

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 86 (1967)

**Artikel:** Le statut des étrangers en suisse : selon le droit civil et en matière d'assurances sociales

**Autor:** Vaucher, René Frank

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896016>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 18.02.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# LE STATUT DES ÉTRANGERS EN SUISSE

## SELON LE DROIT CIVIL ET EN MATIÈRE D'ASSURANCES SOCIALES

Rapport présenté par  
**RENÉ FRANK VAUCHER**  
docteur en droit, juge au Tribunal fédéral des assurances, Lucerne

### TABLE DES MATIÈRES

#### **Première partie: Droit civil**

*Introduction:* Objet du rapport; immunités et privilèges diplomatiques; apatrides, doubles nationaux et réfugiés; méthode. 498

#### *Titre premier: Droit des personnes*

Chapitre premier: La capacité civile des personnes physiques 501  
Chapitre II: Le domicile des personnes physiques . . . 513  
Chapitre III: La protection de la personnalité, en particulier du nom . . . . . 517  
Chapitre IV: Les personnes morales . . . . . 522

#### *Titre II: Droit de la famille*

Chapitre premier: Les fiançailles . . . . . 529  
Chapitre II: La célébration en Suisse du mariage d'étrangers . . . . . 531  
Chapitre III: La réserve de l'ordre public et la célébration en Suisse du mariage des étrangers . . . . 538  
Chapitre IV: La reconnaissance, en Suisse, du mariage d'un étranger célébré à l'étranger. . . . . 547  
Chapitre V: La réserve de l'ordre public et la reconnaissance, en Suisse, du mariage d'un étranger célébré à l'étranger . . . . . 552  
Chapitre VI: Les effets généraux (ou personnels) du mariage . . . . . 554  
Chapitre VII: Le régime matrimonial. . . . . 559



Chapitre VIII:	Le divorce et la séparation de corps. . . . .	567
Chapitre IX:	L'action en nullité de mariage. L'action en constatation de l'existence ou de l'inexistence du mariage . . . . .	575
Chapitre X:	La filiation . . . . .	579
Chapitre XI:	Le dette alimentaire entre parents . . . . .	594
Chapitre XII:	Tutelle, curatelle et conseil légal. . . . .	597

### *Titre III: Droit des successions*

Chapitre premier:	Généralités et successions ab intestat. . . . .	603
Chapitre II:	Dispositions à cause de mort . . . . .	604
Chapitre III:	Les conventions internationales conclues par la Suisse . . . . .	606

### *Titre IV: Les droits réels et la propriété intellectuelle*

Chapitre premier:	Généralités . . . . .	611
Chapitre II:	L'acquisition d'immeubles par des «personnes domiciliées à l'étranger» . . . . .	612

### *Titre V: Droit des obligations et droit commercial*

Chapitre premier:	Les obligations . . . . .	618
Chapitre II:	Droit commercial . . . . .	620
	<i>Conclusion</i> . . . . .	624

## **Seconde partie: Assurances sociales**

<i>Introduction:</i>	Objet du rapport, législation et conventions internationales, méthode . . . . .	626
Chapitre premier:	Assurance-militaire . . . . .	629
	Allocations aux militaires pour perte de gain	630
	Assurance-chômage . . . . .	630
	Allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans . . . . .	631
	Assurance-maladie . . . . .	631
Chapitre II:	L'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnelles . . . . .	632
Chapitre III:	L'assurance-vieillesse et survivants . . . . .	634
	Les prestations complémentaires à l'AVS . . . . .	639
Chapitre IV:	L'assurance-invalidité . . . . .	639
	<i>Conclusion</i> . . . . .	643
Abréviations . . . . .		491
Liste des auteurs cités sous une forme résumée . . . . .		494

## ABRÉVIATIONS

AF	arrêté fédéral
AI	assurance-invalidité
Al., al.	alinéa
Art., art.	article
ASSJ	Actes de la Société suisse des juristes
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
ATFA	Arrêts du Tribunal fédéral des assurances, recueil officiel
AVS	assurance-vieillesse et survivants
Bull., bull.	bulletin
c.	contre
CC	code civil suisse
CE	Conseil d'Etat, Conseil exécutif
CF	Conseil fédéral
Cf., cf.	comparez (confer)
ch.	chiffre
Circ.	circulaire
Clunet	Journal de droit international
CN	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
CO	code fédéral des obligations
Conv., conv.	convention
cons.	considérant
CP	code pénal suisse
CPM	code pénal militaire
Cst.	Constitution fédérale, du 29 mai 1874
DFJP	Département fédéral de justice et police
Disp. Fin.	dispositions finales
DMF	Département militaire fédéral
DPF	Département politique fédéral
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
h.	heure
Instr.	instructions
JAA	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux
LAC	loi fédérale des 22 juin 1951/20 mars 1959 sur l'assurance-chômage
LAI	loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité

LAM	loi fédérale des 20 septembre 1949/19 décembre 1963 sur l'assurance militaire
LAMA	loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents
LAPG	loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations aux militaires pour perte de gain
LAVS	la fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants
LCA	loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance
LCR	loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière
LF	loi fédérale
LFA	loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans
LP	loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPC	loi fédérale du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'AVS
LRDC	loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour
MP	ministère public
N., n.	note
N°	numéro
N. S.	nouvelle série
ObG	Obergericht
OEC	ordonnance sur l'état civil, du 1 <sup>er</sup> juin 1953
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
ONU	Organisation des Nations Unies
ORC	ordonnance sur le registre du commerce, du 7 juin 1937
ORCA	ordonnance sur la responsabilité civile et l'assurance en matière de circulation routière, du 20 novembre 1959
Ord.	ordonnance
p.	page
RAC	règlement d'exécution de la LAC, du 17 décembre 1951
RAI	règlement d'exécution de la LAI, du 17 janvier 1961
RAPG	règlement d'exécution de la LAPG, du 24 décembre 1959
RAVS	règlement d'exécution de la LAVS, du 31 octobre 1947
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation (publié par l'OFAS)
RFA	règlement d'exécution de la LFA, du 11 novembre 1952

RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
R. d'ex.	règlement d'exécution
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RPC	règlement d'exécution de la LPC, du 6 décembre 1965
RS	Recueil systématique des lois et ordonnances fédérales, de 1848 à 1947
Sem. Jud.	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
spéc.	spécialement
ss.	et suivants, et suivantes
SSJ	Société suisse des juristes
t.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
Tit. Fin.	titre final
V., v.	voyez
VerwZbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

LISTE DES AUTEURS  
CITÉS SOUS UNE FORME RÉSUMÉE

- ASLANER FETHI: L'obligation alimentaire entre parents. Thèse, Lausanne 1940.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS: Une nouvelle règle de conflit pour la recherche de la paternité (A.T.F. 82 II 570, Maier c. Sarmenti, 5 octobre 1956). SJZ 53/1947 p. 353.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS: Le statut des étrangers en Suisse. ZSR 1958 I p. 215.
- BARDE EDOUARD: Le procès en divorce. ASSJ 1965 fascicule 4.
- BECK EMIL: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band V (Schlußtitel, II. Abschnitt). Berne 1932.
- BERNHARD ROBERTO: Höchststrichterliche Praxis zum Bundesbeschluß über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen in Ausland. VerwZbl. 64/1963 p. 137.
- BOREL E. W.: La condition juridique des personnes morales étrangères en Suisse. Clunet 1918 p. 518 et 1919 p. 1075.
- BUERGI WOLFHART: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; V. Band, OR, 5. Teil, die Aktiengesellschaft. Zürich 1961–1963.
- Commission internationale de l'état civil: Fichier de documentation; fiches I–VII et IX–XII, Suisse. Distribué par le Service fédéral de l'état civil, Berne.
- COURVOISIER ROGER: Le mariage fictif. Thèse, Lausanne 1943.
- DE NOVA RODOLFO: La commorienza in diritto internazionale privato. Festschrift Hans Lewald p. 339, Bâle 1953.
- DESCHENAUX HENRI: Revision du régime matrimonial. ASSJ 1957 fascicule 4.
- EGGER, A.: a) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; 2. Auflage, I. Band (Das Personenrecht), Zurich 1930 (ad art. 1–89 CC).
- b) Idem, II. Band (Das Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht), Zurich 1936 (ad art. 90–251 CC).
- c) Idem, II. Band (Das Familienrecht, 2. Abteilung, Das Eherecht), Zurich 1943 (ad art. 252–359 CC).
- d) Idem, II. Band (Das Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft), Zurich 1948 (ad art. 360–456 CC).

- FLATTET GUY et DELAUME G.R.: Des pouvoirs d'un exécuteur testamentaire institué par pacte successoral dressé en Suisse pour vendre des immeubles situés en France. JdT 1951 I 2.
- FLATTET GUY: L'action en constatation de mariage. JdT 1947 I 258.
- FOETISCH PATRICK: La filiation adoptive en droit comparé. Thèse, Lausanne 1960.
- GÖTZ ERNST: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; 1. Abteilung, Das Eherecht, 1. Teilband, 1. Hälfte, Die Eheschließung. Berne 1964.
- GROSSEN JACQUES MICHEL: La protection de la personnalité en droit privé. ASSJ 1960 fascicule 1<sup>er</sup>.
- GUGGENBUEHL JACQUELINE: Affiliazione – die Pflegekindschaft des italienischen Zivilgesetzbuches. SJZ 59/1963 p.49.
- GULDENER MAX: Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz. Zurich 1951/1959.
- HAUSER MATHILDE: Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte. Thèse, Zurich 1961.
- HEGI RENÉ: La nationalité de la femme mariée. Thèse, Lausanne 1954.
- HEGNAUER CYRIL: a) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Das eheliche Kindesverhältnis. Berne 1964.  
b) Die Revision der Gesetzgebung über das außereheliche Kindesverhältnis. ASSJ 1965 fascicule 1<sup>er</sup>.
- HUBER HANS: Die Anwendung des Bundesbeschlusses über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen in Ausland. SJZ 60/1964 p.133 et 153.
- JAEGGI PETER: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. ASSJ 1960 fascicule 2.
- JAQUES PIERRE-BERNARD: La rectification des actes de l'état civil. Thèse, Lausanne 1949.
- JUNOD CHARLES: L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève. II<sup>e</sup> Journée juridique (13 octobre 1962), p.110.
- KAUFMANN JOSEPH: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band II, Familienrecht, 3. Abteilung, Die Vormundschaft. Berne 1924.
- KAUFMANN OTTO: Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte; Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur europäischen Menschenrechtskonvention. St-Galler Festgabe 1965 p.245.
- KNAPP CHARLES: a) Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en droit international privé. Mélanges François Guisan p.191, Lausanne 1950.

- b) La notion de l'ordre public dans les conflits de lois. Thèse, Neuchâtel 1933.
- c) Quelques réflexions sur le droit applicable à la capacité matrimoniale des étrangers se mariant en Suisse. JdT 1949 I 424.
- KUTTLER ALFRED: Zur Frage der Beschränkung der Funktion des ordre public im internationalen Privatrecht. SJZ 47/1951 p.149.
- LACHENAL JEAN-ADRIEN: De quelques jurisprudences récentes en droit international privé. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 15, Journée du 27 mai 1961, Genève 1962.
- LALIVE PIERRE: a) Le mariage des étrangers en droit international privé suisse. Revue de l'état civil 29/1961 p. 391.
- b) La révision du droit de la filiation illégitime. ASSJ 1965 fascicule 4.
- c) Le régime matrimonial des étrangers. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 16, Journée du 13 octobre 1962, Genève 1963.
- LEMP PAUL: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band II, Das Familienrecht, 1. Abteilung, das Eherecht, 2. Halbband, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Das Güterrecht der Ehegatten (art.159–251 CC). Berne 1963.
- LOGOZ PAUL: Commentaire du code pénal suisse, partie générale. Neuchâtel 1939.
- LUCHSINGER ULRICH: Die Rechtsstellung der ausländischen Aktiengesellschaft in der Schweiz. Thèse, Berne 1940.
- OSER HUGO und SCHOENENBERGER WILHELM: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Obligationenrecht, 2. Teil (Art.184–418 OR). Zurich 1936.
- PIOTET PAUL: Le domicile personnel de la femme mariée. JdT 1960 I 98.
- PFENNINGER C.: Die Vaterschaftsklage im internationalen Privatrecht. SJZ 53/1957 p.319.
- ROELLI HANS und JAEGER CARL: Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 3. Band. Berne 1933.
- SAUSER-HALL GEORGES: Capacité civile; FJS 571–580, Genève 1942.
- SCHMIDHEINY SUSANNE: Die privatrechtlichen Folgen der selbständigen Staatsangehörigkeit der Ehefrau. Thèse, Zurich 1958.
- SCHNITZER ADOLF F.: a) Handbuch des internationalen Privatrechts; volumes I et II, 4<sup>e</sup> édition. Bâle 1957.
- b) Die Schenkung im internationalen Privatrecht. SJZ 39 = 1942/1943 p.1.
- c) Trust und Stiftung (international). SJZ 61/1965 p.197 et 213.

- SCHOENENBERGER WILHELM und JAEggi PETER: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band V/1 a, Einleitung, Internationales Privatrecht. Zürich 1961.
- SECRÉTAN PIERRE: Le mariage des étrangers devant le juge suisse. Les actions en constatation et les actions en nullité de mariage. Thèse, Lausanne 1944.
- SPITZER GERD: Die elterliche Gewalt der außerehelichen Mutter. SJZ 62/1966 p.17.
- STAMPA ULRICH: a) Die Entwicklung des internationalen Zivilstandswesen. SJZ 1963 I 157.  
b) Etat civil, étrangers domiciliés en Suisse. FJS 443 et 443a. Genève 1942/1958.
- STAUFFER W.: Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891/10. Dezember 1907. Aarau 1925.
- STEINER ERNST: Die Anstalt und das Treuunternehmen des liechtensteinischen Rechts. SJZ 52/1956 p. 8.
- STOCKER WERNER: Zum schweizerischen Ehegüterrecht. ASSJ 1957 fascicule 3.
- STREBEL JAKOB: Zum Gerichtsstand im Eheschutz- und Ehescheidungsverfahren. Mélanges François Guisan p. 41, Lausanne 1950.
- THILO EMILE: a) La francisation des noms patronymiques étrangers. JdT 1950 I 350.  
b) Changement de noms patronymiques à consonnance étrangère. JDT 1952 I 192.  
c) Le nom patronymique du Suisse adopté en Suisse par un Français et le nom patronymique du Français adopté en Suisse par un Suisse. Changement de nom. JdT 1955 I 354.
- TZAUT HENRI: Etrangers, séjour et établissement. FJS 351, Genève 1964.
- VON WALDKIRCH BEATRICE: Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. Thèse, Berne 1953.



## Première partie

## DROIT CIVIL

*Introduction*

Le statut des étrangers selon le droit civil suisse est un sujet si vaste que nous n'avons pu le traiter, dans le cadre d'un rapport de la Société suisse des juristes, qu'au prix des importantes simplifications que voici :

1. Nous nous sommes efforcés de rendre compte du droit positif, tout en proposant parfois nous-même une solution, mais sans aborder et en tout cas sans approfondir les problèmes de doctrine.

2. Nous avons renoncé presque toujours à décrire le droit étranger.

3. Nous avons laissé de côté la procédure civile et la poursuite pour dettes et la faillite, qui ne posent guère, d'ailleurs, que les questions de la *cautio judicatum solvi* et de l'exécution des jugements étrangers. Au demeurant, il ne s'agit pas là de droit civil à proprement parler.

4. Nous avons dû excepter de notre étude les étrangers au bénéfice des immunités et privilèges diplomatiques. Nous le regrettons, car ces personnes constituent une fraction qui n'est pas négligeable de notre population étrangère<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> V. entre autres: a) la Convention de Vienne, du 18 avril 1961, sur les relations diplomatiques (RO 1964 p. 431); b) l'AF concernant le statut juridique en Suisse de l'ONU, d'institutions spécialisées des Nations unies et d'autres organisations internationales, du 29 septembre 1955 (ROLF 1956 p. 1141) et les nombreux accords sur un objet analogue; c) les arrêts RO 82 I 75 (JdT 1947 I 252: résumé) et Sem. Jud. 86/1964 p. 30; d) les rapports du DPF, JAA 1955 p. 9 N° 1, p. 110 N° 39, 1961 p. 21 N° 3, p. 22 N° 4, 1962/3 p. 79 N° 38, p. 81 N° 39, p. 75 N° 37; e) SECRÉTAN, JACQUES, Problèmes de droit diplomatique devant le juge et le gouvernement suisses, Mélanges François Guisan, 1950 p. 343.

5. Nous nous sommes abstenus de mentionner, dans chaque cas examiné, la solution exceptionnelle qui souvent s'impose à l'égard des étrangers suivants:

a) Les apatrides. – En lieu et place d'une loi nationale inexistante, on leur applique la loi du domicile.

b) Les doubles-nationaux. – Chacun des pays dont ils possèdent la nationalité les traite comme ses propres ressortissants<sup>2</sup>. Dans les Etats tiers prévaut en général la nationalité effective, c'est-à-dire celle à laquelle l'ensemble des actes du double-national le rattachent le plus étroitement.

c) Les réfugiés. – Les réfugiés, au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 (ROLF 1955 p. 461), bénéficient en vertu de cet accord international d'un régime spécial. Ce régime (art. 12 conv.) déroge à notre droit international privé en ceci: le statut personnel des réfugiés est régi par la loi de leur pays de domicile ou de résidence, alors qu'en Suisse le statut personnel des étrangers est soumis en principe à la loi de leur pays d'origine<sup>3</sup>. Au surplus, les réfugiés sont assimilés aux autres étrangers.

Nous avons suivi, dans cette étude, les grandes lignes de la systématique du code civil.

La référence exacte des œuvres indiquées dans le texte ou en note sous une forme résumée figure en tête d'ouvrage, dans une liste des ouvrages cités.

Enfin, nous voudrions insister sur le fait que c'est un rapport que nous présentons, et non un traité. Nous savons que nous n'apprendrons rien aux spécialistes et n'avons pas

---

<sup>2</sup> Exemples: a) arrêts RO 76 I 34 et JdT 1950 I 248, RO 79 II 337 et JdT 1954 I 260–261, RO 81 II 495 et JdT 1956 I 252 (résumé), RO 86 II 323 et JdT 1961 I 272; b) Division fédérale de justice, JAA 1955 p. 151 N° 75.

<sup>3</sup> V. aussi: a) Arrangement de la Haye, du 23 novembre 1957, relatif aux marins réfugiés (ROLF 1964 p. 142); b) SJZ 58/1962 p. 11 N° 15 et 53/1957 p. 328 N° 139; c) Division fédérale de justice, JAA 1959/60 p. 167 N° 93, 1957 p. 165 N° 65, p. 166 N° 66, 1958 p. 118 N° 39; b) BECK, EMILE, Zur privatrechtlichen Stellung der Flüchtlinge in der Schweiz, Festschrift Hans Lewald, 1953 p. 225.

d'autre but que de rappeler, à ceux des membres de la Société suisse des juristes que leur travail quotidien éloigne des recherches théoriques, les différents aspects d'une partie de l'un des sujets à l'ordre du jour de l'assemblée générale de 1967, en vue de faciliter la discussion.

## Titre Premier

## DROIT DES PERSONNES

*Chapitre premier**La capacité civile des personnes physiques*

En vertu de l'article 11 du code civil suisse, tout être humain jouit des droits civils, de sorte que chacun a, dans les limites de l'ordre juridique, une aptitude égale à être sujet de droits et d'obligations. La *jouissance des droits civils* (*Rechtsfähigkeit*) appartient aussi bien aux étrangers qu'à nos ressortissants. Les uns et les autres sont des personnes, c'est-à-dire des sujets de droit. Le juge suisse n'a pas à tenir compte de normes étrangères qui contreviendraient à cette règle fondamentale, cela même à l'égard des étrangers domiciliés hors de notre pays. C'est dire que, sur le principe de la capacité civile, on ne saurait concevoir que le statut des étrangers diffère, en Suisse, de celui des nationaux.

Mais, une fois le principe sauvegardé, rien ne s'oppose à ce que le droit suisse s'en remette à la loi étrangère du soin de régler certains aspects relativement secondaire de la capacité civile des étrangers. Si la loi applicable est la loi nationale, le procédé peut présenter l'avantage d'épargner au justiciable des décisions contradictoires, selon qu'elles sont prises dans son pays ou dans le nôtre, sans pourtant le léser dans ses droits essentiels. Nous allons passer en revue quelques institutions auxquelles il ne s'impose pas d'appliquer le droit suisse, et voir comment le législateur, le juge ou les auteurs ont résolu dans chaque cas la question du droit applicable.

*1. Le commencement de la capacité civile; l'enfant conçu.*

Selon l'article 31 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil, la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant.

D'autres législations (France, Espagne) exigent en outre que l'enfant soit viable. La question du droit applicable se posera ici principalement en matière de succession, de donation et de contrat d'assurance. On l'a résolue en faveur du droit qui régit la succession, donc dans certains cas de la loi nationale du *de cuius*, ou la donation<sup>1</sup>. De même, à mon sens, la capacité civile d'un enfant à naître désigné comme bénéficiaire d'une police d'assurance sera régie par la loi applicable au contrat d'assurance<sup>2</sup>.

## 2. *L'exercice des droits civils (Handlungsfähigkeit)*

I. L'exercice des droits civils, soit la faculté que possède une personne de créer, de modifier ou d'éteindre un droit par ses propres actes, a été réglé en Suisse de manière uniforme, pour la première fois, par loi fédérale du 22 juin 1881 «sur la capacité civile»<sup>3</sup>. L'article 10 al.2 et 3 de cette loi s'exprime en ces termes:

«La capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent.

Toutefois, l'étranger qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays.»

La loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour réserve en son article 34 l'article 10 al.2 et 3 de la loi de 1881. Cependant, les articles 60 et 61 al.1<sup>er</sup> du titre final du code civil ont abrogé la loi du 22 juin 1881 sur la capacité civile, depuis le premier janvier 1912, mais ils n'ont pas abrogé la LRDC de 1891. D'autre part, l'article 59 al.3 CC Tit.Fin. est venu compléter la LRDC en y introduisant un article 7 lettre b, qui reprend la règle de l'article 10 al.3 de la loi de 1881.

---

<sup>1</sup> SCHNITZER, I p.271 ch.2.

<sup>2</sup> Cf. art. 76–85 LCA et ROELLI, III, ad art. 76, p.113 n.21.

<sup>3</sup> ROLF 5 (N.S.) p.504.

### Article 7b LRDC :

«Les étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse ne peuvent y exciper de leur incapacité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés.

Cette règle ne s'étend pas aux actes rentrant dans le droit de famille et de succession, ni aux actes de disposition sur un immeuble situé à l'étranger.»

Ce nouveau texte est plus précis que celui de 1881, qu'il remplace, dans ce sens qu'il limite expressément à l'alinéa 2 la portée de la règle exceptionnelle de l'alinéa 1<sup>er</sup> et qu'il parle de l'exercice des droits civils et non plus de la capacité civile. Mais, d'un autre point de vue, il apparaît comme moins heureux. En effet, il semble refuser au seul étranger la faculté d'exciper de sa loi nationale, alors qu'en réalité les actes juridiques qu'il protège sont purement et simplement valables<sup>4</sup>.

Peu après l'entrée en vigueur du code civil, le Tribunal fédéral a déjà conclu de l'effet combiné des dispositions légales précitées que, vu l'article 34 LRDC, l'article 10 al.2 de la loi de 1881 continue à régir les modalités de la capacité civile des étrangers en Suisse<sup>5</sup>. Il a confirmé cette jurisprudence par la suite<sup>6</sup>, même après la promulgation de la loi fédérale relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947<sup>7</sup>, recueil qui ne

---

<sup>4</sup> SCHNITZER, I p. 279 in fine, propose avec raison cette rédaction (traduction): Un acte juridique, accompli en Suisse, auquel participe un étranger est valable même si, lors de l'accomplissement de l'acte, cet étranger ne possédait l'exercice des droits civils que selon le droit suisse.»

<sup>5</sup> Buchardi c. Lucerne, du 23 mai 1912; RO 38 II 1, v. cons. 2 p. 4, et JdT 1912 I 582.

<sup>6</sup> a) Zwinzscher c. Raue, du 22 octobre 1919; RO 45 II 503, v. cons. 2 p. 505, et JdT 1920 I 172. – b) De Vaynes van Brakell Buys, du 7 février 1934; RO 61 II 12, v. cons. 2 p. 17, et JdT 1935 I 484. – c) Laufer c. Togna, du 14 juin 1956; RO 82 II 169, v. cons. 2 p. 172, et JdT 1957 I 520 (résumé).

<sup>7</sup> ROLF 1949 p. 1627; cf. 1967 p. 17.

contient pas la loi de 1881 et la donne pour abrogée<sup>8</sup>. La majorité des auteurs ont approuvé cette solution<sup>9</sup>.

*Les étrangers sont donc régis, en Suisse, en ce qui concerne l'exercice des droits civils :*

a) En matière de famille, de succession et d'immeubles sis à l'étranger<sup>10</sup>, ainsi que pour les actes d'autres domaines qui ne sont pas accomplis ou pas entièrement accomplis sur le territoire suisse, *par leur loi nationale*; cela, sous réserve des conventions et traités internationaux. La loi nationale peut d'ailleurs renvoyer valablement, selon nous<sup>10bis</sup>, à une autre loi, telle que celle du domicile (systèmes anglo-saxons).

b) Pour les actes juridiques qui ne relèvent ni du droit de la famille ni du droit successoral, qui ne portent pas sur un immeuble sis à l'étranger et qui sont accomplis alors que les participants sont tous présents (mais pas forcément domiciliés)<sup>11</sup> en Suisse, *par la loi nationale et par la loi suisse*, l'acte étant valable si l'une au moins de ces lois confère à l'intéressé l'exercice des droits civils. Cette règle s'applique aussi bien aux actes juridiques unilatéraux qu'aux actes bilatéraux et plurilatéraux, indépendamment du droit applicable aux actes eux-mêmes. Peu importe, dans le cas où la loi suisse confère seule l'exercice des droits civils, que les participants connaissent cette particularité.

Quant aux effets de l'existence ou de l'inexistence de

---

<sup>8</sup> RS 2 p. 735.

<sup>9</sup> V. SCHNITZER, I p. 276-277 et BECK, p. 131/132, ad art. 7b LRDC n. 4, et les auteurs cités, ainsi qu'une consultation du 36 juillet 1962 de la Division de justice, JAA 1962/1963 p. 151 N° 79.

<sup>10</sup> Dans le cas des immeubles, les actes dits réels et les actes relevant du droit des obligations sont ici mis sur le même pied.

<sup>10bis</sup> Question laissée indécise dans l'arrêt de Vaynes, cons. 2 p. 18.

<sup>11</sup> En vertu de la loi uniforme, s'oblige valablement par lettre de change, billet à ordre ou chèque celui auquel sa loi nationale ou la loi du pays où la signature a été donnée confère l'exercice des droits civils (art. 1086 et 1143/21° CO), évidemment sans qu'il soit nécessaire que toutes les personnes engagées dans les liens de change soient présentes dans le même pays au moment de la dite signature.



l'exercice des droits civils sur la validité des actes juridiques, ils sont régis par la même loi que l'exercice des droits civils<sup>12</sup>.

*II.* L'exercice des droits civils dépend essentiellement de deux faits: a) *la capacité de discernement (Urteilsfähigkeit)* et b) *l'âge*. Une fois ces faits établis, le juge appelé à statuer sur le cas d'un étranger en déduira les conséquences que la loi applicable<sup>13</sup> y attache. C'est ainsi que, conformément à l'article 14 al. 1<sup>er</sup> CC, il considérera comme *majeur (volljährig)* l'étranger âgé de vingt ans révolus, si cette personne répond aux exigences de l'article 7b al. 1<sup>er</sup> LRDC. Sinon, le juge tranchera la question de la majorité conformément à la loi nationale de l'intéressé<sup>14</sup>. Dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à changer de nationalité, la loi de son nouveau pays serait désormais seule applicable. Il en peut résulter qu'une personne autrefois majeure devienne mineure en vertu de sa nouvelle loi nationale, à moins que celle-ci ne considère en l'occurrence la majorité comme un droit acquis. La loi suisse est muette à ce propos. Nous en concluons, avec SCHNITZER<sup>15</sup>, qu'elle n'entend point déroger à la règle.

Dans différents systèmes, on peut acquérir la majorité juridique (*Mündigkeit*) avant d'avoir atteint la majorité naturelle (*Volljährigkeit*), par l'effet du *mariage*<sup>16</sup> ou de l'*émancipation (Mündigerklärung)*<sup>17</sup>. Toujours sous réserve de l'article 7b al. 1<sup>er</sup> LRDC, c'est la loi nationale de la personne mariée – donc la loi suisse pour une étrangère qui a épousé un Suisse et la loi étrangère pour une Suissesse qui a

---

<sup>12</sup> Arrêts De Vaynes et Lauper, déjà cités, v. p. 503 n. 6.

<sup>13</sup> V. ch. I ci-dessus. Cf. art. 13–19 CC.

<sup>14</sup> Les âges de majorité les plus fréquents sont 21 ans, dans les pays voisins de la Suisse et en Grande-Bretagne, par exemple, et 18 ans, dans plusieurs pays de l'Est, y compris l'URSS.

<sup>15</sup> SCHNITZER, I p. 285/286. Contra: BECK, p. 139/140, ad art. 7b LRDC n. 31/32, qui veut appliquer par analogie l'art. 5 al. 2 CC Tit. Fin.

<sup>16</sup> Sic, art. 14 al. 2 CC.

<sup>17</sup> Art. 15 CC. Possible dès l'âge de 18 ans révolus, l'émancipation du droit suisse confère à l'émancipé le plein exercice des droits civils.



épousé un étranger – ou de la personne émancipée qui régit à cet égard les conséquences du mariage ou de l'émancipation. Quant à l'émancipation en soi, elle est régie selon notre droit international privé par le droit national et ressortit au juge national de la personne à émanciper. Cela résulte des articles 10 al.2 de la loi de 1881<sup>18</sup> et 34 LRDC, les articles 7 al.3 et 9 al.1<sup>er</sup> LRDC n'ayant qu'une portée intercantonale, ainsi que l'a déclaré le Tribunal fédéral en 1912 dans l'arrêt Buchardi<sup>19</sup>, qui, malgré certaines objections, semble exprimer encore l'opinion dominante<sup>20</sup>.

Nous traiterons dans un prochain chapitre de la tutelle des étrangers mineurs ou incapables, de manière durable, de discernement.

Le *sexe* et, en particulier, la qualité de *femme mariée* n'influent plus, dans la plupart des législations modernes, sur l'exercice des droits civils. Cependant, lorsque la loi nationale d'une étrangère en dispose autrement, il y a lieu d'appliquer l'article 7b LRDC.

Les restrictions apportées au *pouvoir de disposer* (*Verfügungsmacht*) de certains biens<sup>21</sup> par le régime matrimonial n'attendent pas à l'exercice des droits civils des époux qui y sont soumis. De même, le droit du mari de s'opposer pour de justes motifs à ce que la femme exerce une profession ou une industrie (art.167 CC) n'attente pas à l'exercice des droits civils de l'épouse. Il s'agit là de mesures destinées à organiser un certain statut de société, le mariage: bien que capable en soi d'effectuer l'acte juridique prohibé, la personne grevée a l'obligation de s'en abstenir, en vertu des liens de droit spéciaux dans lesquels elle s'est engagée, à l'égard de la personne protégée.

---

<sup>18</sup> V.p. 502.

<sup>19</sup> V.p. 503 n. 5.

<sup>20</sup> STAUFFER, p.13 n. 7, ad art. 7 al.3 LRDC; SCHNITZER, I p.288; BECK, p.134–136, ad art.7b LRDC n.9–14.

<sup>21</sup> Sur la distinction entre la capacité de disposer (*Dispositionsfähigkeit*) et le pouvoir de disposer (*Verfügungsmacht*, *Dispositionsgewalt*), v. SAUSER-HALL, FJS 572.

### *3. Les inégalités en matière de jouissance des droits civils*

Le principe que tous les êtres humains ont, en Suisse, une aptitude égale à devenir sujets de droits et d'obligations (art.11 CC) souffre quelques exceptions. De rares droits n'appartiennent qu'à certaines personnes. Il ne s'agit pas là d'une question d'exercice des droits civils, car aucun acte d'un représentant légal ne saurait, en l'occurrence, suppléer au refus de la loi. Voici celles de ces exceptions qui intéressent le statut des étrangers :

#### *a) Inégalité provenant de la nationalité*

En vertu d'arrêtés fédéraux de 1961/1965, les étrangers – à la différence des Suisses – domiciliés à l'étranger ne peuvent sans autorisation acquérir des immeubles en Suisse.

#### *b) Inégalités résultant de l'âge*

Il faut avoir 16 ans pour choisir soi-même sa confession religieuse (art.277 CC). Une femme acquiert à 18 ou éventuellement 17 ans le droit de se marier; un homme, à 20 ou éventuellement 18 ans (art.96 CC). Le droit de disposer de ses biens par testament prend naissance à 18 ans (art.467 CC); par pacte successoral, à la majorité (art.469 CC). Il est nécessaire d'être majeur pour être tuteur (art.379 CC), témoin lors de la célébration d'un mariage (art.116 CC), officier public ou témoin lors de la passation d'un testament public ou d'un pacte successoral (art.503 al.1<sup>er</sup> et 512 CC), témoin lorsqu'une personne en danger de mort fait un testament oral (art.506 CC).

#### *c) Inégalité résultant de l'instruction*

Ne peut être témoin en vertu des articles 503 al.1<sup>er</sup>, 512 et 506 CC précités que la personne qui sait lire et écrire.

#### *d) Inégalités résultant du sexe*

La mère d'un enfant illégitime ne peut refuser de le reconnaître (art.302 al.1<sup>er</sup> CC), tandis que l'homme des œuvres duquel l'enfant est issu n'y peut être contraint qu'à

certaines conditions (art. 302 al. 2 et 323 CC). Le mari est le chef de l'union conjugale (art. 160 CC). La femme porte le nom du mari et en acquiert le droit de cité (art. 161 CC) et le domicile (art. 25 CC).

Nous commenterons la plupart de ces différentes restrictions de la jouissance des droits civils lorsque nous parlerons de chacune des institutions où elles se manifestent. Il convient cependant de consacrer ici quelques lignes aux

*e) Inégalités de droit civil résultant de la perte partielle de l'honneur*

La privation des droits civiques prononcée par un tribunal pénal empêche, en vertu du code civil, d'être nommé tuteur (art. 384 ch. 2)<sup>22</sup> et de fonctionner comme officier public ou comme témoin successoral (art. 503 al. 1<sup>er</sup>). L'article 52 ch. 2 du code pénal est conçu en termes plus larges : «Celui qui est privé des droits civiques ne peut être... tuteur ou curateur, ni témoin instrumentaire»<sup>23</sup>. Un tribunal suisse qui prive un étranger des droits civiques<sup>24</sup> ne prend donc pas une décision dénuée de portée : à tout le moins modifie-t-il le statut de droit civil de cet étranger en Suisse. Quant aux effets de droit civil que produit en Suisse un jugement étranger privant le condamné de ses droits civiques, il s'agit d'un problème qui concerne autant les Suisses que les étrangers. Bien que, sauf disposition contraire de la loi<sup>25</sup> et sous réserve de l'extradition des condamnés, les jugements pénaux n'aient qu'une portée territoriale, j'estime qu'il faudrait tenir compte en Suisse, en droit civil, d'un jugement

---

<sup>22</sup> Il en est de même de la conduite déshonorante, même si elle n'a pas entraîné de condamnation pénale.

<sup>23</sup> Idem : l'article 39 al. 1<sup>er</sup> du code pénal militaire. En outre, en vertu de l'art. 53 CP, le juge peut déclarer déchu de la puissance paternelle, de la tutelle ou de la curatelle le condamné qui, par son infraction, a violé ses devoirs de parent ou de représentant légal, et le déclarer incapable d'exercer à l'avenir les droits dont on l'a déchu.

<sup>24</sup> Cf. entre autres Logoz, p. 225, ad art. 52, n. 2 a.

<sup>25</sup> Art. 3 ch. 2 in fine, 5 al. 3, 6 ch. 2 in fine, 41 ch. 1 al. 3 et 67 ch. 2 CP.

de privation des droits civiques rendu à l'étranger, à la condition que cette sentence satisfasse aux exigences strictes<sup>26</sup> de l'article 52 CP.

#### 4. *La fin de la capacité civile: la mort et la déclaration d'absence*

*I.* L'homme cesse d'être un sujet de droit dès l'instant où il cesse de vivre (art. 31 al. 1 CC). Une norme étrangère qui prolongerait la capacité civile au-delà de la vie ne serait pas reconnue en Suisse.

*II.* Les règles sur la *preuve de la vie et de la mort* des articles 32 al. 1<sup>er</sup> et 33 CC ont, sans doute, également une valeur universelle et sont en conséquence applicables lorsque l'existence ou le décès d'un étranger sont controversés dans notre pays.

En revanche, la présomption de l'article 32 al. 2 – selon lequel, quand plusieurs personnes sont mortes sans qu'il soit possible d'établir si l'une a survécu à l'autre, leur décès est censé avoir eu lieu au même moment – n'est pas la seule solution admissible du *problème des comourants*. C'est ainsi que le droit français connaît un système de présomptions différent. A mon sens, de même qu'en matière de capacité civile de l'enfant conçu<sup>27</sup>, le droit applicable en vue de déterminer le moment de chacun des décès est celui qui régit l'institution, par exemple la succession litigieuse<sup>28</sup>.

Aux termes de l'article 34 CC, *le décès d'une personne dont le corps n'a pas été retrouvé est considéré comme établi lorsque cette personne a disparu dans des circonstances telles que sa mort doit être tenue pour certaine*. D'office ou sur requête, le décès est alors inscrit dans les registres de l'état civil par ordre de l'autorité de surveillance, sans qu'un procès soit nécessaire; tout intéressé a néanmoins la faculté de demander

---

<sup>26</sup> Cf. l'ATF Müller, du 5 avril 1944; RO 70 IV 51 et JdT 1944 IV 71.

<sup>27</sup> V. p. 502.

<sup>28</sup> En faveur de cette thèse, DE NOVA et les auteurs qu'il cite.

que l'existence ou la mort du disparu soit constatée par le juge, à l'encontre de la décision administrative (art. 49 CC)<sup>29</sup>. Le Tribunal fédéral a reconnu aux articles 34 et 49 CC une portée extra-territoriale, en les déclarant applicables à la disparition des Suisses à l'étranger<sup>30</sup>. En ce qui concerne notre étude, deux questions se posent: les articles 34 et 49 sont-ils applicables aux étrangers qui disparaissent, dans des circonstances telles que leur mort doive être considérée comme certaine, a) sur le territoire de la Confédération, b) à l'étranger, mais alors qu'ils sont inscrits au registre suisse des familles, par exemple en qualité de mari ou d'enfant étranger d'une Suissesse (art. 115 al. 1<sup>er</sup> ch. 1<sup>er</sup> lettre b OEC)<sup>31</sup> ?

Pour répondre à la première question, il faut considérer que le décès constaté d'un étranger en Suisse doit être inscrit au registre suisse des décès (art. 48 CC et 83 al. 1 ch. 4 OEC). Or, la constatation d'une disparition, au sens de l'article 34 CC, équivaut pratiquement à la constatation du décès, puisqu'elle n'est possible que s'il faut tenir la mort pour

---

<sup>29</sup> EGGER, p. 340, ad art. 49 CC, n. 4.

<sup>30</sup> Schmeichler c. Direction de l'Intérieur du canton de Zürich, du 27 octobre 1949; RO 75 I 328 et JdT 1950 I 229.

<sup>31</sup> Sur le droit international privé en matière de registres de l'état civil, voir le Fichier de documentation de la Commission internationale de l'état civil et Stampa ZSR 1963. L'état civil suisse ne fait pas de différence entre les constatations concernant les nationaux et celles qui concernent les étrangers: ces derniers sont soumis aux mêmes obligations de comparution et de déclaration. Aucune loi ne permet aux agents diplomatiques ou consulaires étrangers d'exercer les fonctions d'officier de l'état civil sur le territoire de la Confédération (Fiche IX: Suisse, p. 7). Mais il va de soi que des étrangers ne figurent au registre des familles suisses que s'ils se rattachent à une telle famille par l'alliance ou la parenté. V. aussi STAMPA, FJS 443 et 443a. Dans l'arrêt M. c. Conseil exécutif du canton de Berne, du 19 novembre 1959, RO 85 I 289 et JdT 1960 I 240, le TF a appliqué à l'épouse étrangère d'un Suisse les art. 94 ch. 3 et 4 et 117 al. 1<sup>er</sup> A 4 OEC, selon lesquels doivent être portés dans le registre des familles – et par conséquent dans le livret de famille – et dans le registre des mariages les nom et prénom du conjoint dont un fiancé est divorcé.



*certaine*. Il n'y a dès lors pas de motifs de refuser d'appliquer aux étrangers disparus les articles 34 et 49 CC. Au vrai, l'article 89 al.3 OEC crée, pour le lieu de l'inscription, un for subsidiaire au lieu d'origine qui ne saurait concerner les étrangers. Mais le for principal de l'article 88 al.1<sup>er</sup>, au lieu où l'on a vu le disparu pour la dernière fois, suffira en réalité dans tous les cas. Car on imagine mal que la mort puisse être tenue pour certaine s'il n'existe pas de témoin des circonstances de la disparition, ou du moins de la présence du disparu dans le lieu où il devait mourir<sup>32</sup>. Enfin, on ne voit guère pourquoi l'on traiterait les disparitions survenues sur le territoire fédéral autrement que celles qui surviennent à bord de navires battant pavillon suisse<sup>33</sup>.

Mais, seconde question, irons-nous jusqu'à assimiler aux ressortissants suisses les étrangers inscrits au registre suisse des familles et qui viendraient à disparaître à l'étranger? J'y serais favorable. En effet, le décès de telles personnes s'inscrit au registre des familles (art.117 al.2 ch.5 et 118

---

<sup>32</sup> Surtout au regard des exigences extrêmes du TF. Dans l'arrêt Schmeichler, à la vérité relatif à une disparition à l'étranger, il n'a pas considéré comme certaine la mort d'un passager d'un avion de ligne disparu corps et biens dans les Andes, le 2 août 1947 (soit plus de deux ans avant que soit rendu l'arrêt) entre 17 h 41 et 17 h 45, dans la région de Santiago du Chili.

<sup>33</sup> Art.3 al.2 de l'Ord.DFJP relative à la constatation des décès survenus à bord des navires suisses, du 1<sup>er</sup> juillet 1942 (RS 2 p.499): «S'il ressort de la copie des inscriptions du journal de bord et des procès verbaux des recherches complémentaires que... la personne a disparu dans des circonstances telles que la mort doive être tenue pour certaine, le service de l'état civil inscrit le décès et en donne communication... s'il s'agit d'un étranger, à l'autorité compétente du pays d'origine.» Cf. les art. 56 de la LF sur la navigation maritime sous pavillon suisse, des 23 septembre 1953/14 décembre 1965 et 7 de l'Ord. d'exécution des 20 novembre 1956/4 novembre 1966; ROLF 1956 p.1395 et 1458, 1966 p.1503 et 1525; ainsi que les Instr. du DFJP sur l'inscription et la communication des naissances et des décès survenant à bord de navires suisses, du 20 décembre 1966, FF II 1024. Navigation aérienne: art.20 de l'OCF sur les droits et les devoirs du commandant d'aéronef, du 22 janvier 1960, ROLF p.85.

al.2 OEC). S'agissant de la disparition d'un Suisse à l'étranger, le Tribunal fédéral a déclaré dans l'arrêt Schmeichler, déjà cité<sup>34</sup>:

«L'intérêt qu'ont les survivants à pouvoir aussi rapidement et simplement que possible remplir les conditions de forme qui leur permettent de faire valoir les droits nés du décès du disparu et l'intérêt public qu'il y a à mettre en harmonie le contenu du registre de l'état civil avec la réalité, ces intérêts sont les mêmes, que la disparition se soit produite à l'étranger ou sur territoire suisse<sup>35</sup>.»

Ce considérant devrait conduire à mettre aussi au bénéfice des articles 34 et 49 CC les survivants d'un étranger inscrit dans notre registre des familles.

*III.* Si les articles 34 et 49 CC n'instituent, au fond, qu'une forme particulière de la constatation de la mort, il en va autrement des articles 35–38 et 50. Ici, il s'agit au contraire de tirer les conséquences juridiques de la disparition d'une personne dont le décès est très probable, soit, mais néanmoins incertain. On comprend donc que la doctrine dominante voie dans la *déclaration d'absence* (*Verschollenerklärung*) une institution qui touche au statut personnel de l'absent, soumise conformément à l'article 8 LRDC à la loi et à la juridiction nationales<sup>36</sup>. Dans un premier arrêt<sup>37</sup>, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette conception. Dans un second arrêt<sup>38</sup>, il a – dans le cas particulier – maintenu sa jurisprudence, tout en paraissant douter de ce qu'il faille vraiment exclure en toutes circonstances la compétence des tribunaux suisses. Il semble avoir été ébranlé par une minorité assez importante de décisions cantonales et d'auteurs qui, les uns, ont une autre conception de la déclaration d'ab-

---

<sup>34</sup> V. p 510 n. 30.

<sup>35</sup> Traduction JdT 1950 I 231–232.

<sup>36</sup> SCHNITZER I, p. 298; GULDENER, p. 52.

<sup>37</sup> Waisenamt Hombrechtikon, du 28 juin 1916; RO 42 II 320, v. cons. 2 p. 324, et JdT 1917 I 113.

<sup>38</sup> Doubindski, du 9 décembre 1920; RO 46 II 496, v. cons. 2 p. 498, et JdT 1921 I 258.

sence, les autres, s'inspirent de motifs d'opportunité<sup>39</sup>. Dans ce second arrêt, le TF s'est acheminé, à mon sens, vers la juste solution dans le passage suivant :

«Qu'il puisse peut-être y avoir de sérieux motifs pour conférer la compétence aux tribunaux suisses *lorsque l'absence n'a pour but que de régler le sort de biens laissés en Suisse* (souligné par l'auteur), cela ne signifie pas encore que cette compétence doive être étendue dans un cas où non seulement celui dont on veut faire déclarer l'absence n'a pas laissé de biens en Suisse, mais où il est constant même qu'il était régulièrement domicilié à l'étranger au moment de la disparition.»

Je n'irais pas, en revanche, jusqu'à soumettre la déclaration d'absence aux règles de compétence prévues pour l'institution principalement en cause (le divorce, par exemple), comme d'aucuns l'ont proposé. Il en pourrait résulter, dans les différents systèmes juridiques, des solutions contradictoires entre les mêmes parties, dans des domaines où l'unité de statut est nécessaire.

Souhaitons, avec SCHNITZER, que, si une loi fédérale sur le droit international privé voit le jour, elle résolve clairement le problème de la déclaration d'absence des étrangers.

## Chapitre II

### *Le domicile des personnes physiques*

On lit dans le Fichier de la Commission internationale de l'état civil<sup>1</sup>:

«Tout étranger peut se fixer en Suisse s'il remplit les conditions requises par la législation fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers<sup>2</sup>. Dès qu'il est au bénéfice d'une autorisation, il peut se

---

<sup>39</sup> SCHNITZER, I, p. 299/300.

<sup>1</sup> Fiche IV : Suisse, p. 4 ch. 4.

<sup>2</sup> LF du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, RS 1 p. 113, modifiée le 8 octobre 1948, ROLF 1949 p. 225. R. d'ex du 1<sup>er</sup> mars 1949, ROLF p. 232 (note de l'auteur).



créer un domicile de droit civil. Le droit civil suisse ne fait aucune différence entre le droit des nationaux et celui des étrangers...

Pour tous les actes judiciaires ou administratifs, contentieux ou gracieux, où le domicile doit être considéré, celui-ci se détermine d'après la loi suisse, quelles que soient les parties, nationales ou étrangères.»

Cela nous inspire les réflexions suivantes :

*I.* Il serait plus exact d'exprimer sous cette forme plus large la règle figurant à l'alinéa 2 du texte précité : le domicile, y compris celui des étrangers, se détermine conformément au droit suisse, quand ce domicile constitue selon notre droit international privé un point de rattachement.

Cependant, une fois établi – selon le droit suisse – que l'étranger est domicilié en Suisse et soumis par conséquent au droit suisse, il arrive que ce dernier s'en rapporte au droit étranger et que le droit étranger fasse dépendre la solution qu'on attend de lui de sa propre conception du domicile<sup>3</sup>. C'est ainsi que le droit suisse est applicable et le juge suisse, compétent en matière de divorce et de séparation de corps d'époux étrangers, lorsque le demandeur est domicilié en Suisse et que le droit de son pays d'origine admet la cause de divorce invoquée et reconnaît la juridiction suisse (art. 7h LRDC). Si le droit national reconnaît la juridiction de notre pays à la condition que le demandeur soit domicilié en Suisse, on déterminera ce domicile-là selon le droit national.

*II.* Le domicile<sup>4</sup> d'une personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1<sup>er</sup> CC)<sup>5</sup>, c'est-à-dire d'y avoir le centre de ses affections et de ses intérêts.

---

<sup>3</sup> Cas spécial de qualification du second degré. Cf. SCHNITZER, I p. 102–104 et 119/120.

<sup>4</sup> Volontaire ou indépendant. Nous traiterons les domiciles légaux ou dépendants, s'il y a lieu, avec les institutions auxquelles ils se rattachent.

<sup>5</sup> Les art. 3 et 4 LRDC ne figurent pas dans le RS (2 p. 728). Ils sont donc abrogés, solution que le TF a déjà consacrée, en droit international privé, dans l'arrêt De Vaynes ; v. p. 503 n. 6.

Une telle intention est-elle concevable ou du moins juridiquement valable, lorsque l'étranger qui désire s'établir en Suisse n'y est point autorisé par l'administration ou par l'autorité politique ? La jurisprudence du Tribunal fédéral tend à dissocier la notion de domicile de l'octroi du permis de séjour ou d'établissement<sup>6</sup>. Le Tribunal fédéral des assurances va moins loin dans cette voie. Dans un arrêt de 1963<sup>7</sup>, qui concernait un ouvrier italien dont le séjour en Suisse était limité à neuf mois par an par la police des étrangers, il s'est exprimé en ces termes :

«Ce statut de travailleur saisonnier était... incompatible avec la création d'un domicile en Suisse, parce qu'il excluait l'intention de s'y établir» exigée à l'art. 23 CC. Il est vrai que le recourant désirait en fait un tel établissement et qu'il a cherché les moyens d'y parvenir ; mais ce seul désir subjectif ne suffit pas ; pour qu'il y ait domicile au sens de l'art. 23 CC, il faut que l'intention repose sur des faits reconnaissables pour les tiers<sup>8</sup>. Le statut de saisonnier fixé par la police des étrangers – qui s'oppose à la notion d'établissement et de domicile – est précisément un de ces faits reconnaissables. Dans l'espèce, le recourant savait, dès son entrée en Suisse, qu'il n'avait pas le droit de s'y établir...»

Nous pensons aussi qu'en principe un étranger ne peut vouloir valablement s'établir en Suisse, alors qu'il ne s'y voit point autorisé par l'autorité compétente. A notre sens, une autorisation de tolérance, révocable en tout temps, ne permet pas de prendre domicile. Il faut un permis de séjour ou d'établissement, ou en tout cas la certitude – objectivement fondée – qu'un tel permis sera accordé à brève échéance<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> ATF: a) «Jugoslavija» c. Drzavni Osiguravajuci Zavod, du 30 décembre 1947 ; RO 73 III 158 ; b) Karolyi, du 12 mai 1948 ; RO 74 III 18 ; c) Minister c. Grand Conseil argovien, du 12 mai 1965 ; RO 91 I 81, v. cons. 3 a p. 85, et JdT 1966 I 216 (résumé).

<sup>7</sup> Cracco c. Caisse nationale, du 7 février 1963 ; ATFA p. 20 et JdT 1964 I 493 N° 8 (résumé).

<sup>8</sup> Cf. EGGER, p. 202, ad art. 23 CC, n. 27 (note de l'auteur).

<sup>9</sup> Dans un arrêt Dorbolo, du 11 février 1966, le TFA a considéré comme domicilié en Suisse un Italien qui résidait dans notre pays avec l'intention de s'y établir et qui avait la certitude, fondée sur

Certes, si l'étranger qui ne bénéficie pas d'une autorisation suffisante a néanmoins quitté son domicile à l'étranger, le lieu où il réside ici sera considéré comme son domicile, conformément à l'article 24 al.2 CC<sup>9bis</sup>; mais le défaut de véritable domicile en Suisse rendra plus difficile la preuve de l'abandon du domicile étranger.

Il en résulte logiquement que le retrait durable du permis de séjour ou d'établissement, l'expulsion administrative<sup>10</sup> et l'expulsion judiciaire<sup>11</sup> privent l'étranger de la faculté de vouloir valablement demeurer en Suisse<sup>12</sup> et, par conséquent, du domicile suisse. Pourtant, une telle personne conservera son ancien domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en sera pas créé un nouveau (art.24 al.1<sup>er</sup> CC) et qu'elle continuera à résider en Suisse.

Quid de l'étranger qui quitte le territoire de la Confédération sans se créer ailleurs un nouveau domicile, après avoir renoncé volontairement ou dû renoncer à son domicile suisse ? L'article 24 al. 1<sup>er</sup> CC lui est-il applicable ? SCHNITZER pense que non, parce que, dit-il en substance, un Etat n'exerce sa souveraineté sur des étrangers que s'ils résident sur son

---

l'art. 12 ch. 1<sup>er</sup> de l'accord entre la Suisse et l'Italie relatif à l'émigration de travailleurs italiens en Suisse du 10 août 1964 (ROLF 1965 p.406), d'obtenir sous peu une autorisation de séjour non saisonnière: ATFA 1966 p. 58 et RCC p. 300.

<sup>9bis</sup> Peut-être le TF aurait-il pu arriver, par ce motif-là à la solution qu'il a donnée à la cause «Jugoslavija», relative au domicile du débiteur en matière de séquestre (art.271 al.1<sup>er</sup> ch.4 LP). Dans ce domaine, la fiction de l'art. 24 CC ne saurait profiter au débiteur qui a quitté son domicile suisse sans s'en créer un nouveau. Mais elle devrait profiter, pensons-nous, à celui qui réside en Suisse de manière relativement stable après avoir quitté son domicile à l'étranger. Dans le cas Karolyi, où le domicile du créancier séquestrant (selon l'ACF du 24 octobre 1939, ROLF p.1340, abrogé le 3 septembre 1948) était litigieux, il aurait été encore moins téméraire d'appliquer l'art. 24 CC.

<sup>10</sup> Sur ces notions, v. TZAUT, p. 10.

<sup>11</sup> Art. 55, 104, 16 et 42 ch. 1 CP; 40 CPM.

<sup>12</sup> Cf. BECK, p. 60, ad art. 59 CC, Tit. Fin. n. 28.

territoire; une décision dans laquelle le juge fonderait sa compétence sur le domicile fictif de l'article 24 al.1<sup>er</sup> CC ne serait pas reconnue à l'étranger<sup>13</sup>. La solution nous semble juste, quand le domicile doit servir de point de rattachement en droit international privé, hypothèse envisagée par SCHNITZER. Mais qu'en est-il lorsque le domicile civil est une condition de l'existence d'un droit qui n'a pas à être reconnu à l'étranger? S'agissant du droit d'une Allemande d'être affiliée à l'assurance-vieillesse et survivants suisse, le Tribunal fédéral des assurances a laissé la question indécise dans un arrêt Leonard du 10 mars 1965, non publié.

### *Chapitre III*

#### *La protection de la personnalité, en particulier du nom*

I. C'est en premier lieu la mission du droit public que de sauvegarder les attributs essentiels de l'être humain. La constitution fédérale et les constitutions cantonales contiennent à ce propos des dispositions nombreuses, dont les étrangers qui se trouvent en Suisse bénéficient, dans la mesure où les intérêts protégés sont bien ceux de la personne et non ceux du citoyen<sup>1</sup>. En outre, la Suisse a adhéré à des conventions internationales qui tendent à la même fin<sup>2</sup>. Depuis longtemps, le droit pénal réprime une catégorie d'atteintes à la personnalité, sans tenir compte de la nationalité de la victime<sup>3</sup>. D'autre part, il s'édifie, dans la Confédéra-

---

<sup>13</sup> SCHNITZER, I p. 125 CC.

<sup>1</sup> V., outre le travail du corapporteur de langue allemande, la thèse HAUSER.

<sup>2</sup> Esclavage: convention de 1926/1956, RS 12 p. 50 et ROLF 1965 p. 138. Abolition du travail forcé: 1957, ROLF 1958 p. 507. Discrimination en matière d'emploi et de profession: 1961, ROLF p. 824. Protection des victimes de la guerre: RS 11 p. 457-534 et ROLF 1951 p. 177, cf. 1962 p. 1041.

<sup>3</sup> Donc, même lorsque dans son propre pays la victime étrangère n'aurait peut-être pas été protégée. Cf. RO 86 IV 212 et JdT 1961 IV

tion et dans les cantons, un droit administratif de plus en plus attaché à respecter la dignité du justiciable, quel qu'il soit.

De son côté, le droit civil apporte à cette somme d'efforts une contribution qui n'est point négligeable, et qui a fait l'objet d'une partie des travaux de la 94<sup>e</sup> assemblée générale de la Société suisse des juristes, en 1960<sup>4</sup>.

L'article 27 du code civil, qui interdit de renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils ainsi que d'aliéner sa liberté dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs, l'article 20 du code des obligations, qui déclare nuls les contrats ayant pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs, les articles 28 CC et 41 à 61 CO, qui donnent à celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels une action en cessation de trouble et une action en dommages-intérêts, voire en paiement d'une réparation morale, de même que les normes spéciales dérivées des articles 28 et 41ss. précités<sup>5</sup>, ont une portée territoriale. Cependant, le juge suisse pourra tenir pour nul un acte juridique accompli valablement à l'étranger selon le droit étranger applicable à cet acte, mais qui contreviendrait aux articles 27 CC et 20 CO au point d'en devenir contraire à notre ordre public<sup>6</sup>.

---

82: protection absolue, dans le domaine sexuel, des «enfants» de moins de 16 ans, fussent-ils capables de se marier d'après leur loi d'origine (art. 191 ch. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> CP). Dans l'arrêt publié au RO 74 IV 199 (JdT 1949 IV 80), le TF a considéré comme des «habitants», au sens de l'art. 272 CP, des étrangers de passage dans le pays et a réprimé un service de renseignements politiques exercé à leur préjudice.

<sup>4</sup> V. les rapports de MM. GROSSEN et JÄGGI.

<sup>5</sup> Ainsi, les règles sur le droit moral de l'auteur à ce que l'œuvre ne soit pas déformée (cf. SCHNITZER, II p. 598), sur la concurrence déloyale, sur la réparation des dommages causés par les véhicules à moteur...

<sup>6</sup> Ce que le juge appréciera dans chaque cas particulier, en se montrant plutôt restrictif. Sur la réserve de l'ordre public en droit international privé suisse, v.: BECK, p. 73–83, ad art. 59 CC Tit. Fin. n. 67–93; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR-Allg. Einl., p. 38–50 n. 108–137; KNAPP, spéc. p. 96–108 et 198–202, et KUTTLER.

*II.* Dans un domaine particulier de la protection de la personnalité, la nationalité de la personne protégée joue un rôle : la *protection du nom*.

Article 29 CC :

«Celui dont le nom est contesté peut demander au juge la reconnaissance de son droit.

Celui qui est lésé par une usurpation de son nom peut intenter action pour la faire cesser, sans préjudice de tous dommages-intérêts en cas de faute et d'une indemnité à titre de réparation morale si cette indemnité est justifiée par la nature du tort éprouvé.»

Certes, tout étranger domicilié en Suisse peut-il en principe y intenter l'action de l'article 29 al.1<sup>er</sup> CC, en vertu des articles 2 et 32 LRDC, et tout étranger victime en Suisse d'une usurpation de nom peut-il y intenter l'action de l'article 29 al.2 CC, en vertu des règles de rattachement admises en matière d'actes illicites<sup>7</sup>. Mais le nom est un élément de l'état civil, que l'article 8 LRDC soumet à la législation et à la juridiction du lieu d'origine<sup>8</sup>. Le juge suisse n'est donc pas compétent pour déterminer le nom d'un étranger ; le demandeur devra d'abord prouver qu'il porte valablement, selon le droit de son pays, le nom qu'il entend faire protéger<sup>9</sup>. Cela diminue fort l'intérêt pratique que présente pour les étrangers l'article 29 al.1<sup>er</sup> CC.

L'article 29 CC s'applique au nom au sens strict du terme, à savoir au *nom patronymique* ou *de famille*. Les *titres de noblesse* sont inconnus en Suisse. Les autorités de l'état civil en refusent l'inscription dans les registres, même aux étrangers, en se fondant sur l'article 39 OEC. Les particules sont inscrites, mais en qualité d'élément du nom<sup>10</sup>. Néanmoins, l'étranger qui établit avoir le droit, en vertu de sa loi nationale, d'adjoindre à son nom un titre de noblesse bénéficie –

---

<sup>7</sup> Cf. SCHNITZER, II p. 674–677.

<sup>8</sup> En matière intercantonale, cela ressort de l'ATF Dedual, du 22 novembre 1934 ; RO 60 II 387 et JdT 1935 I 322.

<sup>9</sup> SCHNITZER, I p. 292.

<sup>10</sup> Fichier de la Commission internationale de l'état civil, fiche III : Suisse, p. 7 lettre C.



selon moi – pour ce dernier de la protection de l'article 29. Car l'ordre public suisse ne saurait être atteint par l'existence de titres étrangers, auxquels d'ailleurs ne sont souvent plus attachés de privilèges, même si ces titres sont considérés par nos offices de l'état civil comme des inscriptions ou mentions superflues.

L'article 29 protège aussi les *prénoms*. L'article 8 LRDC s'applique sans doute au droit au prénom. Or, il doit arriver qu'un enfant né à l'étranger reçoive à la naissance un prénom qui n'est point admis dans son pays d'origine. C'est ainsi que les offices suisses de l'état civil inscrivent tous les prénoms qui ne sont pas manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant ou de tiers (art. 69 OEC), sans s'occuper des autres restrictions qu'apportent certains systèmes juridiques au choix des prénoms, pour des motifs religieux, politiques ou esthétiques. A supposer que l'Etat national refuse de reconnaître un prénom inscrit à l'étranger, ce prénom ne pourra, à mon avis, être protégé en Suisse, si ce n'est éventuellement comme surnom.

En effet, selon la doctrine dominante<sup>11</sup>, à laquelle nous nous rallions, les *pseudonymes*, *surnoms personnels* ou *noms de guerre*, en usage essentiellement dans le monde des écrivains et des artistes, bénéficient également de la protection légale. De même, le *nom de religion*. Si le demandeur entend user de son pseudonyme dans notre pays, le juge suisse, en vertu de l'article 29 CC, tranchera selon le droit suisse aussi bien la question du droit au pseudonyme que celle de la protection requise. L'article 8 LRDC est ici hors de cause: le pseudonyme est bien un attribut de la personne, mais il ne fait pas partie de l'état civil.

Enfin, la protection de l'article 29 CC, conjointement avec celle de la LF sur la concurrence déloyale, s'étend au *nom commercial* (*Geschäftsbezeichnung*). On peut définir le nom commercial comme une désignation qui, sans être nécessairement un élément ni un complément de la raison de commerce

---

<sup>11</sup> EGGER, p. 274–275, ad art. 29 CC, n. 11 ; SCHNITZER, I p. 294.

inscrite, est employée communément par chacun afin de reconnaître et de distinguer une entreprise, et par cette entreprise elle-même pour se faire reconnaître, par exemple, dans sa publicité, sur son papier à lettres ou sur son enseigne<sup>12</sup>. En vertu de l'article 8 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, du 20 mars 1883<sup>13</sup>:

«Le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce.»

En accord avec une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a jugé que seule la loi du pays dont la protection est requise dit si l'on est en présence d'un nom commercial et détermine l'étendue et le mode de cette protection, quelles que soient la nationalité du demandeur et les règles en vigueur dans le pays où la propriété du nom commercial a été acquise<sup>14</sup>. En Suisse, la protection ne s'étend qu'à la région dans laquelle l'entreprise exerce son activité, et l'étranger, même ressortissant d'un Etat unioniste, qui n'est pas inscrit au registre suisse du commerce a droit à la seule protection que le droit suisse accorde aux noms commerciaux non inscrits<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> ATF Keller, du 24 mai 1938; RO 64 II 244, v. cons. 3 p. 249, et JdT 1938 I 628. – En Suisse, le nom commercial se confond, pratiquement, avec la raison de commerce. Cf. POINTET, PIERRE JEAN, La protection internationale du nom commercial notoire, Mémoires de l'Université de Neuchâtel, tome 28, 1960, p. 251 ss., et JATON, MICHEL, La protection des marques de haute renommée au regard du droit suisse, thèse, Lausanne 1961, p. 80 ss.

<sup>13</sup> Révisée en dernier lieu à Lisbonne, le 31 octobre 1958; ROLF 1963 p. 119. V. aussi les art. 9 et 10.

<sup>14</sup> ATF Boulevard Actualités S.A. et consorts c. Cinéac Lausanne S.A., du 28 mars 1950; RO 76 II 77, v. cons. 3 p. 82 et 5 p. 91.

<sup>15</sup> Sur le nom commercial dans les relations internationales, v. encore les ATF: a) Interchemical Corporation c. Interchemie A.G., du 7 juillet 1953; RO 79 II 305, v. cons. 3 p. 314, et JdT 1954 I 248; b) Elin GmbH c. Elin-Union A.G., du 6 octobre 1964; RO 90 II 315 et JdT 1965 I 634 (résumé); c) VEB Carl Zeiss Jena c. Firma Carl Zeiss Heidenheim, du 30 mars 1965; RO 91 II 117 et JdT 1965 I 635 (résumé).



*L'orthographe* du nom de l'étranger inscrit dans les registres suisses de l'état civil sera identique à celle qui ressort des actes de l'état civil de son pays d'origine, ou s'en rapprochera le plus possible s'il n'existe pas d'équivalence absolue entre les alphabets. Une faute d'orthographe qui serait signalée par l'autorité étrangère pourrait, à défaut d'opposition, être rectifiée en Suisse par la voie administrative, conformément à l'article 45 al. 2 CC<sup>16</sup>. Un étranger ne saurait modifier l'orthographe de son nom, afin d'en éliminer ou d'en atténuer la consonnance étrangère<sup>17</sup>, à moins de recourir à l'*action en changement de nom*. Cette action ressortit au droit et à la juridiction du pays d'origine (art. 30 CC et 8 LRDC).

## Chapitre IV

### *Les personnes morales*

I. Nous avons parlé jusqu'ici du statut des personnes physiques, encore qu'un ou deux arrêts cités aient été rendus dans des causes qui concernaient les personnes morales<sup>1</sup>.

En Suisse et en Europe continentale, la doctrine dominante attribue à la personne morale la *nationalité* de l'Etat où elle a son siège. Règle générale, le siège est celui que désigne les statuts. Exceptionnellement, si le siège statutaire est fictif, la société sera rattachée à son siège réel, c'est-à-dire au centre principal de son administration; en cas de

---

<sup>16</sup> V. dans CLUNET, 1929 p. 100, un cas de ce genre, dans les relations franco-polonaises. – L'action (judiciaire) en rectification de l'état civil de l'art. 45 al. 1<sup>er</sup> CC est aussi ouverte aux étrangers, à la condition qu'elle ne dissimule pas une action d'état; cf. JAKES, p. 158–191, et TC vaudois du 23 juin 1943, Bonnet, JdT 1943 III 55.

<sup>17</sup> Cela, même après avoir acquis la nationalité suisse: THILO, JdT 1950 I 350 et 1952 I 192.

<sup>1</sup> Personnes physiques et personnes morales ou juridiques: je n'ai pas voulu, dans cette brève étude consacrée au statut des étrangers et non au droit privé de la Suisse, m'écarter de la terminologie classique, dont use le code civil lui-même. Qu'on n'en conclue pas que j'adhère à la théorie de la fiction. Je préférerais parler de personnes individuelles et de personnes collectives.

doute, le lieu de la principale exploitation pourra peser dans la balance, à titre subsidiaire. Est fictif, selon le Tribunal fédéral, le siège «sans rapport avec la réalité des choses et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité». Il aurait été préférable de dire: «...aux lois du pays où la personne a en fait le centre de son administration», car, dans le même arrêt<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral se réfère bien à ce point-là de rattachement.

Ni la nationalité des membres ni, en principe, le lieu où s'exerce l'activité sociale n'influent donc, en droit international privé suisse, sur la nationalité de la collectivité. S'il arrive au Conseil fédéral de refuser la protection diplomatique à des personnes morales qui ont leur siège en Suisse mais dont les intérêts n'ont pas leur «centre de gravité» dans notre pays<sup>3</sup>, ces personnes n'en demeurent pas moins suisses du point de vue du droit civil.

D'autre part, il n'est pas possible de créer, en vertu des seules règles du droit interne, des personnes morales internationales. Des organismes de ce genre ne sauraient naître que de conventions entre Etats, dérogeant au droit civil des contractants<sup>4</sup>. Plusieurs organisations internationales doivent à des conventions d'être reconnues en Suisse comme des personnes juridiques<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Vernet et consorts c. TC vaudois et Soccom S.A., du 9 mai 1950; RO 76 I 150, v. cons. 3 p. 159, et JdT 1951 I 601 (résumé).

<sup>3</sup> Décision du CF du 4 janvier 1950, JAA 1948-1950 p. 11 N° 2. Il s'agissait d'une société anonyme dont les 3/4 des actions appartenaient à un ressortissant français et liechtensteinois, avec prédominance des attaches avec la France, sans que pourtant le siège suisse (Glaris) dût être qualifié de fictif.

<sup>4</sup> V. un rapport du 24 juin 1959 du DFJP, JAA 1959/1960 p. 90 N° 42, et les auteurs cités.

<sup>5</sup> Exemples: a) Banque des règlements internationaux, conv. de 1930, RS 11 p. 537, cf. ROLF 1963 p. 24; b) Fonds agraire, 1931, RS 11 p. 541; c) Banque internationale pour la reconstruction et le développement, 1951, ROLF 1952 p. 142, cf. 1958 p. 519; d) «Eurofima», 1955, ROLF 1959 p. 627; e) Eurochemie, 1957, ROLF 1959 p. 923; f) Organisation européenne de recherches spatiales, 1962,

SCHNITZER et des auteurs toujours plus nombreux<sup>6</sup> voudraient, à l'instar du droit anglo-saxon, rattacher la personne morale étrangère au système juridique du pays dont elle tient son statut (Inkorporations-, Gründungs ou Verleihungstheorie) et non du pays où elle a son siège (Sitztheorie). Leurs arguments ne laissent pas d'être convaincants, en théorie. Toutefois, le régime actuel est si bien implanté en Suisse et chez ses voisins qu'il serait difficile et même peu souhaitable de le changer: mieux vaut une construction quelque peu illogique, mais éprouvée, qu'une nouveauté, théoriquement irréprochable mais qui bouleverse les habitudes. D'ailleurs, l'intérêt pratique d'une révolution serait faible, parce que la plupart des Etats n'érigent une organisation en personne morale que lorsqu'elle a son siège dans le pays. SCHNITZER cite l'exception que constituent les articles 23 et 80 BGB: l'autorité compétente peut conférer la personnalité du droit allemand à des associations et des fondations ayant leur siège à l'étranger. Il est vrai que, selon la pratique actuelle, une personne morale «allemande» avec siège en Suisse serait considérée chez nous comme suisse et que, si une telle société avait son siège dans un Etat tiers, la Suisse lui appliquerait le droit du siège, sauf si ce droit renvoyait à la loi allemande. Cette double appartenance, qui n'est évitable qu'au moyen d'un traité international, pourrait être la source de difficultés, mais la réalisation de ce risque nous paraît fort hypothétique.

*II.* Selon une pratique ancienne et bien établie<sup>7</sup>, la corporation et l'établissement étrangers auxquels le droit natio-

---

ROLF 1966 p. 1292. – V. aussi les AF du 29 septembre 1955, sur le statut juridique de l'ONU, d'institutions spécialisées de l'ONU et d'autres organisations internationales (ROLF 1956 p. 1141), et du 30 septembre 1955, autorisant le CF à modifier les accords existants et à en conclure d'autres (ROLF 1956 p. 1216).

<sup>6</sup> SCHNITZER, I p. 311 ss.

<sup>7</sup> BOREL, 1918, p. 1076/1077. – ATF Instant Index Corporation c. TC vaudois, du 12 juillet 1934; RO 60 I 220, v. cons. 4 p. 225/226, et JdT 1935 I 249.

nal – public<sup>8</sup> ou privé – accorde la personnalité juridique jouissent des droits civils en Suisse également, et cela *de plano*. Le principe de cette *reconnaissance* n'est pas discuté, mais les auteurs se sont demandé si elle devait être inconditionnelle<sup>9</sup>.

La condition de la réciprocité est généralement rejetée par la doctrine.

De même, ce serait montrer, à mon sens, un particularisme excessif que de reconnaître uniquement les personnes morales d'un type connu du droit suisse. A juste titre, la reconnaissance des sociétés allemandes à responsabilité limitée n'a-t-elle jamais soulevé d'objections, à l'époque où notre code ignorait cette forme de société commerciale. Aussi ne vois-je pas pour quels motifs l'établissement (Anstalt) du Liechtenstein ne serait point reconnu en Suisse, ainsi que le trust (Treuunternehmen, un peu analogue au trust anglo-saxon) du même droit. D'aucuns, comme STEINER, insistent sur le fait que les gens qui recourent à ces deux institutions le font parfois pour tourner la loi. Mais on en peut dire autant de beaucoup d'autres institutions, de la société anonyme par exemple. Dans le considérant 6 d'un jugement du 20 janvier 1956, le Tribunal de district de Horgen<sup>10</sup> a reconnu la personnalité juridique à un trust liechtensteinois, qui la possédait en vertu de sa loi nationale<sup>11</sup>. Au vrai, s'agissant d'une débitrice qui avait transféré ses biens au trust afin de frustrer ses créanciers, le juge a-t-il finalement déclaré l'opération nulle, parce que contraire à la bonne foi et à l'ordre public (cons.10), mais ce sont là des questions distinctes de celle que tranche – justement, à mon avis – le considérant 6<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> ATF Karrer & Cie A.G. c. Narodowy Bank Polski, du 10 mai 1950; RO 76 III 60, v. cons. 2 p. 62–63.

<sup>9</sup> SCHNITZER, Ip. 318–321.

<sup>10</sup> SJZ 54/1958 p. 21 N° 3.

<sup>11</sup> Ce qui n'est pas toujours le cas: on peut créer des trusts avec ou sans personnalité.

<sup>12</sup> Dans le même sens, SCHNITZER, Trust und Stiftung, p. 214/215.

