu baissent la garde et autorisent des intrusions dans leur espace juridique. L'ordre public international se désagrège ainsi inexorablement au cours des ans au fur et à mesure des contacts répétés avec les mœurs des autres sociétés. Rien ne permet de penser que les juges se battraient jusqu'à leur dernier souffle pour défendre un noyau dur de l'ordre public, une sorte de foyer juridique de l'identité culturelle suisse. Comment défendre des valeurs aux contours indéfinis et indéfinissables qui sont intrinsèquement en constante muta-

savoir si un mariage par procuration est en soi conforme ou non à l'ordre public suisse. De son côté, la Commission de recours en matière d'asile a rendu en 2006 une décision de principe selon laquelle un mariage valablement célébré à l'étranger par procuration n'est pas en soi contraire à l'ordre public suisse, à condition que la procuration soit valable et que les deux époux se considèrent bel et bien liés par les liens du mariage (JICRA 2006 7/63 p. 48 ss). Si on applique le raisonnement de l'ATF 131 III 182 rendu en matière de divorce (voir *supra* note 52) par analogie, la reconnaissance d'un mariage par procuration devrait être possible si la volonté de se marier ressort clairement du texte de la procuration. Par contre, la réserve de l'ordre public devrait intervenir pour empêcher la reconnaissance si la procuration a été donnée en blanc ou s'il est établi qu'elle ne reflétait pas le libre consentement du fiancé. BUCHER, Le couple, n° 134, p. 55 s.; OTHENIN-GIRARD, La réserve, p. 374 s.

81 En droit suisse, le libre consentement de chacun des époux relève de l'ordre public (voir les art. 90 al. 3 et 102 al. 2 CC). Un mariage est considéré comme forcé lorsqu'un époux a «contracté mariage sous la menace d'un danger grave et imminent pour sa vie, sa santé ou son honneur, ou ceux de l'un de ses proches» (art. 107 ch. 4 CC). Un tel mariage est contraire à l'ordre public suisse et ne devrait pas être reconnu en Suisse. Mais encore faut-il pouvoir prouver la contrainte en l'absence de déclaration de la personne concernée lors de la reconnaissance du mariage en Suisse. Un projet de loi fédérale contre les mariages forcés est actuellement à l'étude. Voir à ce sujet le rapport du Conseil fédéral du 14 novembre 2007 en réponse au postulat 05.3477 adopté par le Conseil national le 9 septembre 2005: http://www.parlament.ch/1/5uche/Pages/geschaeft.aspx?gesch_id=20053477.

82 LAGARDE, Recherches, p. 177.

Bibliographie

- ALDEEB ADU-SAHLEH SAMI, Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans, *Revue suisse de droit international et européen (RSDIE)* 1992 p. 33-73 (cité: Systèmes des pays arabes).
- La dissolution extrajudiciaire du mariage. Répudiation et rachat en droit international privé suisse, *Revue critique de droit international privé (RCDIP)* 1997 p. 631-648 (cité: La dissolution).
 - Les musulmans en Occident entre droits et devoirs, Paris 2002 (cité: Les musulmans).
- ALDEEB ABU-SAHLEH SAMI/BONOMI ANDREA (éd.), Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux, Zurich 1999.
- AUDIT BERNARD, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris 2006.
- BATTIFOLL HENRI/LAGARDE PAUL, *Droit international privé*, tome I, 8^e éd., Paris 1993.
- BOURDELOIS BÉATRICE, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris 1993.
- BUCHER ANDREAS, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des cours de l'académie de droit international (RCADI) 1993-II, vol. 239 (cité: L'ordre public).
- BUCHER ANDREAS, Note concernant l'ATF 119 II 264, *Revue suisse de droit international et de droit européen (RSDIE)* 1994 p. 281 s. (cité: Note ATF 119 II 264).
- Le couple en droit international privé, Bâle/Genève/Munich 2004 (cité: Le couple).
- BUCHER ANDREAS/BONOMI ANDREA, *Droit international privé*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2004.
- CADET FABIEN, *L'ordre public en droit international de la famille*, Paris 2005.
- CHEVREAU EMMANUELLE, *Le temps et le droit: la réponse de Rome - L'approche du droit privé*, Paris 2006.
- COLLIENNE FLEUR, La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, *Revue générale de droit civil belge* 2005 p. 445-453.
- COURBE PATRICK, Le rejet des répudiations musulmanes, *Recueil Dalloz* 2004 p. 815-820.
- DUTOIT BERNARD, L'ordre public: caméléon du droit international privé?, *in* Dutoit B./Hofstetter J./Piotet P. (éd.), *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 455-472 (cité: L'ordre public).
- *Droit international privé suisse*, Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e édition, Bâle/Genève/Munich 2005 (cité: Commentaire LDIP).
- GAUDEMET JEAN, *Le mariage en occident*, Paris 1987.
- GAUDEMET-TALON HÉLÈNE, La désunion du couple en droit international privé, Recueil des cours de l'académie de droit international (RCADI) 1991-I, vol. 226.
- LAGARDE PAUL, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris 1959 (cité: Recherches).
- Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil des cours de l'académie de droit international (RCADI) 1986-I, vol. 196 (cité: Le principe de proximité).
 - 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 (cité: La théorie).
- Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial, *in* Coester M. et al. (éd.), *Privatrecht in Europa, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Munich 2004, p. 481-496 (cité: Les répudiations).
 - Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, t. I, 2005, p. 11-115 (cité: Différences).
- MAYER PIERRE/HEUZÉ VINCENT, *Droit international privé*, 9^e éd., Paris 2007.
- MERCIER PIERRE, *Conflits de civilisations et droit international privé: Polygamie et répudiation*, Genève 1972.
- NAGEL HEINRICH/GOTTWALD PETER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6^e éd., Cologne 2007.
- OST FRANÇOIS/VAN HOECKE MARK (éd.), *Temps et droit: Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles 1998.
- OTHENIN-GIRARD SIMON, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zurich 1999 (cité: La réserve).
- Reconnaissance des répudiations en Suisse et ordre public: Quelques réflexions à la lumière d'un récent arrêt du Tribunal fédéral (ATF 126 III 327), *RSJ* 2001 (97) p. 21-30 (cité: Reconnaissance).
- RIGAUX FRANÇOIS/FALLON MARC, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles 2005.
- SCHWANDER IVO, Note concernant l'ATF 119 II 264, *PJA* 1993 p. 1266-1267 (cité: Note ATF 119 II 264).
- SIEGENTHALER TOMI, *Mariage «supersonique» et autres cas originaux*, REC 1998 p. 278-280.
- VISCHER FRANK, *Der ordre public im Familienrecht*, REC 1969 p. 324-334.
- WEITZ BARBARA, *Inlandsbeziehung und ordre public in der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht*, Francfort-sur-le-Main 1981.

Le temps

Recueil de travaux offerts à la Journée

et le droit

de la Société suisse des juristes 2008

Edité par

Piermarco Zen-Ruffinen
au nom de la Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel