

L'ordre public dans l'air du temps

**Exposé donné lors de l'assemblée générale de la
Conférence des autorités cantonales de
surveillance de l'état civil (CEC)**

Soleure, vendredi 25 avril 2014

Prof. Jolanta Kren Kostkiewicz

Université de Berne

*avec la collaboration de Michaela Eichenberger, Legum Magister, RAin

Sommaire

- **I. Introduction**
- **II. Essence de l'ordre public**
 - A. L'ordre public suisse
 - B. L'ordre public international
 - C. L'ordre public dans les traités internationaux
 - D. Contourner la loi?
 - E. Conséquences d'un recours à l'ordre public
- **III. Relativité de l'ordre public**
 - A. Relativité dans le temps
 - B. Relativité dans l'espace
 - C. Question préalable et question principale

Sommaire

- **IV. Exemples tirés de la pratique**
 - A. Droit du nom
 - B. Mariage
 - C. Effets du mariage
 - D. Divorce
 - E. Droit de l'enfant
- **V. Remarque finale**
- **VI. Références littéraires et documentaires**
- **VII. Annexe**

I. Introduction

La morale qui suffisait à nos pères
ne peut suffire à nos enfants.

Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach
(1830 - 1916), conteuse, nouvelliste
et auteur d'aphorismes autrichienne

I. Introduction

I. Introduction

- Fonction du DIP:

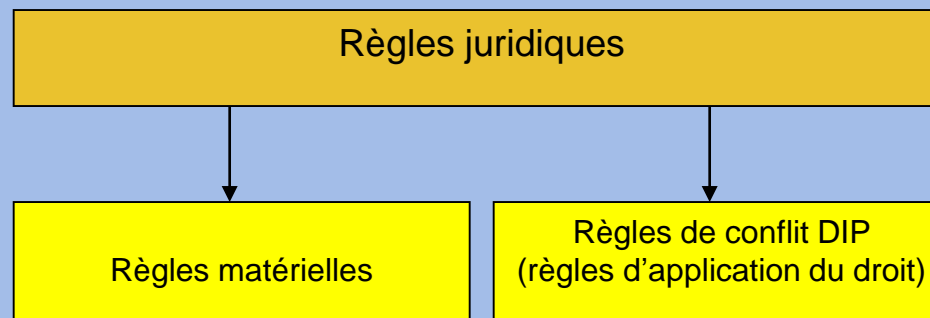
Le droit international privé (DIP) délimite le domaine d'application d'ordres juridiques valables simultanément mais divergents quant à leur substance afin de résoudre un état de fait international (une situation impliquant deux ou plusieurs nations).

- Concept du DIP:

Le DIP permet de trancher quant au droit privé à appliquer face à un état de fait international.

I. Introduction

- La règle de conflit de loi:



- Une règle matérielle doit régler de la manière la plus conclusive un état de fait réel ou des éléments de celui-ci; elle doit donc trancher immédiatement.
- Une règle de conflit formule habituellement les faits en tant que question juridique abstraite; sa portée juridique ne tranche donc pas immédiatement mais détermine un ordre juridique pour prendre une décision.

I. Introduction

- Structure des règles de conflit:

«schéma si-donc» (subsomption)



I. Introduction

- Structure des règles de conflit:

<i>Faits</i>		<i>Conséquence juridique</i>
Concept de renvoi (objet du rattachement)	Concept de rattachement (point de rattachement)	Renvoi
<i>p.ex. contrat, relations entre parents et enfant, capacité civile</i>	<i>p.ex. lieu de domicile ou nationalité d'une personne concernée</i>	<i>Ordre juridique national ou étranger (lex causae, droit applicable)</i>

I. Introduction

- Concept de rattachement:
 - *ratio*: l'ordre juridique déterminant est celui avec lequel le lien objectif est le plus fort.

- Structure du concept de rattachement:

Sujet ou objet	Attribut (propriété) du sujet ou de l'objet	Moment du rattachement
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Personne</i> • <i>Objet</i> • <i>Événement</i> • <i>Droit subjectif</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Nationalité</i> • <i>Lieu de domicile</i> • <i>Volonté d'une personne</i> • <i>Lieu d'enregistrement, emplacement, lieu de l'événement</i> 	<p><i>N'est souvent pas expressément mentionné dans la règle de conflit, mais doit être déterminé par interprétation.</i></p>

I. Introduction

- Différence entre règle de renvoi et règle de reconnaissance:
 - Une **règle de renvoi** nationale détermine le droit applicable à une procédure nationale encore en cours.
 - Une **règle de reconnaissance** définit les conditions auxquelles une décision étrangère est traitée de manière similaire à une décision correspondante prise dans le pays.

II. Essence de l'ordre public

II. Essence de l'ordre public

Suivre une règle de renvoi relevant du droit en matière de conflit de lois sans tenir compte du droit matériel applicable et de son résultat constitue un

saut dans l'inconnu.

Leo Raape

(Internationales Privatrecht, 4^e édition, Vahlen, Frankfurt am Main 1954, p. 87)

II. Essence de l'ordre public

- Aide à la correction de la LDIP:

Art. 15 LDIP (clause d'exception)

¹ Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

² Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.

Art. 17 LDIP

L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'**ordre public** suisse.

II. Essence de l'ordre public

- Aide à la correction de la LDIP:

Art. 18 LDIP

Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.

II. Essence de l'ordre public

- L'*ordre public* est une aide à la correction permettant au tribunal de procéder à une rectification en droit privé matériel et donc de rattraper un jugement de valeur qui n'a pas pris en considération la règle de conflit à évaluer d'un point de vue relevant essentiellement du droit en matière de conflit de lois.
- L'*ordre public* en tant que clause générale: le législateur a sciemment renoncé à en transcrire la teneur. Dans un arrêt daté de 1938, le Tribunal fédéral allait dans le même sens:

II. Essence de l'ordre public

«La notion d'ordre public est difficile à transcrire de manière généralement valable. La doctrine reconnaît elle-même qu'il s'agit encore en l'espèce de la partie la moins bien identifiée et la moins aboutie du droit international privé et qu'une clause de réserve applicable dans chaque cas particulier ne peut que très difficilement être rédigée (ATF 64 II 88 consid. 5, p. 97).»

- La matérialisation de l'*ordre public* est laissée à l'autorité appliquant le droit. Toutefois, il est aussi fait preuve de retenue en la matière.

II. Essence de l'ordre public

- Il y a par exemple atteinte à l'*ordre public*:

«*si les conceptions suisses de la justice en sont heurtées de manière intolérable*» (ATF 64 II 88 consid. 5, p. 98; restriction de créance en matière de change);

«*si des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse en sont enfreintes*» (ATF 76 I 121 consid. 3, p. 129; droit des contrats/arbitrage international);

«*si la conception suisse du droit doit impérativement avoir la priorité sur le droit étranger applicable (ou appliqué)*» (ATF 78 II 243 consid. 4c, p. 251; prescription d'une demande en restitution résultant d'un contrat de dépôt).

II. Essence de l'ordre public

- L'important est toutefois que ce n'est pas la seule application du droit étranger qui apparaît choquante, mais davantage le **résultat** qui est concrètement incompatible avec l'*ordre public*:

*«Selon la jurisprudence, il y a atteinte à l'ordre public si des principes fondamentaux du droit sont violés, l'événement en question étant **incompatible** avec l'ordre juridique et les valeurs suisses non seulement dans sa justification, mais également en ce qui concerne son **résultat**.» (ATF 119 II 264 consid. 3b p. 266; reconnaissance d'un mariage après changement de sexe; cf. annexe).*

II. Essence de l'ordre public

«*Cette réserve n'intervient que lorsque l'évaluation selon le droit étranger de référence aboutit à un **résultat** et que celui-ci **heurte les conceptions suisses de la justice de manière intolérable** ou **contredit de manière choquante le sens et l'esprit de l'ordre juridique prévalent.***» (ATF 128 III 201 consid. 1b; décision rendue toutefois selon l'art. 18 LDIP et l'interdiction de l'abus de droit comme norme impérative du droit suisse)

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

A. L'ordre public suisse

- Art. 17 LDIP: l'*ordre public* dans l'application du droit
- Art. 27, al. 1 LDIP: l'*ordre public* dans la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères
- Dispositions particulières dans la LDIP

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans l'application du droit:

Art. 17 LDIP

L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse.

- Application du droit étranger;
- Résultat manifestement injuste dans le cas concret;
- Application avec retenue;
- Jugement de valeur;
- Lien entre la situation et le for (relations internes)?

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans la reconnaissance et l'exécution:

Art. 27, al. 1 LDIP

¹La reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

→ Réserve de l'ordre public en droit matériel

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans la reconnaissance et l'exécution:

Art. 17 <-> art. 27 LDIP

Art. 17 LDIP

L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse.

Art. 27, al. 1 LDIP

¹ La reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est **manifestement** incompatible avec l'ordre public suisse.

→ Différenciation par le terme «manifestement».

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans la reconnaissance et l'exécution:

ATF du 21.12.2005, 5A.20/2005 consid. 3.3 (adoption d'un neveu; cf. annexe):

*En vertu de l'art. 27, al. 1 LDIP, une **décision étrangère ne peut être reconnue** en Suisse si cette reconnaissance aboutit à une incompatibilité manifeste avec l'ordre public suisse. Une reconnaissance enfreint l'ordre public matériel si les **conceptions suisses de la justice étaient heurtées de manière intolérable par la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère**, car des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse en seraient enfreintes. L'application (à examiner **d'office**) de la réserve de l'ordre public est de par la loi **plus restrictive** en matière de reconnaissance de décisions étrangères qu'en matière d'application du droit étranger selon l'art. 17 LDIP.*

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans des dispositions particulières de la LDIP:

Art. 34, al. 1 LDIP

¹ La jouissance des droits civils est régie par le droit suisse.

Art. 45, al. 2 LDIP

² Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Dans des dispositions particulières de la LDIP:

Art. 61, al. 3 LDIP

³ Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse.

II. Essence de l'ordre public

A. L'ordre public suisse

- Autres dispositions particulières de la LDIP:

Art. 135, al. 2 LDIP

² Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.

Art. 137, al. 2 LDIP

² Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse.

II. Essence de l'ordre public

B. L'ordre public international

B. L'ordre public international

Ordre public axé sur des valeurs internationales et qui a pour ambition d'avoir une teneur identique reconnue et appliquée par plusieurs Etats.

Art. 190, al. 2, lit. e LDIP (Tribunal d'arbitrage international)

² [La sentence] ne peut être attaquée que:
e. lorsque la sentence est incompatible avec l'*ordre public*.

II. Essence de l'ordre public

C. L'ordre public dans les traités internationaux

C. L'ordre public dans les traités internationaux

- Retenue particulière
- Observance la plus grande possible des traités internationaux
- Incompatibilité *manifeste* avec l'ordre public du forum

II. Essence de l'ordre public

C. L'ordre public dans les traités internationaux

- Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (RS 0.211.221.311; CLaH):

Art. 24 CLaH

La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

II. Essence de l'ordre public

D. Contourner la loi?

D. Contourner la loi?

- La question du contournement de la loi ne porte pas sur le fait d'empêcher un droit étranger de s'imposer, mais de réprimer l'intention qu'auraient les parties d'éluder la loi.

→ *Ordre public*: teneur du droit étranger

→ Contourner le droit: la manière dont l'application est obtenue.

- Il est toutefois concevable qu'un contournement de la loi soit également couvert par la réserve de l'*ordre public*.

II. Essence de l'ordre public

E. Conséquences d'un recours à l'ordre public

E. Conséquences d'un recours à l'ordre public

- Dans l'application du droit (art. 17 LDIP)
- Dans la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères (art. 27, al. 1 LDIP)

III. Relativité de l'ordre public

III. Relativité de l'ordre public

A. Relativité dans le temps

- La relativité dans le temps de l'*ordre public* se rapporte à la modification au fil du temps de la représentation de la valeur. L'élément déterminant est la compréhension de l'*ordre public* au moment de la décision.
- Il est possible que cette évolution de l'*ordre public* aboutisse à une évaluation souple ou stricte d'un état de fait concret.

III. Relativité de l'ordre public

B. Relativité dans l'espace

B. Relativité dans l'espace

- La relativité dans l'espace se rapporte à l'intensité du lien entre la situation et le for, à savoir l'ordre juridique suisse. Si l'état de fait n'a qu'un lien lâche avec la Suisse, la question de l'atteinte à l'*ordre public* doit plutôt être répondue par la négative.

III. Relativité de l'ordre public

C. Question préalable et question principale

C. Question préalable et question principale

- Définition de la question préalable:

En DIP, la question préalable se réfère à un rapport de droit préjudiciel indépendant, qui est une condition pour l'applicabilité d'une règle matérielle ou de conflit nationale ou étrangère.

- Une évaluation différenciée veut également qu'il y ait ensuite une distinction entre atteinte à l'*ordre public* ressortant d'une question préalable ou d'une question principale. L'application de la réserve d'*ordre public* est plutôt à privilégier en cas de question principale plutôt que de question préalable.

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Variabilité des noms étrangers

*René Max Huber, citoyen suisse, et **Elena Temelkovski**, ressortissante yougoslave, ont fait part le 5 décembre 1979 de leur promesse de mariage à l'Office de l'état civil de Zurich. La décision de publication a été prise le 7 décembre 1979 et la promesse de mariage a été publiée le 11 décembre 1979. La fiancée a alors demandé que son **nom de famille soit transcrit «Temelkova» dans les registres des mariages et des familles**, arguant que les actes d'état civil yougoslaves sont établis à ce nom; Temelkovski est un autre nom de famille, de surcroît exclusivement masculin. L'Office de l'état civil de Zurich ainsi que la Direction de l'intérieur du canton de Zurich, cette dernière sur recours, ont rejeté cette demande.*

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

ATF 106 II 103 consid. 3 p. 105 s. (cf. annexe):

*«Le **droit suisse du nom** est caractérisé par l'**immuabilité du nom de famille**. L'épouse acquiert le nom de famille de l'époux par mariage; les enfants portent quant à eux le nom de famille des parents. Des divergences en fonction du sexe ne sont pas admises. L'enregistrement demandé représenterait une violation de ce principe. Contrairement aux allégations formulées dans le mémoire de recours, la possibilité ne saurait être totalement écartée de voir la recourante reprendre son nom de famille précédent en cas de divorce éventuel, qu'elle transmettrait à ses enfants. Cela serait toutefois incompatible avec le droit suisse du nom si p.ex. des enfants de sexe masculin étaient enregistrés dans le registre suisse des naissances sous le nom de famille modifié de leur mère.»*

