

Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans

par

SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH*

Introduction

Chapitre I: La religion en droit international privé suisse

- I. Absence formelle de la religion
- II. La religion en tant que critère de rattachement
- III. La religion en tant que source normative

Chapitre II: Les interdits du système religieux

- I. **Interdits relatifs au mariage**
 1. Normes du système religieux
 2. Mariage célébré en Suisse
 3. Mariage célébré à l'étranger
- II. **Interdits relatifs au divorce**
 1. Normes du système religieux
 2. Divorce en Suisse
- III. **Interdits relatifs aux rapports entre parents et enfants**
 1. Normes du système religieux
 2. Rapports entre parents et enfants en Suisse
 3. Rapports entre parents et enfants décidés à l'étranger
- IV. **Interdits relatifs aux successions**
 1. Normes du système religieux
 2. Successions en Suisse
 3. Successions à l'étranger
- V. **Interdits relatifs à l'adoption**
 1. Normes du système religieux
 2. Adoption prononcée en Suisse
 3. Qualification des adoptions à l'étranger

* D^r en droit, collaborateur scientifique pour le droit arabe et musulman à l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne; enseignant-invité de droit musulman à l'Institut de droit canonique de l'Université des sciences humaines, Strasbourg.

Chapitre III: Les interdits du droit suisse

I. Célébration du mariage

1. Priorité du mariage civil en Suisse
2. Mariage d'étrangers célébré en Suisse
3. Mariage célébré à l'étranger

II. Interdits relatifs au mariage

1. Normes du système religieux
2. Mariage polygamique célébré en Suisse
3. Mariage polygamique célébré à l'étranger

III. Interdits relatifs au divorce

1. Normes du système religieux
2. Divorce en Suisse
3. Divorce à l'étranger

IV. Mariage et divorce par procuration

1. Normes du système religieux
2. Mariage par procuration
3. Répudiation par procuration

Chapitre IV: Considerations générales

I. Choix entre nationalité et domicile

II. Sympathie, antipathie, intérêts et tolérance

Introduction

1. La présence de Musulmans sur sol chrétien¹ et de Chrétiens sur sol musulman pose de nombreux problèmes². En 1990, plusieurs affaires ont fait l'objet de débats publics (l'affaire du voile, l'affaire de Salman Rushdie, etc.). Ici, nous nous limiterons aux problèmes de droit international privé rencontrés par les autorités suisses lorsqu'elles sont confrontées aux systèmes juridiques des pays arabes et musulmans en matière de droit de

¹ En 1970, la Suisse comptait 16 353 Musulmans. Dix ans plus tard, ce chiffre est passé à 56 625 Musulmans pour une population globale de 6 365 960. On estime aujourd'hui leur nombre entre 100 000 et 130 000. La majorité sont des Musulmans de père en fils, mais on trouve aussi plusieurs milliers de convertis (entre 3 et 5 mille personnes).

² Sur les Musulmans en Suisse, voir Jean-Claude Basset: *Le Croissant au pays de la Croix fédérale: Musulmans et Chrétiens en Suisse*, Islamochristiana, 15 1989, pp. 121 – 123.

la famille et des successions³. Ces questions sont définies fréquemment comme constituant le statut personnel⁴.

2. Les problèmes se posent non seulement en ce qui concerne les ressortissants musulmans des pays arabes et musulmans, mais aussi pour les ressortissants non musulmans dans la mesure où ces pays connaissent un système de statut personnel plurilégislatif et plurijuridictionnel basé sur la religion.

Chapitre I

La religion en droit international privé suisse

I. Absence formelle de la religion

1. On ne trouve aucune mention de la religion, ni dans l'actuelle loi de droit international privé (LDIP)⁵ ni dans la précédente (LRDC)⁶. Cette formulation «laïque» s'observe aussi dans le droit international privé des

³ Pour cette étude, j'ai consulté de nombreux documents inédits: Arrêts non publiés du Tribunal fédéral suisse, du Tribunal cantonal vaudois, du Tribunal du district de Lausanne, du Tribunal de première instance de Genève et de la Cour de justice civile de Genève ainsi que les avis de l'Office Fédéral de la Justice (Section du droit international privé) et de l'Institut suisse de droit comparé. J'ai aussi bénéficié des conseils de l'Office fédéral de l'Etat civil. Je tiens ici à les remercier de leur disponibilité. Je remercie en particulier M. le Professeur A. von Overbeck pour avoir lu ce texte et m'avoir fait profiter de ses nombreuses remarques.

⁴ Selon l'art. 8 al. 4 de la Convention d'établissement entre la Suisse et l'Iran du 25 avril 1934 (entrée en vigueur le 2 juillet 1935), le statut personnel comprend les matières suivantes: «le mariage, le régime des biens entre les époux, le divorce, la séparation de corps, la dot, la paternité, la filiation, l'adoption, la capacité juridique, la majorité, la tutelle et la curatelle, l'interdiction, le droit de succession testamentaire ou *ab intestat*, les liquidations et les partages de successions ou de patrimoines, et en général toutes les questions relatives au droit de la famille, y compris toutes les questions concernant l'état des personnes» (Recueil systématique 0.142.114.362).

⁵ La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

⁶ La loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour du 25 juin 1891, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1892. Cette loi visait essentiellement à régler les conflits intercantonaux, subsidiairement les conflits engendrés par la situation des Suisses à l'étranger et, très subsidiairement, le statut des étrangers en Suisse. Elle a subi plusieurs révisions partielles.

pays arabes. C'est le cas, par exemple, du droit international privé égyptien qui a inspiré la plupart des autres droits des pays arabes.

2. Malgré cette absence formelle, la religion joue un rôle important:
 - soit en tant que critère de rattachement pour la désignation de la loi personnelle applicable aux parties si le système juridique n'est pas unifié;
 - soit en tant que source normative entrant en conflit avec une norme suisse.

II. La religion en tant que critère de rattachement

1. Afin de déterminer la loi applicable, le juriste recherche des circonstances (ou points, ou critères) de rattachement. Souvent il se réfère à la nationalité, au domicile, à la résidence habituelle, à la situation des biens, au lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, à l'autonomie de la volonté, etc.

Le critère de rattachement religieux ne fait son apparition qu'à un deuxième stade, si l'Etat dont la loi est applicable reconnaît aux communautés religieuses une certaine autonomie législative. Cette autonomie concerne normalement les questions de statut personnel considérées comme faisant partie de la sphère religieuse.

2. Pour résoudre ce problème qualifié de «renvoi interne», la LDIP ne dispose pas de règle particulière⁷. On peut cependant invoquer l'art. 13 qui dit:

La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause.

3. Concrètement, et à titre d'exemple, lorsqu'il s'agit de prononcer le divorce entre deux conjoints égyptiens qui ne remplissent pas les condi-

⁷ En comparaison, signalons ici que le Code civil égyptien prévoit à son art. 26: «Lorsque les dispositions qui précèdent renvoient au droit d'un Etat dans lequel existent plusieurs systèmes juridiques, le système à appliquer sera déterminé par le droit interne de cet Etat».

Cette disposition n'est inspirée de l'art. 37 de la loi polonaise «relative aux relations privées internationales» de 1926 (reprise à l'art. 5 de la loi polonaise du 12 novembre 1965 relative au droit international privé). Elle a été adoptée pour atténuer la portée de l'art. 27 qui rejette le renvoi (*Al-quantun al-madani, magmu'at al-a'mal at-tahdiriyyah*, vol. 1, Dar al-kitab al-'arabi, Le Caire, 1950, p. 313).

tions de l'art. 61 LDIP, le juge doit leur appliquer leur droit national étranger commun, à savoir le droit égyptien. Comme il n'existe pas de droit unifié en la matière en Egypte, le juge doit:

1. connaître les règles de conflit des lois internes en Egypte⁸;
2. déterminer les religions des deux conjoints (s'ils sont musulmans, chrétiens, juifs ou sans religion reconnue), leurs communautés (chrétiens coptes, arméniens, etc.), et leurs confessions respectives (orthodoxes, catholiques ou protestants).

III. La religion en tant que source normative

1. La religion en tant que source normative s'impose au juge (ou à l'état civil) suisse lorsqu'il n'existe pas de concordance de règles entre le système religieux et le système suisse.

2. On peut distinguer ici deux catégories de problèmes:

- Actes interdits (ou inconnus) du système religieux;
- Actes interdits (ou inconnus) du système suisse.

Dans les développements qui suivent, nous étudierons, l'attitude du système juridique suisse face à ce conflit avec le système juridique religieux des pays arabes et musulmans.

Chapitre II

Les interdits du système religieux

I. Interdits relatifs au mariage

1. Normes du système religieux

1. Tous les systèmes religieux établissent des interdits dans le domaine du mariage. Ceci n'est pas propre à l'Islam. Illustrons ces propos par la situation en Egypte.

⁸ Voir sur ces règles SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique, Non-Musulmans en pays d'Islam, cas de l'Egypte*, Fribourg, Editions universitaires, 1979, pp. 149 – 179.

2. Le droit musulman en Egypte permet au musulman d'épouser une femme non-musulmane à condition qu'elle appartienne à une religion reconnue: le christianisme, le judaïsme ou la religion samaritaine. Il interdit le mariage d'une musulmane avec un non-musulman. Les apostats, ceux qui quittent la religion musulmane, sont frappés d'une interdiction totale de mariage; s'ils étaient mariés avant leur apostasie, un tel mariage est dissous.

3. Toujours en Egypte, tant le christianisme que le judaïsme établissent des interdictions de mariage de leurs adeptes avec les adeptes des autres religions. Le législateur égyptien, cependant, n'en tient pas compte⁹.

2. Mariage célébré en Suisse

1. L'interdiction de mariage pour différence de religion est contraire au principe constitutionnel de la liberté du mariage¹⁰.

La LDIP prévoit à son art. 44 al. 1^{er} que les «conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse». L'art. 43 al. 1^{er} prévoit, sans autre condition, la compétence des autorités suisses à cet effet, lorsque l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse.

2. Le rattachement au domicile a résolu les problèmes posés par l'art. 7c al. 1^{er} LRDC selon lequel «la validité d'un mariage célébré entre deux personnes dont l'une ou toutes les deux sont étrangères est régie pour chacune d'elles par sa loi nationale». Il n'est donc plus besoin de recourir à la clause de l'ordre public pour écarter les empêchements d'ordre religieux cités plus haut.

3. En ce qui concerne les fiancés étrangers dont aucun n'est domicilié en Suisse, l'art. 43 al. 2 LDIP permet à l'autorité compétente – sans la forcer – d'autoriser la conclusion du mariage à condition que celui-ci soit reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans leur Etat national. Dans ce cas, peut donc se poser la question des interdits religieux figurant dans la loi du domicile ou la loi nationale.

⁹ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique*, op. cit., pp. 257 – 288.

¹⁰ L'art. 54 ch. 2 de la Constitution suisse dit: «Aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels, sur l'indigence de l'un ou de l'autre des époux, sur leur conduite ou sur quelque motif de police que ce soit».

L'al. 3 de l'art. 43 LDIP prévoit que l'autorisation ne peut pas être refusée uniquement en raison d'une interdiction de mariage à la suite d'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse mais non reconnu à l'étranger, interdiction souvent d'ordre religieux. Rien cependant n'est dit de l'interdiction de mariage pour différence de religion. Les autorités suisses l'écarteraient vraisemblablement. Le lien avec la Suisse étant faible, ceci cependant n'est pas d'ordre public.

4. La situation peut cependant être plus complexe. Une Egyptienne musulmane décide d'épouser en Suisse un Egyptien chrétien. L'interdiction du droit musulman égyptien est écartée en vertu de l'ordre public suisse. Un tel mariage est nul en Egypte et expose les deux conjoints à des peines graves. Est-ce que les autorités suisses peuvent s'opposer à un tel mariage de peur que les conjoints en question demandent l'asile politique en Suisse pour pouvoir y rester?

La LDIP n'a pas repris la disposition de l'art. 7^e LRDC qui prévoyait une autorisation du canton du domicile pour la célébration du mariage. Il n'y a donc aucune possibilité de contrôle de la part du canton si l'un des fiancés est suisse ou domicilié en Suisse (article 43 al. 1 LDIP). L'autorisation cependant reste requise si les deux fiancés sont des étrangers non domiciliés en Suisse (article 43 al. 2 LDIP); elle peut leur être refusée. Mais, il est peu probable que l'état civil puisse se rendre compte de l'existence d'un tel empêchement religieux. S'il s'en rend compte, il devrait tout au moins attirer l'attention des parties sur les conséquences d'un tel mariage. Il n'a cependant pas de base légale pour refuser la célébration du mariage pour des raisons de police des étrangers.

Un requérant d'asile politique a vu sa demande d'asile rejetée. Il a alors déposé une demande de publication de mariage avec une Suisseuse qui faisait ménage commun avec lui depuis longue date. Le Conseil d'Etat vaudois s'y est opposé (avant l'entrée en vigueur LDIP). Cette autorité a jugé que

le recourant n'a pas rendu vraisemblable l'absence de relation de cause à effet entre la décision de l'Office fédéral de la police et la demande de publication de mariage. Le mariage n'aurait, en l'espèce, pas pour but la création de l'union conjugale; il devrait uniquement éviter «au requérant» d'être renvoyé de Suisse, car il est de notoriété publique qu'un étranger dont le conjoint est suisse n'est pas renvoyé de Suisse. La demande de publication de mariage constituerait, dès lors, un abus de droit.

Le Tribunal fédéral a rejeté cet argument. Il n'exclut pas que la décision de contracter mariage dans le cas présent «ait été dictée par le rejet de la demande d'asile présentée par le fiancé et l'injonction qui lui a été faite de quitter le territoire suisse». Mais, ajoute le Tribunal, «cela relève des motifs du mariage et ne dit rien quant à la volonté des fiancés

de créer l'union conjugale. La situation est différente de celle où une femme de nationalité suisse se prêterait à un mariage avec un étranger, avec lequel elle n'entretient aucun lien, dans le seul but de lui éviter le renvoi du territoire suisse»¹¹.

3. Mariage célébré à l'étranger

1. L'art. 45 LDIP dit:

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

Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou s'ils 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'éluider les causes de nullité prévues par le droit suisse.

Le mariage valablement célébré à l'étranger sous la forme religieuse ou civile est donc valide.

2. Qu'en est-il d'un mariage célébré à l'étranger en violation d'un empêchement religieux? Prenons le cas d'un Egyptien chrétien qui épouserait en Egypte devant l'Eglise une Egyptienne chrétienne convertie de l'Islam. Selon le droit égyptien, un tel mariage est nul. S'ils viennent en Suisse, est-ce que la Suisse reconnaîtrait leur mariage? Un tel mariage célébré en Egypte entre deux Egyptiens en violation de la loi égyptienne ne saurait être reconnu en Suisse en vertu de l'article 45 al. 1^{er} LDIP, car il n'a pas été valablement célébré selon la loi égyptienne. Le couple devrait donc se remarier en Suisse.

II. Interdits relatifs au divorce

1. Normes du système religieux

Les catholiques en Egypte ne peuvent pas divorcer en raison de leurs lois religieuses. Pour ce faire, il leur faut procéder à un changement de religion. Le plus souvent, le mari ou la femme se convertissent à l'Islam.

¹¹ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 113 II 8–9. Dans un arrêt non publié du 9 octobre 1987, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans le même sens dans le cas d'une autorisation de mariage entre une Suisseuse et un Algérien refusée par le Canton de Vaud. Dans cet arrêt il est dit: «Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités cantonales les motifs du mariage ne sont pas décisifs, si le mariage et la communauté de vie sont réellement voulus par les fiancés».

2. Divorce en Suisse

1. En Suisse, le divorce est une institution laïque. Sur le plan interne, les empêchements religieux n'entrent pas en ligne de compte.

En ce qui concerne les étrangers, l'al. 1^{er} de l'art. 7h LRDC en vigueur avant le 1^{er} janvier 1989 accordait à «l'époux étranger habitant la Suisse le droit d'intenter son action de divorce devant le juge de son domicile, s'il établit que les lois ou la jurisprudence de son pays d'origine admettent la cause de divorce invoquée et reconnaissent la juridiction suisse».

2. La nouvelle loi de droit international privé n'exige plus ces deux conditions qui font appel au droit national. Le législateur suisse a voulu mettre l'accent sur «le principe du rapport de droit le plus étroit», prévoyant «l'application du droit qui régit le milieu social dans lequel vivent les époux, c'est-à-dire leur domicile, qui correspond généralement au lieu où se sont produites les causes du divorce»¹².

3. Le divorce en Suisse impliquant des étrangers est désormais régi par les art. 59 à 61 LDIP¹³. Ces articles ne brillent pas par leur clarté.

Le couple catholique égyptien voulant divorcer en Suisse ne pouvait pas le faire sous le régime de la LRDC. Désormais, depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, il peut le faire à condition que l'un des deux conjoints réside en Suisse depuis deux ans (art. 61 al. 3 LDIP).

¹² *Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 nov. 1982*. Feuille fédérale (cité ci-après: *Message sur la LDIP*), 1983 I p. 348.

¹³ Article 59:

Sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps:

- a) les tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur;
- b) Les tribunaux suisses du domicile de l'époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse.

Article 60:

Lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps, si l'action ne peut pas être intentée au domicile de l'un des époux ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Article 61:

1. Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.
2. Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.
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.
4. Lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents en vertu de l'article 60, ils appliquent le droit suisse.

S'il s'agissait d'un couple catholique dont un conjoint est libanais et l'autre égyptien, il suffirait que le défendeur soit domicilié en Suisse ou que le demandeur y réside depuis un an (art. 61 al. 1^{er} et 59 LDIP)¹⁴.

III. Interdits relatifs aux rapports entre parents et enfants

1. Normes du système religieux

1. D'après les règles de conflit interne égyptiennes, les enfants issus d'un couple musulman ou d'un père musulman et d'une mère chrétienne ou juive doivent être dans tous les cas élevés selon la religion musulmane. Toute convention contraire de la part des parents est nulle.

2. La garde des enfants (*hadanah*) est confiée à la mère, à moins qu'elle ne soit apostate. Les enfants cependant sont retirés à leur mère lorsqu'ils risquent d'être influencés par sa religion. D'autre part, la tutelle et la curatelle de ces enfants doivent être nécessairement confiées à des Musulmans.

3. On attribue en règle générale un prénom qui est neutre ou propre à la religion dans laquelle doit être élevé l'enfant. Ainsi, un enfant musulman ne portera jamais le prénom «Jean».

2. Rapports entre parents et enfants en Suisse

1. Selon l'art. 82 al. 1^{er} LDIP, «des relations entre parents et enfants sont régies par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant». L'article 85 LDIP donne cependant la priorité à la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Selon l'article 3 de cette Convention, «un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants».

Les rapports entre parents et enfants en droit musulman sont constitués *ex lege*. Les rapports entre le couple musulman ou mixte égyptien (père musulman et mère non-musulmane) et ses enfants de nationalité égypt-

¹⁴ A défaut de la loi nationale commune, il y a un rattachement à la *lex fori*, ici (Bernard Dutoit: *Le nouveau droit international privé suisse de la famille*, in *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, pp. 36 – 37).

tienne résidant en Suisse seraient donc régis par leur loi nationale. Ceci signifie que le couple n'est pas libre de choisir la religion des enfants. Ceci est contraire à l'ordre public suisse.

2. Le problème surgit lorsque le couple en question ne s'entend pas sur le choix de la religion. Le droit suisse ne contient aucune disposition dans ce domaine. Le juge doit trancher. En cas de convention pré-matrimoniale entre les deux conjoints, le juge peut en tenir compte surtout s'il s'avère qu'un conjoint n'aurait pas conclu le mariage sans le respect de la convention en question. De même, le choix du prénom de l'enfant peut constituer une indication. Ainsi, si le couple était d'accord de prénommer l'enfant Mohammed, le juge peut en déduire que le couple était d'accord pour que l'enfant soit musulman. Ce problème se pose notamment en cas de divorce.

3. D'après le Tribunal fédéral, le détenteur de l'autorité parentale dispose seul et librement de l'éducation religieuse de l'enfant; celui des parents auquel le jugement de divorce enlève l'autorité parentale sur l'enfant n'a plus rien à dire au sujet de son éducation religieuse et ne peut s'assurer d'une influence à cet égard en liant le détenteur de l'autorité parentale par une convention ou un jugement¹⁵.

4. Dans un avis du 13 novembre 1986 relatif à un divorce entre un Algérien musulman et une Suisse chrétienne, l'Institut suisse de droit comparé¹⁶ s'est prononcé pour l'attribution des enfants au père du fait que le mariage avait été célébré devant une autorité religieuse musulmane au Maroc, que la femme avait été avertie et avait accepté les devoirs découlant d'un tel mariage en ce qui concerne l'éducation religieuse des enfants, que les enfants portaient des noms musulmans et avaient gardé leur nationalité algérienne. Le père craignait qu'en attribuant les enfants à la mère, elle les baptiserait, changerait leurs noms et les ferait chrétiens. Un tel changement serait dommageable aux enfants après leur retour en Algérie. Dans cet avis, cependant, il fut précisé que l'accord entre les deux

¹⁵ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 79 II 344.

¹⁶ Selon l'article 3 de la loi fédérale sur l'Institut suisse de droit comparé du 6 oct. 1978, l'Institut «doit . . . donner des renseignements et des avis de droit aux tribunaux, aux organes administratifs, aux avocats et à d'autres intéressés». Ces renseignements et avis sont donnés à titre purement consultatif et ne lient aucunement l'autorité qui les demande. Ils servent souvent à établir le contenu du droit étranger dans le cadre de l'article 16 LDIP et à proposer des solutions à des problèmes de droit international privé. Il en est de même des avis de l'Office fédéral de la justice dont une sélection est publiée dans le recueil «Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération». Les tribunaux et la doctrine en Suisse s'y réfèrent constamment.

conjoints «ne serait pris en considération que si la solution qu'il implique était, aux yeux du juge, conforme aux intérêts des enfants».

5. L'accord des conjoints concernant la garde et la puissance paternelle (qui impliquent l'éducation religieuse) est pris en considération par le juge bien qu'il soit soumis à sa ratification (art. 158 ch. 5 CC). Le Tribunal fédéral dit à cet effet:

Bien que l'intérêt des enfants soit seul décisif, l'accord des parents n'est pas sans importance; le juge l'homologuera quand bien même il aurait peut-être choisi une autre solution, si les dispositions convenues par les parties offrent autant de garanties pour le bien des enfants¹⁷.

6. En ce qui concerne le nom «et le prénom», l'art. 37 LDIP prévoit:

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.

Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national.

La question du prénom en droit suisse est régie par l'art. 301 al. 4 CCS selon lequel les père et mère choisissent le prénom de l'enfant. Selon l'art. 69 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur l'état civil:

Les père et mère choisissent les prénoms de l'enfant. Lorsqu'ils ne sont pas mariés ensemble, il appartient à la mère de choisir les prénoms.

Les prénoms manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant ou de tiers, notamment les prénoms choquants ou absurdes, sont refusés; il en est de même lorsque le sexe de l'enfant ne ressort pas clairement de son ou de ses prénoms.

Qu'en est-il cependant lorsqu'un couple mixte ne s'entend pas sur le choix du prénom, l'un voulant attribuer un prénom musulman, l'autre un prénom chrétien? Ici peut être envisagée l'intervention de l'autorité tutélaire prévue à l'art. 307 du Code civil. Les critères cités plus haut pour le choix de la religion peuvent être pris en considération.

3. Rapports entre parents et enfants décidés à l'étranger

1. Un avis de l'Office fédéral de la justice en date du 16 août 1973 dit qu'un jugement de divorce prononcé au Maroc entre un Marocain et une Suisseuse domiciliés au Maroc serait reconnu en Suisse en ce qu'il prononce la dissolution du mariage.

¹⁷ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 94 II 2.

En ce qui concerne les effets accessoires du divorce, ce jugement ne pourrait toutefois être reconnu en Suisse et, partant, son exécution ne pourrait y être prononcée qu'à la condition de ne pas violer l'ordre public suisse. Si la Suisse revient s'établir en Suisse, il appartiendrait aux autorités suisses compétentes de décider si l'attribution du droit de tutelle est ou non compatible avec l'ordre public de la Suisse.

Envisageant le cas du décès du père marocain et l'attribution des enfants au père du défunt par décision judiciaire marocaine, l'Office fédéral de la justice dit qu'une «telle attribution serait justifiable . . . dans des pays où . . . la femme n'est peut-être pas — encore aujourd'hui — toujours en mesure d'assumer pleinement certaines responsabilités, compte tenu des mœurs et des traditions. Ce système n'est en revanche pas concevable dans des pays où la femme jouit traditionnellement d'une assez large indépendance dont elle a appris à faire pleinement usage». Il rappelle l'art. 274 al. 1^{er} du Code civil suisse selon lequel, en cas de décès d'un des époux, la puissance paternelle appartient au survivant¹⁸.

2. Au cas où un Musulman égyptien intenterait une action en divorce contre sa femme suisse de religion chrétienne en Egypte, il est évident que le tribunal égyptien priverait la Suisse, en raison de sa religion, du droit de garde pour qu'elle ne puisse pas influencer ses enfants en matière de religion. La Suisse n'exécuterait pas ce jugement sans regarder l'intérêt des enfants. Le seul critère de la religion sur lequel se serait basé le tribunal égyptien pourrait dans ce cas être considéré comme contraire à l'ordre public suisse.

IV. Interdits relatifs aux successions

1. Normes du système religieux

1. Le droit musulman interdit toute succession entre Musulmans et non-Musulmans. De même, il prive le Musulman qui quitte sa religion de sa qualité d'héritier. Ainsi une Chrétienne, qui épouserait un Musulman et mettrait au monde des enfants (forcément musulmans selon le droit égyptien), ne saurait hériter de son mari ou de ses enfants, et ces derniers ne sauraient être ses héritiers. Le seul moyen qui reste est la constitution d'un legs à concurrence d'un tiers de l'héritage.

¹⁸ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 38, 1974, pp. 8 – 10.

2. Dans le partage de la succession, le droit musulman accorde à la femme, en règle générale, la moitié de ce qu'il accorde à l'homme.

3. Enfin, le droit musulman ne reconnaît pas la règle de représentation, règle tempérée dans certains pays musulmans par l'institution du legs obligatoire.

2. Successions en Suisse

1. Si un étranger musulman a eu son dernier domicile en Suisse, sa succession est régie par le droit suisse (art. 90 al. 1 LDIP). Le problème des normes religieuses ne se pose donc pas. Toutefois, il serait difficile de faire exécuter une décision suisse en ce qui concerne les biens se trouvant dans le pays d'origine.

2. Un problème se pose lorsque la succession est soumise à la loi nationale par choix du testateur étranger (art. 90 al. 2 LDIP), en raison du dernier domicile dans son pays (art. 91 al. 1 LDIP) ou d'une convention internationale (p. ex.: la convention entre la Suisse et l'Iran). Dans ce cas, le droit musulman, en tant que droit national, serait applicable. Peut-on écarter l'application de ce droit en vertu de l'ordre public?

3. Dans un avis du 17 juillet 1980, l'Office fédéral de la justice a déclaré applicable la Convention de la Suisse avec l'Iran de 1934, soumettant le régime matrimonial et le droit successoral des Iraniens domiciliés en Suisse à leur loi nationale. Dans cet avis, l'Office en question a signalé qu'en matière successorale la quote-part des garçons est double de celle des filles. Sans le trancher, il s'est demandé «si une telle règle est bien compatible avec l'ordre public suisse»¹⁹.

4. Dans un avis du 23 avril 1985, l'Institut suisse de droit comparé s'est prononcé sur la question de savoir s'il était possible qu'un Iranien musulman domicilié en Suisse et ayant deux enfants naturalisés suisses soumette sa succession au droit suisse.

La Convention entre la Suisse et l'Iran soumet les ressortissants de chacun des deux pays sur le territoire de l'autre pays à leurs lois nationales en matière de successions²⁰. Cette solution correspond à la solution établie par l'art. 6 du code civil iranien qui dit:

¹⁹ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 45, 1981, pp. 171 – 172.

²⁰ Dans un avis non publié du 15 mars 1990 relatif au régime matrimonial iranien, l'Office fédéral de la justice dit que lorsque la femme d'origine allemande est devenue

Les lois relatives à l'état des personnes, telles que celles qui règlent le mariage et le divorce, les lois relatives à la capacité des personnes et les lois qui règlent les successions seront applicables à tous les Iraniens, même à ceux qui résident en pays étranger.

La *professio iuris* de l'art. 90 al. 2 LDIP qui permet de choisir la loi nationale au lieu de la loi du domicile, mais non l'inverse, n'entre pas en ligne de compte. Peut-on en revanche invoquer les liens des intéressés avec la Suisse qui permettent de déroger à la convention en vertu de la dernière clause de l'al. 3 qui dit «Il ne pourra être dérogé à l'application de ces lois par l'autre Partie contractante qu'à titre exceptionnel et pour autant qu'une telle dérogation y est généralement pratiquée à l'égard de tout autre Etat étranger»?

Ni la doctrine ni la jurisprudence suisses ne se sont attardées sur le sens de cette clause. Dans un avis de l'Office fédéral de la justice du 24 mars 1981, il est fait application de la loi iranienne, en vertu de la Convention, bien que les intéressés fussent domiciliés en Suisse²¹.

Il restait à voir si la loi nationale iranienne, en principe applicable, permettait une «*professio iuris*» pouvant être utilisée comme moyen pour écarter l'application de la loi iranienne. Or, la question successorale, étant réglée d'une manière exhaustive par le Coran pour les Musulmans, relève du domaine religieux auquel l'individu ne peut échapper par sa propre volonté. Il n'y a donc pas de «*professio iuris*» en droit international privé iranien. Il faut d'ailleurs ajouter que si cette possibilité existait, il serait très douteux qu'elle puisse déroger à la règle de la Convention²².

5. Dans un avis du 1^{er} décembre 1987, l'Institut suisse de droit comparé s'est prononcé sur la représentation en droit successoral iranien. Un

iranienne par mariage (et qu'on ne lui connaissait pas d'autre nationalité), les époux en question tombent sous le champ d'application de la convention.

²¹ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 45, 1981, p. 171. L'Allemagne a conclu une convention analogue avec l'Empire de Perse le 17 février 1929, dont l'art. 8 est identique à celui de la convention avec la Suisse; voir à ce sujet P. VOLKEN, *Konventionskonflikte im IPR*, SSIR 7, Zurich 1977, 128 – 131.

²² Voir à cet effet K. P. HOTZ, *Die Rechtswahl im Erbrecht*, Schulthess, Zurich 1969, p. 55. La question est controversée en ce qui concerne les conventions américano-suisse et franco-suisse, beaucoup plus anciennes (N. SCHIESS, *Die Auslegung von art. VI des schweizerisch-amerikanischen Staatsvertrages von 1850*. Annuaire suisse de droit international, 1976, pp. 36 et sv.). Dans un avis de droit allemand, il fut question de savoir si la théorie de la *Parteiautonomie* peut être invoquée pour permettre à des Iraniens de choisir en matière successorale le droit allemand. La réponse fut négative, non seulement parce que le droit allemand lui-même ne reconnaît pas une telle théorie, mais pour des raisons propres à la Convention et aux normes matérielles et de conflit iraniennes (*Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht*, 1965 – 66, pp. 729 et sv. Voir aussi dans la même collection 1967 – 68, pp. 623 et sv.; 1969, pp. 254 et sv.; 1976, pp. 572 et sv.).

Musulman iranien était mort en laissant un frère et deux neveux, fils d'un autre frère décédé quatorze jours avant lui.

En raison de la Convention entre la Suisse et l'Iran, c'est le droit iranien qui devait s'appliquer. L'art. 887 al. 1^{er} du Code civil iranien dit:

Le neveu est totalement exclu par la présence d'un frère ou d'une sœur du défunt et le frère consanguin par la présence d'un frère germain du défunt.

Fallait-il considérer une telle disposition musulmane comme contraire à l'ordre public? La réponse à cette question fut négative.

3. Successions à l'étranger

1. La règle de conflit dans les pays musulmans veut normalement que les successions soient soumises à la loi nationale. Mais, en raison de l'appartenance religieuse, l'Egypte, par exemple, appliquerait le droit musulman à l'héritage d'un Suisse musulman. Ainsi, une fille recevrait la moitié de ce que reçoit un fils.

2. *Quid* des biens qui se trouvent en Suisse? Va-t-on dire que seulement ces biens seront soumis au droit suisse, ou au contraire va-t-on calculer de manière à avoir une égalité entre garçon et fille sur l'ensemble de l'héritage?

V. Interdits relatifs à l'adoption

1. Normes du système religieux

1. Le droit musulman ne permet pas l'adoption dans le sens suisse, avec effets familiaux. Cette interdiction est basée sur le Coran:

Dieu n'a pas fait que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants... Appelez ces enfants adoptifs du nom de leurs pères; ce sera plus juste auprès de Dieu. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, ils sont vos frères en religion; ils sont des vôtres²³.

Cette influence islamique se retrouve dans la plupart des pays arabes où l'adoption n'est permise que pour les non-Musulmans. Certains pays

²³ Coran 33:4-5.

musulmans ont cependant essayé d'éluder l'interdiction coranique en introduisant l'adoption (*tabanni*) dans leurs législations, soit explicitement, comme en Tunisie, soit implicitement, comme en Irak. Dans ce dernier pays, on parle de «*dam*», annexion ou insertion.

2. L'Islam admet la reconnaissance de paternité ou de filiation qui peut aussi être utilisée pour des enfants trouvés d'ascendance inconnue.

3. L'Islam admet enfin une institution similaire au placement familial en vue de la protection psychique, sanitaire, sociale et éducative de l'enfant. Cette institution est réglementée par certains codes tel que le code de famille algérien sous la notion de «*kafala*», traduite officiellement par «recueil légal».

2. Adoption prononcée en Suisse

1. L'adoption prononcée en Suisse est régie par l'art. 77 LDIP qui dit:

Les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse.

Lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant, l'autorité tient compte en outre des conditions posées par le droit de l'Etat en question. Si, malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l'adoption ne doit pas être prononcée.

Cet article tient compte de la loi étrangère en ce qui concerne le ou les adoptants. Est-ce que les autorités suisses tiendraient compte de l'empêchement religieux? Ni la doctrine ni la jurisprudence en Suisse ne nous le disent. Ce qui est certain, c'est que le législateur n'a pas voulu tenir compte des empêchements, religieux ou autres, prévus par la loi du domicile ou de l'Etat national de l'enfant à adopter.

2. Dans un avis de droit du 30 mars 1989, l'Institut suisse de droit comparé a dû se prononcer dans un cas de doubles nationaux.

Une Tunisienne musulmane, devenue Suissesse par mariage, divorcée d'un Algérien, était mariée à un Suisse chrétien. L'actuel mari désirait adopter la fille mineure de sa femme issue du premier mariage. La fille était d'accord, mais souhaitait garder sa nationalité tunisienne et sa religion musulmane. Quant au père, il était sans adresse connue et ne répondait pas aux lettres.

Dans ce cas, deux problèmes se posaient. Le mariage d'un Chrétien avec une Musulmane tunisienne est interdit en vertu de l'art. 5 du Code de statut personnel tunisien qui renvoie aux empêchements au mariage prévus par le droit musulman et interdit les mariages entre un non-Musul-

man et une Musulmane. Du fait que la femme avait gardé la nationalité tunisienne, la Suisse n'aurait pas pu exercer de protection diplomatique si celle-ci s'était rendue en Tunisie.

Quant à la question de l'adoption, le droit international privé tunisien exige un cumul entre la loi nationale de l'adoptant et la loi nationale de l'adopté²⁴. L'art. 10 al. 2 de la loi 1958/27 prévoit expressément qu'un Tunisien peut adopter un étranger; la loi est silencieuse sur le cas contraire, mais la jurisprudence l'a admis²⁵. En revanche, un arrêt du Tribunal cantonal de Tunis semble exiger l'appartenance à l'Islam des adoptants voulant adopter un enfant musulman²⁶. Par conséquent, l'adoption en question, possible en Suisse en vertu de l'art. 77 LDIP, risquait fort de ne pas être reconnue en Tunisie.

Est-ce que les autorités suisses devaient tenir compte de l'ordre public tunisien et empêcher une telle adoption? Ou fallait-il exclure la règle tunisienne en vertu de l'ordre public suisse? Si la fille adoptée était restée tunisienne et musulmane et avait résidé en Suisse, il eut été regrettable de ne pas faciliter son intégration sociale au sein d'une famille suisse. Mais si elle était revenue en Tunisie, elle avait risqué de voir son adoption non reconnue et la Suisse n'aurait pas pu la défendre du fait qu'elle a la double nationalité suisse et tunisienne.

3. Dans un avis non publié du 25 février 1988, l'Office fédéral de la justice s'est prononcé concernant l'adoption d'une mineure d'origine marocaine dont le gardien et le curateur étaient le Service du tuteur général genevois. Des ressortissants marocains domiciliés en Suisse voulaient l'adopter.

Dans cet avis basé sur les dispositions de la LRDC – qui ne diffèrent pas en l'espèce de celles de l'actuelle loi – l'Office fédéral de la justice dit:

... le seul fait qu'une adoption ne soit pas reconnue dans le pays d'origine de l'adoptant ne suffit pas pour que la demande soit rejetée en Suisse. Il faut qu'il en résulte un grave préjudice pour l'enfant. Afin de savoir si la non-reconnaissance de l'adoption pourrait causer un tel préjudice à l'enfant, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas, du degré d'intégration des intéressés dans le milieu social suisse et surtout de la probabilité d'un retour au pays d'origine.

²⁴ Article 4 ch. 6 du décret du 12 juillet 1956 sur les questions de conflit de lois.

²⁵ Jurisclasseur, Tunisie, Mariage, filiation, 2, 1988, n° 149, et la jurisprudence citée.

²⁶ Tribunal cantonal de Tunis, N° 2272, du 26 déc. 1974, in *Revue tunisienne de droit*, 1975, II, p. 117, note K. MEZIOU.

Rappelant l'art. 83 du Code marocain du statut personnel selon lequel l'adoption est nulle et non avenue, l'Office fédéral de la justice dit qu'«il paraît très peu probable qu'une adoption prononcée selon le droit suisse, dans les conditions d'espèce, puisse être reconnue au Maroc». Il ne dit cependant pas quelle est la position à prendre par le Service du tuteur général genevois²⁷.

4. Rappelons ici que la loi nationale de l'enfant à adopter intervient lors de son placement. En effet, l'art. 6 de l'Ordonnance réglant le placement d'enfants dit:

Les parents nourriciers doivent . . . présenter:

c) Un document attestant le consentement des parents à l'adoption de l'enfant ou une déclaration d'une autorité du pays d'origine de l'enfant indiquant les raisons pour lesquelles ce consentement ne peut pas être donné;

d) Une déclaration d'une autorité compétente selon le droit du pays d'origine de l'enfant certifiant que ce dernier peut être confié à des parents nourriciers en Suisse²⁸.

Avec cette disposition de droit matériel, le législateur suisse veille indirectement au respect de l'ordre public étranger. Dans un avis non publié du 18 janvier 1990, relatif à l'adoption d'un enfant marocain, l'Office fédéral de la justice a confirmé qu'il n'est pas possible d'obtenir de tels certificats au Maroc.

3. Qualification des adoptions à l'étranger

1. La question de la qualification des institutions non conformes à l'adoption suisse est importante pour savoir si la Suisse accordera le permis de séjour aux enfants concernés. Se pose aussi le problème des effets civils de telles institutions.

2. L'art. 78 LDIP dit:

Les adoptions intervenues à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants.

Les adoptions ou les institutions semblables du droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées.

²⁷ Un avis similaire a été donné le 4 juillet 1984 par l'OFJ concernant l'adoption par un ressortissant marocain d'un enfant mineur de son épouse de nationalité suisse (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 48, 1984, p. 443).

²⁸ Recueil systématique 211.222.338.

Le Message sur la LDIP précise qu'il ne s'agit pas de «reconnaître n'importe quelle forme d'adoption étrangère», mais de limiter les effets d'une adoption étrangère à «ceux conférés par le droit étranger»²⁹.

3. Dans un avis de droit du 7 janvier 1991, l'Institut suisse de droit comparé s'est prononcé sur un cas iranien.

Un Iranien au bénéfice d'un permis de séjour en Suisse avait fait venir une jeune fille mineure dont il s'occupait et avait demandé un permis de séjour pour elle. Il présenta aux autorités suisses une déclaration d'engagement comportant une «responsabilité financière, morale et éducative» de sa part, et un engagement de la part de la jeune fille à obéir «aux recommandations paternelles» de son protecteur qu'elle considère «comme un père».

Comment qualifier la relation entre l'Iranien et la jeune fille? Peut-on la considérer comme incluse dans les «institutions semblables du droit étranger» dont parle l'art. 78 susmentionné? Trois réponses ont été envisagées.

a. Il est avant tout possible de dire qu'il s'agit d'une institution particulière du droit musulman qui remplit partiellement les fonctions de l'adoption et qui peut être comparée à l'institution italienne de l'«*affiliazione*» (art. 400 sv. du CC italien abrogé par la loi 184 du 4 mai 1983 qui parle d'«*affidamento*») avec la différence qu'elle ne constitue pas un empêchement au mariage.

Raisonnant par analogie, on peut se demander si un enfant italien lié par le lien de l'«*affiliazione*» obtiendrait le permis de séjour pour pouvoir vivre avec son «père adoptif» italien. Différents contacts avec l'Office fédéral des étrangers et l'Office fédéral de la justice n'ont pas permis d'avoir une réponse à cette question.

b. Il y a aussi lieu de se référer aux institutions suisses de la tutelle et de la curatelle. Signalons ici cependant une réponse non publiée de l'Office fédéral des étrangers du 13 juin 1990 à l'intention de la Direction de la police du canton de Berne concernant l'octroi d'autorisation de séjour à un jeune Turc qui voulait rejoindre en Suisse son frère désigné comme son tuteur par un tribunal turc. L'Office en question a rappelé l'Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers³⁰. L'art. 38 de cette ordonnance restreint le droit au regroupement familial au conjoint et aux enfants célibataires de moins de 18 ans dont le requérant étranger a la charge.

²⁹ Message sur la LDIP, *op. cit.*, p. 361.

³⁰ Recueil systématique 823.21.

- c. Enfin, il est possible de rapprocher cette relation de l'institution suisse du «placement d'enfants», réglée par l'Ordonnance du 19 octobre 1977³¹. Cette Ordonnance envisage à l'art. 6a le «placement d'enfants de nationalité étrangère pour d'autres motifs» «que l'adoption». Le motif serait, dans le cas présent, l'exercice de la fonction de «recueillant légal».

L'Institut suisse de droit comparé a opté pour cette dernière qualification tout en faisant observer qu'elle pourrait ouvrir la voie à certains abus. Peut-on se satisfaire d'une simple attestation de la part du «recueillant» et du «recueilli» pour permettre à ce dernier de séjourner en Suisse?

Une première limitation à cette possibilité d'abus est présentée par l'Ordonnance de 1977 dont l'art. 6a, al. 2 exige des parents nourriciers qu'ils produisent «une déclaration du représentant légal compétent selon le droit du pays d'origine de l'enfant qui indique le motif du placement en Suisse». Cette exigence de l'Ordonnance faisait défaut dans le cas d'espèce. Les documents soumis par le requérant de la carte de légitimation ne comportaient pas de déclaration du représentant légal compétent, qui serait le père ou le grand-père de la fille, éventuellement la mère ou la grand-mère.

D'autre part, il est possible de raisonner par analogie avec le placement d'enfants de nationalité étrangère en vue de leur adoption. L'art. 6 ch. 2 de l'Ordonnance de 1977 (citée plus haut) exige différentes attestations. Ces attestations, ou, du moins, certaines d'entre elles (notamment le consentement des parents et celui d'une autorité compétente), devraient être exigées pour empêcher des abus et des irrégularités dans l'invocation du «recueil légal».

Cette affaire pose des problèmes de conscience. On ne peut séparer un enfant «recueilli» de son «recueillant» sans porter une atteinte grave aux droits du premier. Mais on ne saurait ouvrir la porte toute grande sans un minimum de précaution pour empêcher les abus.

³¹ Recueil systématique 211.222.338.

Chapitre III

Les interdits du droit suisse

I. Célébration du mariage

1. Priorité du mariage civil en Suisse

En Suisse, le mariage est laïc. Il est célébré par-devant l'officier de l'état civil. Le mariage religieux ne peut avoir lieu qu'après le mariage civil sur présentation d'un certificat de mariage. L'art. 118 al. 2 du code civil parle de «bénédition religieuse». L'art. 182 al. 2 de l'Ordonnance sur l'état civil prévoit une amende de 500 francs (et de 1000 francs en cas de récidive) à l'encontre de celui qui donne cette bénédiction religieuse avant le mariage civil.

2. Mariage d'étrangers célébré en Suisse

1. L'art. 44 al. 3 LDIP soumet la forme de la célébration du mariage en Suisse au droit suisse. Ni le mariage religieux (avant le mariage civil), ni le mariage consulaire (avant ou après le mariage civil) ne sont tolérés en Suisse, le mariage étant considéré comme relevant de la souveraineté territoriale. Cette position cependant est tempérée pour éviter des mariages boiteux. Le Message sur la LDIP dit:

La question reste ouverte de la valeur à accorder à un mariage conclu effectivement en Suisse devant un officier du culte ou un consul, mariage qui serait valable au demeurant en vertu du droit de l'Etat du domicile ou de l'Etat national des fiancés. Une décision ne peut dès lors être prise que cas par cas³².