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

ATF 131 III 201 consid. 3.2.2 p. 207 s. (cf. annexe):

*«Le droit suisse du nom est caractérisé par l'**immuabilité** du nom de famille. Il n'en résulte toutefois **pas d'immuabilité inconditionnelle** d'un nom étranger inscrit dans les registres suisses de l'état civil.»*

*«La solution de la circulaire signifie par conséquent une négation de l'identité sexuelle de la personne et est **incompatible avec le principe d'égalité (art. 8, al. 3 Cst.)**, ce qui rend superflu l'examen ultérieur d'une violation de la liberté personnelle ainsi que de la Convention de l'ONU sur les droits des enfants. Il n'est pas possible d'exclure totalement l'intérêt d'une personne ou de sa descendance à porter un nom modifié selon une règle étrangère particulière. Ceci ne justifie toutefois pas une violation du principe d'égalité de droit, ce d'autant plus qu'un descendant a le droit de changer de nom selon l'art. 30 CC pour porter un nom inaltérable.»*

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

M.A. (âgé de 20 ans, double national suisse-turc domicilié à Ankara) et F.B. (âgée de 14 ans, Turquie domiciliée à Ankara) se sont mariés en août 2011 en Turquie, F.B. prenant à cette occasion et à bon droit le nom de famille de son époux. Le couple a emménagé en janvier 2012 à Berne et célébré en février 2012 la naissance de leur fils S.

Sous quel nom de famille S. sera-t-il enregistré dans les registres locaux d'état civil?

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Question préalable 1:

Reconnaissance du mariage turc en Suisse?

– F. n'étant âgée que de 14 ans, le mariage entre M. et F. n'est pas reconnu en suisse car cela serait contraire à l'*ordre public* (art. 25 en relation avec l'art. 27, al. 1 LDIP).

→ M. et F. sont donc considérés comme n'étant pas mariés.

Art. 270a, al. 1 CC

¹ L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de célibataire de la mère.

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Question préalable 2:

Reconnaissance du nom turc de la mère par suite d'un événement déterminant?

- La non-reconnaissance du mariage en Suisse n'a pas d'influence sur la dénomination (interdiction de la *révision au fond*, cf. art. 27, al. 3 LDIP).
- La dénomination n'est pas reconnue que lorsqu'elle enfreint *l'ordre public* suisse (ex. nom discriminatoire, injurieux ou autre nom attentatoire à la personnalité).

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Reconnaissance du nom turc de la mère par suite d'un événement déterminant?

Différenciation entre le nouveau nom en raison d'un **événement déterminant en matière de droit du nom** et un **changement de nom** au sens de l'art. 30 CC.

– **Art. 37, al. 1 LDIP**: enregistrement du nouveau nom par suite d'un événement déterminant:

¹ Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Reconnaissance du nom turc de la mère par suite d'un événement déterminant?

– **Art. 38 LDIP:** règle les changements de nom sur demande exprès:

¹ Les autorités suisses du domicile du requérant sont compétentes pour connaître d'une demande en changement de nom.

² Les Suisses sans domicile en Suisse peuvent demander un changement de nom à l'autorité de leur canton d'origine.

³ Les conditions et les effets d'un changement de nom sont régis par le droit suisse.

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Reconnaissance du nom turc de la mère par suite d'un événement déterminant?

– **Art. 39 LDIP**: de par sa formulation, ne concerne que la reconnaissance du changement de nom effectué à l'étranger, non la reconnaissance d'un nom étranger par suite d'un événement déterminant:

Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.

IV. Exemples tirés de la pratique

A. Droit du nom

- Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)

Reconnaissance d'un nom étranger par suite d'un événement déterminant?

→ Une seule réglementation légale en matière de changement de nom (art. 39 LDIP).

→ Pour combler cette lacune: application analogue de l'art. 39 LDIP.

Art. 39 LDIP

Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.

→ Au moment du choix du nom, F. était domiciliée en Turquie; selon le droit turc, le nom a été choisi valablement.

Bilan: le nom «A.» devant être reconnu en Suisse pour «F.», «S.» doit également porter le nom de famille «A.»

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

B. Mariage

- Reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe

*Le 15 décembre 1988, le mariage de A. Y. (citoyen suisse) et B. X. (ressortissant brésilien) a été célébré à Copenhague (Danemark). Ainsi qu'il est apparu dans le courant de l'année 1990, la **personne qui s'était présentée comme fiancée**, était née le 6 octobre 1955 au Brésil **en tant que fils** de C. R. et de D. S. sous le nom de F. R. Le 9 janvier 1988, cette personne a subi une **opération de changement de sexe**. Toutefois, il n'y a alors **pas eu de modification du registre de l'état civil**. Au mariage, la personne qui se présentait comme fiancée s'est identifiée au moyen d'un passeport établi au nom de B. X., dans lequel elle avait placé sa photo.*

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe

*Par courrier du 2 décembre 1991, B. Y. a présenté au Département de l'intérieur du canton d'origine d' A. Y., officiant en tant qu'autorité de surveillance en matière d'état civil, une demande de **reconnaissance du mariage célébré le 15 décembre 1988 à Copenhague** et prié l'Office de l'état civil de la commune d'origine de procéder à l'enregistrement correspondant. Le 4 mai 1992, le Département en question a décidé de ne pas reconnaître le mariage et d'en refuser l'enregistrement.*

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe

ATF 119 II 264 consid. 3b p. 266 (cf. annexe):

*Selon la jurisprudence, il y a atteinte à l'ordre public lorsque des principes juridiques fondamentaux sont violés, l'acte en question étant incompatible avec l'ordre juridique et le référentiel de valeurs valables en Suisse (ATF 116 II 636; ATF 111 la 14 consid. 2a avec renvois). Selon la **conception suisse du droit**, le **mariage** est **l'union d'un homme et d'une femme**, en d'autres termes, l'union de deux êtres humains de sexe différent (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A., ch.m. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, n. 6 à l'art. 159 CC). **L'institution du mariage ainsi définie est soumise à la réserve de l'ordre public** (cf. ATF 114 II 6 consid. 4).*

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe

Un changement au niveau légal peut signifier l'évolution de l'*ordre public*:

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

→ **Art. 45, al. 3 LDIP:**

³ Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Interdiction du mariage de ressortissants étrangers mineurs en Suisse

Art. 44, al. 2 aLDIP

Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux **conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés**.

→ Si le droit national des fiancés l'autorise, les personnes mineures peuvent en principe également se marier en Suisse.

Art. 44 LDIP

La célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Interdiction du mariage de ressortissants étrangers mineurs en Suisse

Message relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés:

*La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) sera complétée d'une réglementation explicite sur l'annulation du mariage facilitant l'application des nouvelles causes d'annulation dans le contexte international. En outre, il est proposé que les mariages forcés soient combattus par un régime plus restrictif, s'agissant des mariages avec des mineurs. Les modifications apportées à la LDIP se fondent sur une **nouvelle conception de l'ordre public suisse**. Ainsi, notre pays **ne tolérera désormais plus les mariages avec des mineurs conclus sur son territoire entre ressortissants étrangers**, tandis que les mariages avec des personnes mineures aux termes du droit suisse conclus à l'étranger ne seront en principe plus autorisés.*

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Interdiction du mariage de ressortissants étrangers mineurs en Suisse

But des nouvelles dispositions (art. 45a LDIP resp. art. 105, ch. 5 et 6 CC):

- protection contre le mariage forcé;
- le droit suisse *ne tolérera en principe plus* le mariage des mineurs.

→ Nouvelle conception de l'*ordre public* – nouveau:

- Les mariages avec des personnes mineures *en Suisse* ne seront plus admis, et ce, également entre ressortissants étrangers (→ art. 44, al. 2 aLDIP);
- Les mariages *célébrés à l'étranger* concernant des personnes mineures selon le droit suisse ne seront en principe pas reconnus.

IV. Exemples tirés de la pratique

B. Mariage

- Mariage temporaire (*mut`a*)

F et M ont conclu en Iran un mariage limité dans le temps (mut`a), d'une durée de cinq ans, selon le droit chiite; ils sont ensuite déménagés en Suisse. Les époux ont alors voulu faire enregistrer leur union dans les registres suisses de l'état civil sur la base d'un acte établi en Iran.

→Mariage: communauté de vie durable, illimitée dans le temps, entre un homme et une femme, qui ne prend fin que par la mort ou le divorce.

→Equivalence: un mariage *mut`a* d'une durée de 50 ans ou plus; pas un mariage *mut`a* d'une durée de cinq ans.

→Bilan: un tel mariage ne pourrait être reconnu en Suisse que comme mariage illimité.

IV. Exemples tirés de la pratique

C. Effets du mariage

C. Effets du mariage

- Polygamie

M est marié à F et à trois autres femmes selon le droit algérien. Ces cinq personnes sont de nationalité algérienne et de confession musulmane. Un an après que toute la famille ait déménagé à Berne, F se sépare de M. Devant le tribunal bernois, F a demandé une pension alimentaire à M.

Art. 8 du Code de la famille algérien (1984):

«Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies et après information préalable des précédente et future épouses. [...]»

Remarque: les épouses ne doivent pas donner leur accord.

IV. Exemples tirés de la pratique

C. Effets du mariage

- Polygamie

Question préalable → validité du mariage?

Art. 45, al. 1 LDIP

¹ Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.

Le mariage est-il valable selon le droit algérien?

→ L'art. 8 du Code de la famille algérien autorise quatre épouses.

→ Un accord n'est pas indispensable; le mariage est valable et doit être reconnu en Suisse.

IV. Exemples tirés de la pratique

C. Effets du mariage

- Polygamie

Réserve de l'ordre public

Art. 215 CP

Celui qui, étant déjà marié ou lié par un partenariat enregistré, aura contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré, celui qui aura contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec une personne déjà mariée ou liée par un partenariat enregistré, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

→ La question d'un mariage valablement célébré selon un droit étranger et qui n'est pas conforme à l'*ordre public* en Suisse fait débat.

IV. Exemples tirés de la pratique

C. Effets du mariage

- Polygamie

→ En l'espèce, seule l'obligation de verser une pension doit être examinée;
→ De plus, la question de l'*ordre public* ne doit être prise en considération dans une question préalable que dans des cas très choquants.

Bilan: les effets du mariage sont reconnus. Une obligation d'entretien existe envers F ainsi que les trois autres épouses.

Pistes de réflexion

- La reconnaissance des effets du mariage est-elle assimilable à la reconnaissance du mariage?
- Effets de la non-reconnaissance d'un mariage sur la descendance (enfants nés du mariage ou nés hors mariage, droits d'héritiers).

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

S. (citoyenne suisse) et G. (ressortissant ghanéen) se sont mariés en 2005 à Accra/GH selon le droit coutumier ghanéen. Leur mariage a été enregistré dans le registre des mariages de l'Accra Metropolitan Authority. Le 08.11.2007, S. a communiqué à l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil que son mariage avec G. avait été dissous au Ghana et demandé l'inscription du divorce dans les registres suisses de l'état civil. S. a joint à sa demande une copie de l'inscription au registre de l'Accra Metropolitan Authority selon laquelle le mariage a été dissous le 01.10.2007; de plus, une déclaration sous serment a aussi été versée au dossier, dans laquelle un certain V. se déclare père de G. et un certain B. se déclare frère de G., tous deux témoignant que le mariage a été dissous selon le droit coutumier déterminant.

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

Le 30.11.2007, décision a été prise d'enregistrer la dissolution du mariage. En conséquence, l'Office cantonal des migrations a envisagé de retirer l'autorisation de séjour octroyée à G. Par courrier du 23.12.2007, G. a demandé à l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil de reconsidérer la question et d'annuler la décision du 30.11.2007, arguant qu'il n'avait pas eu connaissance du divorce.

Durant la longue procédure d'examen, S. s'est remariée le 14.12.2008 à Zurich avec N., ressortissant nigérian.

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

Remarques:

Les Ghanéens peuvent choisir entre le mariage monogame, célébré par les autorités de l'état civil ou religieuses, et le mariage (potentiellement) polygame, célébré selon le droit coutumier ou islamique.

*Selon le **type de mariage**, **diverses formes de dissolution du mariage** sont possibles. Les mariages prononcés par les autorités d'état civil ou religieuses ne peuvent être dissous que par un tribunal, alors que **les mariages célébrés selon le droit coutumier peuvent à choix être dissous par un tribunal ou sans recourir à un tribunal, resp. selon le droit coutumier.***

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

*En matière de **dissolution du mariage selon le droit coutumier** («customary divorce»), la règle générale veut que les **représentants des familles** se réunissent afin de prononcer **à l'unanimité la dissolution du mariage en respectant diverses formalités**. Conformément à la section 6 f. de la «Customary Marriage and Divorce (Registration) Law» de 1985, les époux peuvent communiquer dans les trois mois à l'officier de l'état civil compétent la dissolution du mariage selon le droit coutumier afin qu'elle soit **enregistrée**. Cette demande d'enregistrement **doit être accompagnée d'une déclaration sous serment des parents des conjoints ou de leurs représentants, dans laquelle ceux-ci attestent que le mariage a été dissous selon les prescriptions du droit coutumier applicable**.*

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

Dispose-t-on en l'espèce d'une *décision pouvant être reconnue*?

→ Un divorce privé prononcé à l'étranger fait office de «*décision*» au sens des art. 25 ss et 65 LDIP; par conséquent, il peut en principe être reconnu en Suisse.

L'*ordre public* suisse en est-il manifestement heurté (art. 27, al. 1 LDIP)?

→ L'*ordre public* en est heurté, car la dissolution du mariage est une affaire hautement privée, et qu'elle constitue donc en principe une action de droit qui ne saurait faire l'objet d'une représentation.

Bilan: pas de reconnaissance de la dissolution étrangère du mariage.

IV. Exemples tirés de la pratique

D. Divorce

- Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

ATF 122 III 344 consid. 4b p. 349 s. (cf. annexe):

*Si seuls des représentants des familles se sont réunis et ont décidé à l'unanimité de dissoudre le mariage sans que les deux conjoints soient présents ou, pour le moins, aient donné leur accord, il y a atteinte à l'ordre public matériel au sens de l'art. 27, al. 1 LDIP. Selon la jurisprudence et de l'avis unanime de la doctrine, la **dissolution du mariage** représente en effet une **action en droit hautement personnelle et ne pouvant faire l'objet d'une représentation**. La dissolution d'un mariage qui aurait été convenue par les seuls représentants des familles des époux, sans qu'un de ceux-ci ou tous deux le sachent ou le souhaitent, enfreint radicalement la conception suisse du droit et ne saurait être reconnue du point de vue de l'ordre public suisse.*

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

E. Droit de l'enfant

- Adoption commune d'un enfant à l'étranger par le partenaire d'un partenariat enregistré

Situation juridique en Suisse:

Art. 28 LPart

Les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant ni à recourir à la procréation médicalement assistée.

→ Interdit l'adoption individuelle par un partenaire enregistré, l'adoption de l'enfant du conjoint et l'adoption commune.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Adoption commune d'un enfant à l'étranger par le partenaire d'un partenariat enregistré

→ *L'adoption individuelle* en Suisse par une personne homosexuelle est admise, pour autant que celle-ci ne vive *pas sous le régime du partenariat enregistré* (cf. art. 264b CC) → inégalité de traitement;

→ Tolérance plus élevée au sein de la population pour les partenariats entre personnes de même sexe;

→ Projets de lois qui devraient permettre l'adoption de l'enfant du partenaire pour les partenaires d'un partenariat enregistré.

Bilan: les adoptions étrangères effectuées à l'étranger par le partenaire d'un partenariat enregistré ne portent pas atteinte à l'*ordre public* (correspond également à la pratique actuelle).

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Problématique de la maternité de substitution

Situation juridique en Suisse

Art. 119, al. 2, lit. d Cst.

² La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants:
d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont **interdits**.

Art. 4 LPMA

Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont **interdits**.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Problématique de la maternité de substitution

Situation juridique à l'étranger

- **USA:** réglementations différentes selon les Etats membres
 - Etats interdisant la maternité de substitution: Arizona, District of Columbia;
 - Etats sans réglementation spécifique sur la maternité de substitution: la maternité de substitution n'est en règle générale pas interdite légalement, mais les principales dispositions des contrats y relatifs n'ont aucune valeur (Michigan, New York);
 - Etats autorisant la maternité de substitution (y compris à des fins lucratives): Californie, Texas et autres.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Problématique de la maternité de substitution

Situation juridique à l'étranger

- **Argentine**: pas de réglementation spécifique sur la maternité de substitution; des contrats commerciaux ne sont pas expressément interdits.
- **Inde**: nouvelle exigence d'un «*visa médical*» (anciennement: maternité de substitution admise aussi avec un «*visa touristique*»), interdiction de la maternité de substitution pour les couples de même sexe.
- **Ukraine**: prix avantageux, cadre légal laxiste, interdiction de la maternité de substitution pour les couples de même sexe.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Problématique de la maternité de substitution

Atteinte à l'*ordre public*?

- Thématique complexe, qui requiert une évaluation différenciée;
- En ce qui concerne la reconnaissance d'une décision, le barème d'évaluation est plus strict (art. 27, al. 1 LDIP «manifestement»);
- Des principes constitutionnels (en l'espèce art. 119, al. 2 lit. d Cst.) ne signifient pas que les mesures interdites sont en tant que telles contraires à l'*ordre public*;
- En matière de droit de l'enfant, concrétisation par la maxime du bien de l'enfant.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Reconnaissance de la mère génétique comme mère d'un enfant

Principe: *mater semper certa est*

Art. 252, al. 1 CC

A l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance.

- De nouvelles techniques de médecine de la reproduction (notamment le don d'ovule et d'embryon) font paraître ce principe désuet;
- En cas de «maternité séparée» (maternité de substitution), le lien de filiation est toutefois exclusivement établi avec la mère parturiente;
- Un lien de filiation avec la mère génétique ne peut en principe être fondé que par le biais d'une adoption.
- Contraire à l'*ordre public*?

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Adoption d'un neveu

*X. et Y. (tous deux ressortissants albanais) vivaient en Serbie-Monténégro avant d'élire domicile en Suisse en 2006, où ils se sont mariés cette même année. Le mariage n'a pas débouché sur une naissance. B. est le frère de X. et vit avec son épouse C. à D., en Serbie. Ce couple a quatre enfants (nés en 2002, 2004, 2006 et 2007). Lorsque C. était enceinte de son cinquième enfant, les deux couples ont convenu que cet enfant, F. né en 2008, serait donné au couple qui n'avait pas réussi à avoir d'enfants. En conséquence, X. et Y. ont demandé une **autorisation provisoire d'accueillir un enfant en vue de l'adoption** de F.*

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Adoption d'un neveu

*Par décision du 31 mai 2009, l'**Office pour la jeunesse et l'orientation professionnelle** du canton de Zurich, autorité centrale en matière d'adoption, a octroyé l'**autorisation** définitive pour l'enfant F. de Serbie-Monténégro aux fins d'adoption ultérieure. Deux mois plus tard, l'enfant est arrivé en Suisse et il vit depuis lors auprès de sa famille d'accueil. En 2011, X. et Y. ont déposé auprès de la **préfecture d'Hinwil, officiant en tant qu'autorité de surveillance**, une demande visant à **approuver l'adoption et à la valider.***

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Adoption d'un neveu

L'adoption d'un neveu est-elle admise?

- seul le bien de l'enfant compte;
 - répondre au souhait de l'enfant n'est pas déterminant.
- Principe: pas d'octroi d'une autorisation aux fins d'accueil avant adoption;
- en l'espèce, toutefois, des rapports d'entretien fructueux sont attestés, ce qui autorise la prise en compte du bien de l'enfant.

Bilan: adoption admise

(décision: cf. annexe)

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

*Le 14 mars 1985, Y. a donné naissance à une fille X. à Muri b. Bern. Le lien de filiation avec le père biologique n'a pas été établi, la mère ne dévoilant pas son identité. En 1987, Y. a épousé Z. (ressortissant italien). Par décision du 7 novembre 1990, la Direction de la justice du canton de Berne a déclaré **X. fille adoptive de Z.***

*En 1998, **Y. et Z. ont divorcé.** X. a été placée sous l'autorité parentale de sa mère. Le **divorce a entraîné la perte de contact entre l'enfant et le père adoptif.** En novembre 2009, X. est parvenue à **prendre contact avec son père biologique V.,** ressortissant libyen domicilié à Tripoli. Depuis lors, tous deux ont des contacts réguliers et le père biologique rend visite à sa fille tous les deux-trois mois.*

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

*Par recours en annulation selon l'art. 269a CC, X. a demandé en 2011 à la **Cour suprême d'annuler avec effet rétroactif** la décision d'adoption du 7 novembre 1990 ainsi que le **lien de filiation entre elle et Z.***

Dans son arrêt du 8 juillet 2012, la Cour suprême a rejeté le recours. X. a alors porté l'affaire devant la Cour civile du Tribunal fédéral, en concluant que le jugement de l'instance précédente, la décision d'adoption du 7 novembre 1990 et le lien de filiation entre elle et Z. devaient être annulés avec effet rétroactif.

(Décision: cf. annexe)

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

Motivation du recours

- (1) Intérêt à maintenir le lien de filiation avec le père biologique
- (2) Violation de l'art. 13 Cst. et de l'art. 8 CEDH

Motifs de rejet du recours

- Principe: caractère indissoluble d'une adoption, sauf action en annulation ou nouvelle adoption (ou reconnaissance d'une adoption étrangère).

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

Motifs de rejet du recours

– **Art. 13** Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants:

«Tant que l'adopté n'est pas majeur, l'adoption ne peut être révoquée que par décision d'une autorité judiciaire ou administrative pour motifs graves et uniquement si la révocation pour de tels motifs est admise par la législation.»

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

Motifs d'action en annulation selon le droit suisse:

- Défaut de consentement des parents biologiques (art. 269, al. 1 CC) ou
- Autres vices graves (art. 269a, al. 1 CC)

Exemples:

- Non réalisation importante de la différence d'âge minimum;
 - Défaut d'un rapport d'entretien véritable;
 - But étranger à l'adoption, p.ex. dépréciation du droit d'héritage d'autres personnes ou acquisition du droit de cité.
- Exclusion d'autres motifs, même survenus après l'adoption.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

Concernant (1)

- L'adoption n'est pas née en contradiction avec la loi;
- *But de l'adoption plénière* → approbation sans réserve et définitive de l'enfant ainsi que mise sur un pied d'égalité avec le lien de filiation naturel → pas de possibilité d'annuler l'adoption par suite de modification ultérieure des conditions de vie.

Bilan: rejet de l'action en annulation.

IV. Exemples tirés de la pratique

E. Droit de l'enfant

- Annulation d'une adoption

Concernant (2)

Art. 13, al. 1 Cst.

¹ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...].

Art. 8, al. 1 CEDH

(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...].

Conformément à la pratique, ceci concerne notamment

- protection de l'identité;
- droit à rechercher ses origines (filiation);
- *pas impérativement*: droit de convertir un lien biologique en rapport juridique.

Bilan: rejet de l'action en annulation.

V. Remarque finale

- L'*ordre public* n'est pas constant et la vision que l'on en a aujourd'hui ne sera peut-être plus pertinente demain.
- Infostar:

La technique est l'effort permettant de s'épargner des efforts.

(José Ortega y Gasset [*9 mai 1883; † 18 octobre 1955],
philosophe, sociologue et essayiste espagnol)