2. Qu'en est-il cependant si le mariage seulement civil impliquant des étrangers n'est pas valide dans leur pays national? Le Message sur la LDIP dit:

Le fait que la Suisse connaît seulement le mariage civil, alors que différents Etats ne considèrent comme valable que le mariage religieux, ne constitue pas une raison suffisante pour faire dépendre l'autorisation de conclure un mariage civil de la célébration ultérieure d'un mariage religieux. L'officier de l'état civil peut tout au plus rendre les fiancés attentifs à la possibilité que leur mariage ne soit pas reconnu à l'étranger³³.

³² Message sur la LDIP, *op. cit.*, p. 331.

³³ Message sur la LDIP, *op. cit.* p. 332.

L'art. 43 al. 2 LDIP pose un problème. Il exige pour la conclusion du mariage, en ce qui concerne les étrangers non domiciliés en Suisse, que ce mariage soit reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans leur Etat national. Il n'est pas clair si la célébration d'un tel mariage serait refusée pour la simple raison que le mariage civil n'est pas reconnu dans ces Etats. Selon l'avis de l'Office fédéral de la justice, «il suffirait déjà qu'un mariage purement civil ne soit pas reconnu dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national d'époux étrangers non domiciliés en Suisse, pour qu'il ne puisse pas être célébré en Suisse conformément à l'article 43, 2^e alinéa, LDIP»³⁴.

3. Une question s'est posée sous le régime de l'ancienne LRDC et se pose encore aujourd'hui: Une Suissesse et un Marocain souhaitent conclure un mariage en Suisse.

Le Dahir n° 1 – 60 – 020 du 3 mars 1960 dit:

Art. 1. Les mariages entre Marocains et étrangères, d'une part, et Marocaines et étrangers, d'autre part, dans la mesure où ils ne sont pas interdits par le statut personnel du conjoint marocain, peuvent être célébrés, à la demande des conjoints, par l'officier de l'état civil conformément aux dispositions du Dahir du 4 sept. 1915.

Art. 2 al. 1. Toutefois, la célébration du mariage en la force de l'état civil est subordonnée à la consécration préalable de l'union dans les conditions de fond et de forme prévues par le statut personnel du conjoint marocain.

La première condition posée par l'art. 1^{er} concerne principalement le respect de l'art. 29 ch. 5 du Code du statut personnel qui interdit le mariage d'une femme musulmane avec un non-Musulman.

La deuxième condition est relative à la forme. En l'absence d'un texte légal qui consacre la règle *locus regit actum*, l'art. 2 est considéré comme d'application générale en ce qui concerne le mariage mixte conclu au Maroc ou hors du Maroc³⁵.

Selon l'art. 2 al. 1^{er} susmentionné, le mariage civil célébré à l'étranger n'est pas valable au Maroc. C'est ce qu'a confirmé une décision du Tribunal de première instance de Casablanca du 10 juin 1976 en déclarant nul le mariage contracté devant l'état civil à Paris entre une Française et un Marocain³⁶.

³⁴ Lettre du 17 avril 1991 adressée à l'auteur.

³⁵ PAUL DECROUX, *Droit privé*, vol. II, Droit international privé, Edition La Porte, Rabat 1963, p. 198.

³⁶ Le Tribunal de grande instance de Paris a refusé de rendre ce jugement exécutoire comme contraire à l'ordre public français (*Revue critique de droit international privé*, 1981, pp. 510 – 523; *Journal du droit international*, 1982, pp. 699 – 712).

Selon l'art. 5 al. 1^{er} du code du statut personnel marocain:

La validité de l'acte de mariage est subordonnée à la présence simultanée de deux témoins honorables (*'adl*) qui entendent, en une même séance, l'offre et l'acceptation par le futur époux ou son représentant et par le *wali* (tuteur de la femme), après que la future épouse a donné son accord et l'a mandaté «à cet effet».

Les témoins dont il est question sont en fait des employés du Ministère de Justice, une sorte de notaires officiels. Ils doivent être mâles et musulmans. Afin de faciliter la tâche aux Marocains qui souhaitent se marier à l'étranger, le Ministre de la Justice et le Ministre des Affaires étrangères confèrent la qualité de témoins (*'adl*) aux agents consulaires marocains pour leur permettre d'instrumenter en matière de mariage à l'égard de leurs ressortissants. Aux termes de l'art. 39 du décret du 29 janvier 1970, les agents diplomatiques et consulaires, qui ont été habilités à cette fin par arrêté conjoint du Ministre des Affaires étrangères et du Ministre de la Justice, sont compétents pour recevoir les actes de mariage ou de dissolution de mariage dans tous les cas où ces actes peuvent valablement être établis au Maroc en la forme adoulaire. Il est précisé que les témoins coopérant à ces actes doivent satisfaire aux conditions posées par la loi marocaine, et que l'authentification de ces actes est faite par le chef de poste, qui joue ainsi le rôle de *cadi*.

Il résulte de ce qui précède que le mariage conclu en Suisse, selon le droit suisse, ne serait pas reconnu au Maroc, à moins que les deux conjoints ne s'adressent aux services consulaires marocains en Suisse pour faire valider leur mariage dans le sens du décret de 1970 susmentionné. La compétence des agents consulaires marocains est cependant liée, selon l'article premier dudit décret, à la condition «que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas». Or, la Suisse n'admet pas un tel mariage consulaire. Malgré cela, la Suisse célébrera le mariage tout en interdisant le passage devant les autorités consulaires marocaines³⁷. Il faut cependant relever ici qu'en pratique il semble que beaucoup de couples étrangers ou mixtes ignorent cette interdiction suisse.

4. Cette position du législateur crée une situation particulière. Dans un arrêt non publié d'avril 1981, le Tribunal civil du district de Lausanne dit que le mariage célébré civilement entre une Suisseuse et un Marocain n'est pas reconnu au Maroc. Etant considéré comme inexistant par le Maroc, la question de la dissolution, par conséquent, ne se pose pas. Le demandeur marocain, ainsi, n'avait pas à fournir la preuve requise par l'art. 7h

³⁷ Voir sur ce problème l'avis du 7 sept. 1979 de l'Office fédéral de la justice (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 44, 1980, pp. 39 – 40).

LRDC par rapport au Maroc. Le même raisonnement a été tenu dans un arrêt de décembre 1985 opposant une Italienne à un Marocain.

5. Dans un arrêt non publié d'octobre 1981, le Tribunal civil du district de Lausanne a cité l'avis de l'Office fédéral de la justice du 29 mai 1981 selon lequel «le Liban admet que lorsque ses ressortissants se marient à l'étranger, civilement uniquement, ceux-ci soumettent leur statut matrimonial à la loi civile du pays où ils font célébrer leur mariage . . . Dans le cas d'un tel mariage civil, conclu à l'étranger, le Liban reconnaît *ipso jure* le divorce lorsqu'il est prononcé par la juridiction civile du pays du lieu de célébration, selon la propre loi de ce pays». Le demandeur dans le procès de divorce, un Chrétien libanais, remplissait ainsi les conditions de l'art. 7h LRDC.

Sous la nouvelle LDIP, ces époux, dont un seul est domicilié en Suisse, peuvent demander le divorce en raison du renvoi de la loi nationale commune prévue à l'article 61 al. 2 au droit suisse (art. 14 al. 2 LDIP). La condition de la «résidence depuis deux ans en Suisse» de l'art. 61 al. 3 ne serait pas exigée d'eux.

3. Mariage célébré à l'étranger

1. En vertu de l'article 45 LDIP (cité plus haut), le mariage valablement célébré à l'étranger que ce soit sous la forme civile ou religieuse est valide en Suisse. De même, certaines représentations suisses à l'étranger bénéficiant des attributions d'officier de l'état civil peuvent célébrer valablement le mariage à condition que le fiancé soit un ressortissant suisse³⁸.

2. Se pose cependant le problème de l'attestation ultérieure des mariages célébrés à l'étranger. Deux Suisses se sont rencontrés à Oman. Ils se sont adressés à l'Eglise protestante de ce pays pour pouvoir contracter mariage. Un tel mariage est valide en Suisse. Voulant divorcer en Suisse, ce couple a commencé par introduire une action devant un tribunal suisse. Par la suite, ils ont voulu retirer leur action en prétextant que leur mariage n'avait pas été contracté du fait qu'ils ne l'avaient pas enregistré devant une autorité étatique à Oman.

Pour résoudre ce problème, le législateur suisse aurait pu exiger pour la reconnaissance d'un tel mariage impliquant des Suisses qu'il soit enregis-

³⁸ Il s'agit des Ambassades suisses dans les capitales suivantes: Téhéran (pour l'Afghanistan), Le Caire (pas de célébration de mariage, si la fiancée est une ressortissante égyptienne), Beyrouth (provisoirement fermée, remplacée par Nicosie), Damas (pas de célébration de mariage, si la fiancée est une ressortissante syrienne) (*Recueil des circulaires*, Département fédéral de justice et police, Service de l'état civil).

tré auprès des représentations diplomatiques dans les pays de célébration religieuse.

II. Interdits relatifs au mariage

1. Normes du système religieux

1. La plupart des pays musulmans permettent à l'homme musulman d'épouser quatre femmes simultanément, qu'elles soient musulmanes, chrétiennes ou juives. Des mesures sont prises par ces pays afin de limiter de telles pratiques³⁹.

La polygamie est aussi autorisée pour les Juifs dans les pays arabes; ils peuvent épouser en Egypte jusqu'à quatre femmes simultanément.

2. La polygamie, par contre, n'est pas autorisée au Chrétien même si certains tribunaux égyptiens ont rendu des décisions dans le sens contraire basées sur les règles de conflit de lois internes⁴⁰.

2. Mariage polygamique célébré en Suisse

1. En Suisse, où la polygamie est un délit punissable en vertu de l'art. 215 du Code pénal, il n'est pas possible de célébrer un mariage polygamique, que ce soit entre des Suisses ou entre des étrangers. En ce qui concerne ces derniers, l'art. 44 al. 1^{er} LDIP précise que «les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse». L'al. 4 ajoute que la forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse. Dans une circulaire du Département fédéral de justice et police, il est dit:

La bigamie est contraire à l'ordre public suisse. Un ressortissant étranger, dont le droit national autorise la bigamie, ne peut donc contracter un nouveau mariage en Suisse, tant que son mariage actuel subsiste⁴¹.

³⁹ Sur ces mesures, voir SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Droit familial des pays arabes: Statut personnel et fondamentalisme musulman*, dans *Praxis juridique et religion*, 5.1.1988, pp. 15 – 19.

⁴⁰ Selon ces règles, le droit musulman est applicable lorsque les deux conjoints n'appartiennent pas à la même confession et à la même communauté (SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *L'impact de la religion sur l'ordre juridique*, *op. cit.*, pp. 158 – 161).

⁴¹ Département fédéral de justice et police, *Etat civil, Recueil des circulaires*, D 6.

2. Ces dispositions ont deux implications. D'un côté, un mariage polygamique conclu en Suisse devant des témoins en la forme islamique du pays d'origine est invalide parce qu'il est contraire aux conditions de fond et parce que les conjoints n'ont pas le choix de la forme. D'autre part, il n'est pas possible de conclure un tel mariage devant les autorités consulaires en Suisse, cette compétence leur étant déniée par le droit suisse.

3. Il peut arriver qu'un Suisse, marié à l'étranger, se remarie en Suisse sans déclarer son premier mariage. Ce dernier, souvent, ne fait surface qu'avec l'intervention du premier conjoint⁴².

3. Mariage polygamique célébré à l'étranger

1. L'art. 45 al. 1^{er} dit qu'«un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse». Le Message sur la LDIP précise:

Il convient de se montrer libéral en matière de reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger. En effet, remettre en cause après coup la validité d'un mariage constitue une mesure lourde de conséquences et qui n'est, la plupart du temps, pas comprise par les époux concernés. En particulier, ce n'est pas la bonne méthode de supprimer les mariages dits «boiteux»⁴³.

2. Ceci cependant ne signifie pas que tout mariage célébré à l'étranger soit reconnu en Suisse. Le mariage polygamique d'un citoyen suisse ou d'une personne domiciliée en Suisse, célébré à l'étranger, est nul en vertu de l'art. 45 al. 2 qui dit:

Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou s'ils ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par le droit suisse.

3. Dans le cas d'un Suisse qui avait contracté un mariage polygamique au Cameroun, la Cour de cassation neuchâteloise a statué:

En Suisse, le principe de la monogamie est d'ordre public . . . Le bien juridiquement protégé par l'art. 215 du code pénal «punissant la bigamie» est l'institution de la famille telle qu'on la conçoit dans notre pays et dont l'un des fondements est précisément la monogamie.

Un tel mariage, ajoute la Cour, a tous les effets d'une union valable tant qu'un juge n'en a pas déclaré la nullité. Sur le plan pénal, ce délit n'est

⁴² TONI SIEGENTHALER: *Fascination des mers du sud et mariage, problèmes de la bigamie et de la tenue des registres*, Revue de l'Etat civil, 1985, pp. 295 – 298 (trad. M. Perret).

⁴³ Message sur la LDIP, op. cit., p. 332.

punissable que s'il l'est aussi dans le pays où il a été commis, en raison de l'art. 6 ch. 1^{er} du Code pénal⁴⁴. Or, ce mariage a eu lieu au Cameroun, pays qui permet la polygamie.

La Cour releva cependant que le tribunal de première instance aurait dû «conformément au principe inquisitoire, pousser plus loin l'enquête, en recherchant par exemple si la licéité de la polygamie au Cameroun est liée au statut personnel de celui qui contracte mariage dans ce pays». La Cour s'est abstenue toutefois de revoir sous cet angle le jugement entrepris «à mesure que le recourant ne le critique pas sur ce point et conformément au principe *in dubio pro reo*»⁴⁵.

4. Ce cas a fait l'objet d'un avis de l'Office fédéral de la justice qui va dans le même sens. Cet avis ajoute que l'étranger dont le conjoint est suisse, et qui (sans que son mariage soit dissous) aurait contracté un second mariage à l'étranger, ne serait pas puni, s'il se trouve en Suisse, en raison de l'art. 5 du Code pénal suisse si la polygamie n'est pas réprimée aussi dans l'Etat où elle a été commise. Citant Ernst Hafter, l'Office fédéral de la justice voit la justification de cette norme dans le fait que la polygamie lèse non pas la personne, mais «l'intérêt de la communauté».

Selon cet Office, le mariage polygamique contracté en Suisse, par des étrangers ou des Suisses, est entaché de nullité. Un tel mariage ne pourrait d'ailleurs pas être célébré en Suisse sans que l'officier de l'état civil ait été induit en erreur, car il doit toujours exiger la preuve de l'inexistence d'un mariage antérieur. Le mariage polygamique célébré à l'étranger par un ressortissant d'un pays admettant la polygamie et une Suissesse serait aussi entaché de nullité en Suisse, alors même qu'on le tiendrait pour valable dans le pays du mari.

Cette opposition au mariage polygamique se retrouve aussi lorsqu'il est célébré à l'étranger entre ressortissants étrangers dont le statut personnel admet la polygamie. Ce mariage «ne saurait . . . être admis sans restrictions en Suisse, dans tous ses effets» bien que certains effets de pareil mariage devraient être reconnus en Suisse (p. ex. légitimité des enfants)⁴⁶.

⁴⁴ Cet article dit: «Le présent code est applicable à tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit pouvant d'après le droit suisse donner lieu à extradition, si l'acte est réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse ou s'il est extradé à la Confédération à raison de son infraction. La loi étrangère sera toutefois applicable si elle est plus favorable à l'inculpé».

⁴⁵ Recueil de jurisprudence neuchâteloise VII, 6 juin 1979, pp. 158 – 164.

⁴⁶ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 42 1978, pp. 209 – 213. Voir aussi Vischer, p. 591 *in fine*.

5. Le Tribunal fédéral a confirmé sur le plan pénal l'avis de l'Office fédéral de la justice et la décision de la Cour de Cassation neuchâteloise⁴⁷.

6. Dans un avis du 4 décembre 1989, l'Institut suisse de droit comparé s'est prononcé concernant un mariage entre un Egyptien et une Marocaine au Maroc après que l'Egyptien ait fait répudier sa femme par son frère en Egypte (voir plus loin sur cette répudiation).

Selon l'Institut, ce mariage valablement célébré au Maroc doit être reconnu en Suisse, quelle que soit la réponse que l'on donne à la question de la reconnaissance de la répudiation. En effet, le droit égyptien, comme le droit marocain, admet les mariages polygamiques. A supposer que le premier mariage ne soit pas dissous, on serait en présence d'un tel mariage. Or le mariage polygamique d'étrangers est reconnu en Suisse à condition qu'il soit valablement célébré à l'étranger. C'est ce qui découle de l'art. 45 al. 1^{er} LDIP.

7. Dans un avis du 9 nov. 1981, l'Office fédéral de la justice s'est prononcé concernant le mariage polygamique, régulièrement célébré à l'étranger entre Tibétains venus ensuite s'installer en Suisse comme réfugiés politiques, mari, femmes et enfants compris⁴⁸.

L'art. 12 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés dit:

Le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence. Les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout Etat contractant, sous réserve, le cas échéant, de l'accomplissement des formalités prévues par la législation dudit Etat, étant entendu, toutefois, que le droit en cause doit être de ceux qui auraient été reconnus par la législation dudit Etat si l'intéressé n'était devenu réfugié.

Selon cet Office, la Suisse, en vertu de cet article, serait «fondée à ne pas reconnaître les mariages polygamiques de réfugiés, si elle tient ces mariages pour contraires à son ordre public. Sur ce point, les réfugiés domiciliés ou résidant en Suisse sont assimilés à des étrangers».

Cette solution cependant ne lui convient pas. D'emblée il exprime son objectif:

Il paraît souhaitable que la solution qui sera finalement retenue à l'égard des mariages polygamiques de conjoints étrangers domiciliés ou résidant permette aux

⁴⁷ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 105 IV 326 – 330.

⁴⁸ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 45 1981, pp. 408 – 418.

enfants de la seconde épouse également, même nés en Suisse, de ne pas avoir le statut d'enfants nés hors mariage; avec les nouvelles dispositions du code civil sur la filiation, cette question a toutefois moins d'acuité qu'elle en aurait eu du temps des anciennes dispositions.

Après avoir passé en revue la position de la doctrine en Suisse (Mercier, Vaucher, Vischer, Piotet, Götz), l'Office fédéral de la justice a penché pour le système français de la reconnaissance de principe, limitée à certains effets, plutôt que pour le système de M. Vischer (non-reconnaissance de principe, mais avec certains effets limités quand même). Le système français assure — sans aller aussi loin que le propose M. Mercier — en tout cas la reconnaissance des enfants nés en Suisse de la seconde union également.

Ce système français conduirait à ce qui suit en ce qui concerne les mariages polygamiques d'étrangers venus s'établir en France ou, par analogie, en Suisse:

- les deux épouses sont prises en considération pour la liquidation du régime matrimonial et de la succession, en matière d'obligations alimentaires et d'indemnisation consécutive à un accident dont le mari a été victime.
- Seule la première est prise en considération en matière d'allocation de la sécurité sociale.
- Le mari polygame ne peut pas obliger ses deux épouses à cohabiter avec lui. Les tribunaux se refuseront de même à ordonner au mari de recevoir sa seconde épouse.

III. Interdits relatifs au divorce

1. Normes du système religieux

1. La plupart des pays musulmans reconnaissent à l'homme musulman le droit de mettre fin au mariage par une déclaration de volonté unilatérale. C'est ce qu'on appelle la répudiation. Elle peut être soit définitive, soit révocable dans une limite de temps par décision unilatérale du mari. Elle peut être exercée directement par le mari ou, indirectement, par une autre personne déléguée par le mari, y compris par la femme qui est l'objet de la répudiation.

2. Les pays arabes ont pris plusieurs mesures pour empêcher l'usage abusif de la répudiation en soumettant cette dernière à une procédure préalable parfois compliquée, devant les autorités judiciaires⁴⁹.

3. Les conjoints chrétiens appartenant à une même communauté et à une même confession ne peuvent pas recourir à la répudiation. Ceux qui sont de communautés ou de confessions différentes, peuvent, par contre, y recourir selon certaines décisions égyptiennes⁵⁰.

4. En droit musulman, la répudiation est une forme parmi tant d'autres pour mettre fin au lien matrimonial. Parmi ces formes, on peut mentionner la dissolution par décision judiciaire, le divorce, souvent à la demande de la femme, et la dissolution par rachat impliquant le consentement du mari pour dissoudre le mariage contre paiement par la femme d'une somme d'argent.

2. Divorce en Suisse

1. L'art. 61 al. 1^{er} LDIP soumet le divorce devant les autorités suisses au droit suisse. L'al. 2 cependant ajoute que le droit étranger s'applique lorsque les deux époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse.

2. L'al. 2 susmentionné ne concerne que la loi applicable et ne signifie pas que le divorce prononcé par des autorités religieuses en Suisse en vertu de la loi nationale commune serait reconnu en Suisse. En effet, le Tribunal fédéral, dans un arrêt concernant des Espagnols, dit:

L'art. 58 al. 2 de la Constitution a aboli la juridiction ecclésiastique. Cette norme constitutionnelle n'empêche pas les fidèles qui reconnaissent la compétence des tribunaux ecclésiastiques de se soumettre à leur juridiction, mais les décisions de ces autorités ne sauraient avoir en Suisse un effet de droit civil.

L'art. 58 al. 2 de la Constitution a été considéré d'ordre public et d'application générale aussi à l'égard des étrangers. Une distinction est à faire ici lorsque le jugement religieux en Suisse est «intégré» par l'ordre juridique étranger. Le Tribunal fédéral ajoute en effet:

⁴⁹ Sur ces mesures, voir SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH. Droit familial des pays arabes, *op. cit.*, pp. 19 – 23.

⁵⁰ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'impact de la religion sur l'ordre juridique, *op. cit.*, pp. 161 – 167.

... la réserve de l'ordre public liée à la norme constitutionnelle de l'art. 58 al. 2 Constitution ne s'étend pas aux actes de juridiction attribués à l'autorité ecclésiastique par le droit d'un Etat étranger et exécutés dans ce pays⁵¹.

En d'autres termes, «les décisions d'un tribunal ecclésiastique agissant en Suisse peuvent, dans certaines circonstances, produire des effets juridiques en Suisse mais jamais directement, et seulement par le détour de leur «intégration» dans un ordre juridique civil étranger»⁵².

3. Les époux étrangers ne peuvent pas s'adresser à leurs autorités consulaires pour obtenir le divorce.

Le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur un mariage après un divorce (répudiation) prononcé par la représentation diplomatique du Maroc en Suisse. Le Tribunal fédéral a assimilé un tel divorce au divorce devant les autorités religieuses:

... un tel acte juridictionnel est réservé aux tribunaux civils ordinaires. Dès lors, pas plus qu'une annulation de mariage prononcée en Suisse par une juridiction ecclésiastique, un divorce prononcé en Suisse par une ambassade étrangère ne saurait être invoqué devant les autorités suisses. Un tel divorce n'ayant ainsi pas d'effets en Suisse, le premier mariage de Z. ne peut dès lors pas être considéré comme dissous et son second mariage ne peut être reconnu et inscrit dans les registres de l'état civil suisses⁵³.

4. Dans un avis du 15 juin 1984 non publié, l'Office fédéral de la justice dit qu'un divorce d'Iraniens prononcé par l'Ambassade d'Iran à Berne, par un des Consulats d'Iran ou par des mosquées de Suisse n'aurait aucune valeur du point de vue du droit international privé suisse. Mais étant donné qu'après un tel «divorce», le mariage serait valablement dissous selon le droit iranien, il n'y aurait plus de raison d'exiger de l'époux demandeur à l'action en divorce la preuve de l'art. 7h LRDC par rapport à l'Iran. Pour qu'il puisse intenter action en divorce devant le juge suisse, il suffirait qu'il ait son domicile en Suisse et qu'une cause de divorce du droit suisse soit donnée.

⁵¹ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 106 II 181 – 182.

⁵² PIERRE LALIVE, *Jurisprudence suisse, droit international privé*, ASDI, 1976, vol. 32, p. 177. Voir aussi *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* 33, 1966 – 67, pp. 82 – 83.

⁵³ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 110 II 7.

3. Divorce à l'étranger

1. L'art. 65 LDIP dit:

Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats.

Toutefois, la décision rendue dans un Etat dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité n'est reconnue en Suisse que:

a) Lorsque, au moment de l'introduction de la demande, au moins l'un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse;

b) Lorsque l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger, ou

c) Lorsque l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse.

Le Message sur la LDIP précise:

Le concept de divorce «de l'art. 65» est plus vaste que celui du droit suisse, puisque le divorce n'a pas besoin d'avoir été prononcé à l'étranger à la suite d'une procédure qui s'est déroulée devant des tribunaux civils; il suffit qu'il ait été prononcé à la suite de n'importe quelle procédure qui, dans l'Etat du jugement, a un caractère officiel. Qu'on pense aux divorces prononcés devant une autorité administrative ou un tribunal religieux. Il faut cependant qu'une procédure se soit déroulée ou qu'un organe officiel ait prêté son concours; une simple déclaration unilatérale comme certaines formes usuelles de répudiation du droit musulman, ne suffit pas, sauf dans les cas où pareille déclaration est intervenue à l'étranger entre des ressortissants du pays en question et que la question de la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable⁵⁴.

D'après le Message sur la LDIP, donc, la répudiation qui a lieu à l'étranger ne saurait avoir d'effet juridique direct.

2. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt non publié du 29 janvier 1971, dit:

... la reconnaissance de divorces prononcés à l'étranger ne saurait être étendue à la dissolution du mariage par répudiation unilatérale. Pareil acte, qui est accompli sans qu'une autorité examine si un motif de divorce existe et sans que l'autre partie ait pu se faire entendre, heurte les principes fondamentaux de l'ordre public suisse.

Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'un couple d'Egyptiens chrétiens. Le mari s'était converti à l'Islam pour pouvoir répudier sa femme. Le jour même de la répudiation, les époux passèrent devant un officier ministériel une convention réglant les effets accessoires de cette répudiation.

⁵⁴ Message sur la LDIP, *op. cit.*, pp. 350 – 351.

3. Le Tribunal fédéral a décidé que la «répudiation, selon le droit égyptien, d'une épouse suisse par un mari égyptien n'est pas reconnue en Suisse, ni inscrite, même si l'épouse a consenti au «divorce» et requiert l'inscription⁵⁵.

4. Dans un cas de répudiation d'un Iranien ayant eu lieu en Iran à l'égard de sa femme double nationale suisse et iranienne, l'Office fédéral de la justice a refusé le 7 décembre 1981 de reconnaître cette répudiation. Il s'est basé sur «la jurisprudence constante des tribunaux suisses» qui considère la répudiation comme «incompatible avec l'ordre public suisse»⁵⁶.

Dans cet avis, l'Office a refusé de s'aligner sur une décision du Département de l'intérieur du canton d'Argovie qui a reconnu un tel divorce sur demande de la femme, qui était d'accord et avait consenti à la répudiation prononcée par le mari devant un tribunal de l'Etat d'origine de celui-ci.

Concernant cette dernière décision, il est intéressant de signaler que le Département de l'intérieur a invoqué le fait que le lien entre les époux en question et leur pays, où avait eu lieu la répudiation, était plus fort que le lien qui les liait à la Suisse, même si l'époux, double national, avait gardé la nationalité suisse: les deux époux étaient domiciliés au Maroc, ils étaient musulmans, et ils avaient la nationalité de ce pays⁵⁷.

M. Pierre Lalive, commentant ce jugement, écrit:

La décision est certainement justifiée dans les circonstances de l'espèce, qui montrent l'impossibilité d'ériger en principe absolu l'idée d'une non-reconnaissance en Suisse de la répudiation de droit musulman. Sur ce point, nous nuancerions aujourd'hui l'approbation que nous exprimions . . . envers l'ATF 88 I 48 . . . il faut certes considérer les choses *in concreto* . . . et non pas rejeter l'institution de la répudiation de façon générale et abstraite. On ne saurait toutefois poser le principe, inverse, que la répudiation . . . sera reconnue en Suisse chaque fois que c'est la femme répudiée qui le demande⁵⁸.

5. Dans l'avis du 4 décembre 1989 cité plus haut, l'Institut suisse de droit comparé a dû se prononcer concernant une répudiation égyptienne.

Un Egyptien musulman avait répudié, d'une manière révocable, sa femme de nationalité égyptienne, tous deux étant domiciliés en Suisse. La répudiation, dans le cadre de laquelle il n'a pas été statué sur le sort des

⁵⁵ Arrêts du Tribunal fédéral suisse 88 I 48 – 52.

⁵⁶ Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 46 1982, pp. 168 – 69.

⁵⁷ Schweizerische Juristenzeitung, 69, 1973, p. 25 – 26.

⁵⁸ Annuaire suisse de droit international, XXVIII, 1972, p. 390. Voir, pour d'autres jugements non-publiés à ce sujet, PIERRE MERCIER: *Conflits de civilisations et droit international privé: Polygamie et répudiation*, Librairie Droz, Genève, 1972, pp. 78 – 87.

enfants, a eu lieu par procuration, devant un notaire; elle a été approuvée par le Ministère égyptien de la justice.

Deux ans après, l'Égyptien en question s'est remarié au Maroc avec une Marocaine devant le juge du registre civil dépendant du Ministère marocain de la justice. Il a sollicité un permis de séjour en Suisse en faveur de la nouvelle épouse marocaine. La demande était munie d'une copie de son passeport marocain sur lequel était signalé son prénom avec la mention qu'il s'agissait de l'épouse de l'Égyptien en question.

L'art. 13 al. 2 du Code civil égyptien dit:

La répudiation sera soumise à la loi nationale du mari au moment où elle a lieu, tandis que le divorce et la séparation de corps seront soumis à la loi du mari au moment de l'acte introductif d'instance.

L'art. 14 ajoute:

... si l'un des deux conjoints est égyptien au moment de la conclusion du mariage, la loi égyptienne sera seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier.

Dans le cas d'espèce, il s'agissait de deux conjoints de nationalité égyptienne et de religion musulmane. C'est donc le droit égyptien musulman qui leur était applicable du point de vue du droit international privé égyptien et des règles de conflits internes.

En droit égyptien, la présence de la femme pour la répudiation n'est pas exigée et son avis n'est pas requis. Dans le cas présent, le mari lui-même était toujours en Suisse. Il avait délégué son propre frère pour remplir les formalités de la répudiation.

Si l'on se réfère à l'art. 65 al. 1^{er} LDIP, il faudrait reconnaître la répudiation qui a été sanctionnée par les autorités. Peut-on invoquer la clause de l'ordre public prévue par l'article 27 LDIP contre une telle reconnaissance? La même question se pose dans le cadre des articles 1 et 10 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps du 1^{er} juin 1970⁵⁹, applicable dans les relations entre l'Égypte et la Suisse. L'Institut suisse de droit comparé a penché pour la reconnaissance de la répudiation du fait qu'elle se pose à titre préalable, cela en tout cas dans la mesure où il s'agit de ressortissants d'un pays qui connaît cette forme de divorce.

En l'espèce, fait remarquer l'Institut, le second mariage a été régulièrement conclu au Maroc, où la question préalable de la validité de la répudiation a été résolue par l'affirmative. La répudiation, valable selon la loi nationale du mari et de la première épouse, a donc encore été reconnue par le pays de nationalité de la seconde épouse, ce qui suffirait

⁵⁹ Recueil systématique 0.211.212.3.

en soi déjà à sa reconnaissance selon l'art. 65 al. 1^{er} LDIP. La non-reconnaissance de la répudiation et partant du mariage créerait une «situation boiteuse», puisque selon la loi nationale des trois intéressés, le second mariage serait valable, mais selon la loi suisse, ce serait le premier. Dans la mesure où la répudiation est valable selon le droit égyptien, sa reconnaissance en Suisse ne heurte pas de façon insoutenable l'ordre public suisse. L'art. 27 LDIP et l'article 10 de la convention ne permettent le refus de reconnaissance d'une décision étrangère que si elle est «manifestement incompatible» avec l'ordre public suisse⁶⁰.

6. L'Office fédéral de la justice a été saisi par le service cantonal de l'état civil de Genève pour savoir si ce «divorce» a des effets civils en droit suisse, ou si son enregistrement effectué doit être considéré comme erroné.

Dans son avis non publié du 7 février 1990, l'Office a analysé la reconnaissance de ce divorce par la Suisse à la lumière de la Convention de la Haye du 1^{er} juin 1970 susmentionnée. Il a cité le Message du Conseil fédéral du 27 août 1975 et a conclu que ce divorce n'aurait pas dû être reconnu en Suisse. Ce Message dit:

En visant à son art. 1^{er}, 1^{er} al., les divorces ou séparations de corps acquis à la suite d'une procédure judiciaire ou «autre», la convention couvre non seulement les jugements de divorce ou de séparation de corps, mais aussi les divorces ou séparations de corps administratifs, religieux ou «législatifs». Encore faut-il, selon cette disposition, que la dissolution ou le relâchement du lien conjugal soit intervenu à la suite d'une «procédure officiellement reconnue» dans l'Etat d'origine. Les parties doivent donc avoir entrepris un minimum d'actes, de démarches ou de formalités devant une autorité dotée elle-même de pouvoirs d'intervention suffisants. Il s'ensuit que les divorces purement consensuels opérés par un simple échange de consentements sans l'intervention d'une autorité quelconque ne satisferaient pas aux exigences de l'art. 1^{er}, 1^{er} al. Quant aux répudiations, elles ne pourront bénéficier de la reconnaissance que si elles comportent une intervention de l'autorité compétente pouvant être considérée comme une procédure. Ainsi il n'est pas certain que le seul enregistrement d'une répudiation ou d'un divorce par un notaire ou un fonctionnaire soit suffisant⁶¹.

Ce raisonnement restrictif aurait pu être accepté si ce divorce n'avait pas été suivi d'un mariage, ce que l'Office fédéral de la justice ignorait. Encore peut-on se demander si l'exigence d'un minimum de formalité énoncé dans le Message n'est pas remplie. Or, refuser de reconnaître le divorce conduirait soit au refus du mariage subséquent, soit à un mariage polygamique. Mais, comme on ne décrète pas l'amour, il vaudrait mieux

⁶⁰ Voir sur la portée de cette restriction dans un cas de reconnaissance d'un divorce suédois, qui a été reconnu bien qu'il ressemblât à une répudiation. Arrêts du Tribunal fédéral suisse 103 I 72 et 74.

⁶¹ Feuille Fédérale, 1975, vol. II, pp. 1383 – 1384.

à notre avis admettre ce divorce au lieu d'avoir un mariage nul ou un mariage polygamique. Cette dernière solution est plus conforme au Message sur la LDIP susmentionné et qui envisage la reconnaissance de la répudiation intervenue à l'étranger entre des ressortissants du pays en question lorsque la question de la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable⁶².

IV. Mariage et divorce par procuration

1. Normes du système religieux

Le système religieux musulman permet le mariage et le divorce par procuration⁶³.

2. Mariage par procuration

1. Un avis de l'Office fédéral de la justice⁶⁴ et une décision du Département de justice de Bâle-Ville⁶⁵ concluent, en application de l'art. 7f al. 1^{er} LRDC, à l'admission d'un tel mariage, s'agissant d'une union célébrée entre fiancés dont l'un au moins est ressortissant suisse, à la triple condition qu'il ait été célébré valablement à l'étranger, qu'il n'ait pas été conclu à l'étranger en fraude à la loi suisse et qu'aucun des fiancés n'ait été présent en Suisse au moment de la célébration de l'union.

M. Dutoit est d'avis qu'un mariage célébré à l'étranger, peu importe que les fiancés soient suisses ou étrangers, devrait être reconnu en Suisse à condition de remplir les trois conditions susmentionnées⁶⁶.

2. L'Office fédéral de la justice, dans un avis non publié du 31 mai 1990, a considéré comme valide le mariage contracté au Liban par

⁶² Pour d'autres décisions non publiées sur la répudiation, voir PIERRE MERCIER, *op. cit.*, pp. 80 – 87.

⁶³ En Egypte, le mariage et la répudiation par procuration sont réglés respectivement par les art. 57 – 61 et les art. 221 – 222 du Code officiel de Quadri Pacha.

⁶⁴ Avis de l'Office fédéral de la justice, 7 janvier 1938, *Revue de l'Etat civil*, 1940, p. 185.

⁶⁵ Décision du Département de justice de Bâle-Ville, du 20 octobre 1959, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, 1960, p. 28.

⁶⁶ BERNARD DUTOIT: *L'ordre public: caméléon du droit international privé? un survol de la jurisprudence suisse*, in *Mélanges Guy Flattet*, Université de Lausanne, Faculté de droit, 1985, p. 457.

procuration entre deux Libanais musulmans requérants d'asile en Suisse. Il ajoute qu'un tel mariage contracté par des Suisses ou des étrangers domiciliés en Suisse, serait reconnu en Suisse «lorsque la conclusion de ce mariage n'a pas été faite intentionnellement à l'étranger pour éluder des causes de nullité du droit suisse». Un tel mariage célébré en Suisse, par contre, ne serait pas valable, en raison de l'art. 117 du Code civil suisse.

3. Répudiation par procuration

1. Selon l'art. 65 al. 1^{er} LDIP cité plus haut, les décisions de divorce rendues valablement dans l'Etat de domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, sont reconnues en Suisse. Comme le droit musulman admet la répudiation par procuration, cela ne devrait pas poser de problème en Suisse, dans la mesure où la répudiation elle-même est reconnue.

En matière de divorce, cependant, les conditions de l'art. 65 LDIP sont plus contraignantes qu'en matière de conclusion du mariage. Ainsi, un conjoint égyptien domicilié en Suisse ne pourrait pas procéder valablement en Egypte à la répudiation de son épouse suisse domiciliée en Suisse.

2. L'Institut suisse de droit comparé, dans son avis du 4 nov. 1989 relatif à deux Egyptiens domiciliés en Suisse (cas cité plus haut), n'a pas envisagé la validité de la répudiation par procuration, validité considérée comme évidente.

Chapitre IV

Considérations générales

I. Choix entre nationalité et domicile

1. Deux méthodes principales sont utilisées pour évincer une norme religieuse étrangère: le recours à la clause de l'ordre public et l'option pour la loi du domicile en lieu et place de la loi nationale des étrangers. Dans le Message sur la LDIP, on lit:

Le projet . . . donne la primauté au principe du domicile. Le domicile, la résidence habituelle et l'établissement constituent ses points de rattachement essentiels . . . On ne saurait résoudre tous les cas par un rattachement au domicile et il convient d'examiner

pour chaque disposition si, et dans quelle mesure, il faut accorder de l'importance à celui de la nationalité . . . C'est dans le domaine de la reconnaissance des décisions et des relations familiales (droit du mariage, filiation) qu'il y a lieu d'apporter des exceptions au principe du domicile. Dans ces domaines, le projet emploie le système dit de la cascade: à défaut de domicile commun des parties intéressées, on se réfère tout d'abord à leur nationalité commune en tant qu'élément présentant le lien le plus étroit⁶⁷.

2. Ce choix du domicile est basé sur des critères laïcs. Il ne s'agit pas de manifester une aversion à l'égard d'un tel ou tel système religieux. Le Message sur la LDIP dit:

Le projet applique le principe du domicile dans tous les cas où il représente le lien profond entre l'ordre juridique déterminant et le rapport de droit considéré. C'est le cas en particulier en matière de droit de famille ou des successions parce qu'il s'agit là de questions juridiques qui concernent en premier lieu des rapports éminemment personnels des personnes considérées et qu'il faut arriver à des solutions garantissant une certaine stabilité des relations en cause⁶⁸.

Ailleurs, le Message sur la LDIP motive le recours au critère du domicile par la nécessité d'éviter des situations boiteuses (le plus souvent, il s'agit d'un mariage mixte)⁶⁹.

3. Sans vouloir mettre en doute le bien-fondé de la solution adoptée, il est à signaler que ce choix est une arme à deux, voir trois à tranchants. Certes, il sert à évincer l'application de la loi étrangère par le juge suisse, mais il peut pousser les pays musulmans à en faire de même à l'égard des ressortissants suisses. De même, il peut avoir des répercussions très graves sur les communautés non-musulmanes vivant sur sol musulman à qui serait appliqué le droit musulman, à l'exclusion de leurs propres lois religieuses⁷⁰.

4. L'exigence de la réciprocité dans l'application des lois est soulevée par de nombreux auteurs musulmans qui réclament que le droit religieux

⁶⁷ Message sur la LDIP, *op. cit.*, p. 306.

⁶⁸ Message sur la LDIP, *op. cit.* p. 308.

⁶⁹ Message sur la LDIP, *op. cit.*, p. 328.

⁷⁰ En 1986, les responsables des diverses Eglises chrétiennes ont publié une déclaration remise au Président du Conseil d'Etat du Soudan, soulignant que l'«imposition des lois religieuses islamiques à des non-Musulmans, foule aux pieds les droits d'un tiers de la population qui vit suivant ses traditions religieuses, culturelles et selon ses convictions. Les lois islamiques réduisent les non-Musulmans à être des citoyens de seconde classe sans les droits et la liberté dont les Musulmans bénéficient» (*Déclaration des responsables des Eglises chrétiennes*, in DC 86, 1986, p. 118).

musulman soit appliquée aux Musulmans citoyens ou résidant dans les pays non-musulmans:

Les Etats non musulmans, qui prétendent être les plus civilisés, ne réservent aux Musulmans parmi leurs citoyens aucun traitement particulier en matière de statut personnel du fait qu'elles entrent dans l'ordre public devant lequel tous sont égaux. Dans l'Islam, par contre, les non-Musulmans sont soumis dans ces matières aux normes de leurs lois. Quelle belle équité, celle de l'Islam⁷¹.

Concrètement, les communautés musulmanes de Grande-Bretagne ont fait une demande formelle au gouvernement britannique pour qu'il leur accorde leur propre statut personnel (comme il le fait déjà pour les Quakers et les Juifs)⁷². Une telle demande se heurte à des différences jugées inacceptables par le législateur britannique sur le plan de la forme du mariage, de la capacité du mariage, des mariages arrangés ou forcés, de la répudiation, de la garde et de l'éducation des enfants, des dispositions financières subséquentes au divorce et des successions. Le système musulman dans ces domaines est en opposition avec la conception des droits de l'homme telle que perçue en Occident⁷³. A cela s'ajoute le manque d'unité législative de la communauté musulmane.

II. Sympathie, antipathie, intérêts et tolérance

1. Dans tout système juridique, on peut déceler des éléments de rationalité et d'irrationalité.

2. On est en droit de se demander par exemple en quoi le mariage polygamique contracté par des Musulmans domiciliés en Suisse ou en France heurterait l'ordre public de ces deux pays? Peut-on procéder à une condamnation morale de la polygamie légale alors qu'elle existe aussi *de facto* dans les sociétés monogames? On peut avancer le même argument pour la répudiation, l'Occident étant devenu trop libéral dans l'octroi du divorce.

⁷¹ AHMAD 'ABD-AL-KARIM SALAMAH: *Mabadi' al-qanun ad-duwali al-islami al-muqaran*, Le Caire, Dar an-nahda al-'arabiyyah, 1989, p. 172.

⁷² SEBASTIAN POULTER: *The claim to a separate Islamic system of personal law for British Muslims*, in *Islamic family law*, London, Dordrecht, Boston, Graham & Trotman, 1990, pp. 147 – 166.

⁷³ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH: *La définition internationale des droits de l'homme et l'Islam*, in *Revue générale de droit international public*, 89 1985, pp. 624 – 716.

3. On peut aussi s'interroger sur l'opportunité d'un recours à l'ordre public. Très souvent, en se référant à des intérêts «d'ordre public», on sacrifie d'autres intérêts «d'ordre personnel». M. Déprez écrit:

Pour une femme, fût-elle la première épouse en date, il peut parfois être préférable, d'un point de vue strictement économique, d'accepter le partage avec une rivale plutôt que d'être répudiée. Dès lors, on peut se demander si le droit français doit s'ériger en censeur ou en redresseur de torts et saisir l'occasion de la présence de nombreux étrangers musulmans en France pour contribuer à l'élimination de ce modèle familial? N'est ce pas d'abord le rôle des législateurs islamiques et du corps social de ces pays?⁷⁴.

4. L'argument moral conduisant à rejeter telle ou telle institution étrangère, comme la polygamie, peut parfois être un prétexte qui cache un autre argument d'ordre matériel. En fait, ce que rejette la société, ce n'est pas tant la polygamie en soi, que la présence d'une communauté nombreuse qui tend à conserver son identité culturelle, qui concurrence les nationaux sur le marché de l'emploi, qui perçoit les prestations sociales, etc. Ici donc vient se greffer l'argument de l'intérêt matériel.

Cet argument de l'intérêt concret est le ferment pour la modification du concept de «l'ordre public». Ainsi, pour éviter les situations matrimoniales boiteuses, où la femme (souvent occidentale) a plus à perdre qu'à gagner, le législateur occidental a fini par accepter la répudiation. Refuser tout effet à la répudiation au nom de la sauvegarde des principes revenait en fait à maintenir la femme dans les liens d'un mariage qui n'existe plus et à entraver sa liberté de remariage.

5. On a tendance parfois à invoquer la tolérance en matière d'application du droit étranger. La tolérance, certes, est une bonne vertu. Elle peut cependant être un mauvais placement. Si l'on était tenté d'accepter certaines institutions comme la répudiation et la polygamie, il faudrait toujours essayer de ne pas en faire un principe. En effet, certains pays musulmans essaient, avec beaucoup de peine, de mettre un frein à certaines pratiques dans ces deux domaines. Ce n'est pas parce que la société occidentale devient tolérante à l'égard de ces pratiques, qu'il faut mettre en échec la politique législative de ces pays.

⁷⁴ JEAN DÉPREZ: *Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel*, Recueil des cours de la Haye, 1988 IV. p. 166.