Nous pensons en outre qu'il faut accorder, en Suisse, aux personnes morales étrangères la jouissance des droits civils dans la mesure où la loi nationale la leur accorde. Tel ne semble cependant pas être l'opinion dominante, qui tend à limiter la jouissance des droits civils d'une personne morale étrangère aux droits que le droit suisse confère à l'institution indigène correspondante<sup>13</sup>. Dans notre système (cf. al. 2 et 3 ci-dessus), cette restriction est choquante. En effet, pourquoi limiter la jouissance des droits civils d'une personne étrangère dont la forme correspond, plus ou moins, à celle d'une institution suisse et ne pas la limiter dans le cas d'une institution étrangère *sui generis*? Pour notre compte, nous ne voyons pas d'inconvénient à considérer la société en nom collectif et la société en commandite françaises comme des personnes juridiques, alors que les sociétés suisses correspondantes ne jouissent que d'une personnalité réduite (art. 562 et 602 CO). C'est, au contraire, une discordance entre le statut national et le statut international qui nous paraîtrait fâcheuse, dans un domaine important pour la vie des affaires.

Dans un esprit de collaboration internationale, nous sommes donc partisan de la reconnaissance inconditionnelle des personnes morales étrangères, sous la réserve – toujours sous-entendue – de la sauvegarde de l'ordre public<sup>14</sup>. Cela n'implique évidemment pas qu'il faille approuver tous les actes juridiques de ces collectivités.

---

<sup>13</sup> SCHNITZER, I p. 320. Dans le même sens, l'art. 1748 al. 1<sup>er</sup> de l'avant-projet de CC de 1905; cf. BOREL, 1918, p. 1075. V. aussi LUCHSINGER, p. 15, et VON WALDKIRCH, p. 75; ce dernier auteur justifie la restriction par la réserve de l'ordre public; dans ce domaine-là, la dite réserve ne saurait permettre d'ériger la restriction en règle générale, mais seulement de justifier des restrictions exceptionnelles dans certains cas particuliers.

<sup>14</sup> Art. 52 al. 3 CO:

«Les sociétés et les établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité.»



*III.* Quand il est établi qu'une personne morale étrangère a pris naissance et subsiste en vertu du droit du pays où elle a son siège, cette personne jouit donc en Suisse des droits civils dans la mesure où sa loi nationale lui accorde cette jouissance; mais au maximum dans le cadre de l'article 53 CC, qui s'exprime en ces termes:

«Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme<sup>15</sup>, telles que le sexe, l'âge ou la parenté.»

Parmi les institutions «inséparables des conditions naturelles de l'homme», il faut ranger le domicile proprement dit, remplacé pour les personnes morales par le siège. Lorsqu'on parle néanmoins du domicile d'une personne morale<sup>16</sup>, il faut entendre par là le lieu dont le droit détermine le statut de l'intéressée.

En revanche, les dispositions légales sur la protection de la personnalité, en particulier du nom, sont applicables aux personnes morales comme aux personnes physiques<sup>17</sup>.

L'exercice des droits civils des personnes morales est régi, selon la pratique suisse, uniquement par la loi nationale. L'article 7b LRDC ne concerne que les personnes physiques<sup>18</sup>. Par conséquent, une société anglaise ne pourra s'engager en Suisse «ultra vires», c'est-à-dire en dehors de ce qui tend à atteindre le but statutaire, alors même que le droit suisse n'impose pas cette limite à ses propres sociétés.

La question de l'exercice des droits civils est liée à celle de la représentation, qui dépend, elle aussi, de la loi nationale.

On s'est demandé si l'assimilation aux personnes physiques devait aller jusqu'à faire bénéficier les personnes morales étrangères des clauses d'établissement de traités d'amitié conclus en faveur des «ressortissants», «citoyens»

---

<sup>15</sup> Considéré comme individu (note de l'auteur).

<sup>16</sup> Ainsi, l'arrêt Vernet, déjà cité; v. p. 523 n. 2.

<sup>17</sup> EGGER, p. 362–365, ad art. 53 CC n. 7–15. – V. plus haut p. 517.

<sup>18</sup> V. p. 489. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, p. 52, Allg. Einl. n. 146, cite toutefois des avis divergents.

et «sujets» des Hautes parties contractantes. Dans l'arrêt *Instant Index Corporation*, de 1934<sup>19</sup>, le Tribunal fédéral a laissé la question indécise. En revanche, dans un rapport du 28 juin 1963, le Département politique fédéral déclare que, depuis 1927, «la pratique suisse a constamment admis... que les termes «citoyen» ou «ressortissant» utilisés dans les traités d'établissement désignaient également les personnes morales»<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Déjà cité, v. p. 524 n. 7.

<sup>20</sup> JAA 1962/1963 p. 9 N° 1.



## Titre II

## DROIT DE LA FAMILLE

*Chapitre premier**Les fiançailles*

Le code civil suisse (art. 90 à 95) appelle fiançailles (Verlöbnis) l'engagement mutuel – qu'il ne soumet à aucune prescription de forme – de contracter mariage. C'est, comme le mariage lui-même, un contrat ressortissant au droit de la famille<sup>1</sup>.

Les fiançailles obéissent aux normes suivantes, communément considérées comme d'ordre public : il n'est de fiançailles valables qu'entre personnes capables de se marier et ayant l'exercice des droits civils ; le mineur et l'interdit capables de se marier peuvent se fiancer avec l'autorisation de leur représentant légal, mais ils ne sauraient être représentés par ce dernier, car les fiançailles sont un acte purement personnel. Les fiançailles d'étrangers seront, quant au *fond*, reconnues en Suisse à la double condition que les règles ci-dessus soient respectées et que le droit national de chacune des parties admette la validité de leur engagement. La capacité de se marier<sup>2</sup> et l'exercice des droits civils<sup>3</sup> sont, pour chacun des fiancés, régis par leur loi nationale.

Les fiançailles sont soumises, quant à la *forme*, à la loi du lieu de la conclusion. Il arrive que des fiançailles conclues à l'étranger, nulles à cet égard selon le droit local, se trouvent validées expressément, tacitement ou par actes concludants après l'arrivée des intéressés en Suisse, puisque notre droit ne soumet à aucune forme ce contrat du droit de famille.

---

<sup>1</sup> BECK, p. 176, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 c LRDC n. 73 ; SCHNITZER, I p. 334 ; GÖTZ, p. 22, ad art. 90 CC n. 2–4.

<sup>2</sup> Art. 7 c al. 1 LRDC.

<sup>3</sup> Art. 7 b al. 2 LRDC, cf. p. 503.

En ce qui concerne les *effets* des fiançailles, la loi suisse n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse et les peines conventionnelles stipulées à cette fin sont nulles (art. 91 CC). Des dispositions contraires d'un droit étranger seraient inopérantes en Suisse, parce que contraires à l'ordre public. L'influence des fiançailles des parents sur le statut de l'enfant illégitime relève du droit de la filiation; l'influence des fiançailles sur la vocation successorale du fiancé survivant, du droit des successions.

La question du droit applicable aux *effets de la rupture* des fiançailles est délicate. Selon le code civil suisse, chaque fiancé est en droit, en cas de rupture, de réclamer à l'autre les cadeaux qu'il lui a faits (art. 94); le fautif doit des dommages-intérêts et, dans certains cas, une indemnité pour tort moral (art. 92 et 93). Considérant que ces dispositions se rapprochent de celles du code des obligations relatives aux effets de l'inexécution des contrats, BECK<sup>4</sup> et SCHNITZER<sup>5</sup> proposent d'appliquer à la rupture de fiançailles les mêmes règles de rattachement qu'à l'inexécution des contrats. Mais ces auteurs diffèrent dans le résultat: BECK veut appliquer le droit du lieu où devait s'effectuer l'exécution de l'engagement, donc le mariage, ce lieu étant censé se trouver, par exemple, au domicile commun des parties ou éventuellement à l'endroit où elles entendaient avoir leur premier domicile conjugal, tandis que SCHNITZER applique le droit du domicile de l'obligé. Cette opinion-ci présente l'avantage d'apporter une solution claire, même dans les cas où il est impossible de déterminer où les fiancés entendaient se marier et s'établir<sup>6</sup>. En outre, elle est conforme au récent développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de rattachement et de contrats<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> p. 177, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 c LRDC n. 76.

<sup>5</sup> I p. 335.

<sup>6</sup> Dans la cause jugée le 19 octobre 1938 par l'ObG de Lucerne selon le critère du lieu de l'exécution, les ex-fiancés – l'un, italien et l'autre, allemande – étaient, heureusement pour le juge, domiciliés en Suisse et même à Lucerne (SJZ 36/1939 + 1940 p. 219 N° 150).

<sup>7</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR-Allg. Einl. p. 88–91 n. 236–242.

Dans la ligne de cette jurisprudence, rien ne s'oppose, à mon sens, à ce que les fiancés choisissent d'un commun accord le droit selon lequel ils désirent faire trancher leur différend. Au vrai, il serait bien extraordinaire que les conséquences juridiques d'une rupture occupent leur esprit au moment où ils échangent de tendres promesses, mais, selon le Tribunal fédéral<sup>8</sup>, l'élection de droit peut intervenir après la naissance du conflit et jusqu'au cours de l'instance.

En l'absence d'une disposition contraire de la LRDC, l'action fondée sur une rupture de fiançailles sera portée au for du domicile (art. 2 al. 1 et 32 de la loi), soit du domicile du défendeur<sup>9</sup>.

## *Chapitre II*

### *La célébration en Suisse du mariage d'étrangers*

Nous traitons sous ce titre aussi bien du mariage de deux étrangers entre eux que du cas où l'un des fiancés est suisse et l'autre, étranger.

#### *A. Dispositions internes*

##### Article 7c LRDC:

«La validité d'un mariage célébré entre deux personnes dont l'une ou toutes les deux sont étrangères est régie pour chacune d'elle par sa loi nationale.

Les formes à suivre pour la célébration d'un mariage en Suisse sont celles de la loi suisse.»

---

<sup>8</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR Allg. Einl. p. 76 n. 211. Après la parution du commentaire, le TF a publié l'arrêt Adès c. Internationale Filmvertriebsanstalt, du 23 mars 1965, RO 91 II 44 et JdT 1965 I 565, où il a ratifié toute élection de droit fondée sur un intérêt raisonnable à l'application du droit choisi. V. aussi LACHENAL, p. 93–102, ainsi que les arrêts Pawlata c. Steidle, du 18 mai 1965, RO 91 II 248 et JdT 1966 I 188, et Thorwart, du 5 octobre 1965, RO 91 II 442 et JdT 1966 I 337.

<sup>9</sup> SCHNITZER, II p. 813.

### Article 7<sup>e</sup> LRDC :

« L'étranger qui habite la Suisse et qui veut s'y marier requiert les publications nécessaires de l'officier de l'état civil de son domicile, après avoir reçu du gouvernement du canton où il est domicilié l'autorisation de faire publier<sup>1</sup> son mariage.

Cette autorisation ne peut être refusée lorsque l'Etat d'origine déclare qu'il reconnaîtra le mariage de son ressortissant et tous les effets de ce mariage; elle peut être accordée même à défaut d'une pareille déclaration.

La célébration du mariage d'un étranger non domicilié en Suisse peut avoir lieu en vertu d'une autorisation du gouvernement du canton où il doit y être procédé, s'il résulte d'une déclaration de l'Etat d'origine ou s'il est établi d'une autre manière que le mariage, avec tous ses effets, sera reconnu dans cet Etat.»

L'autorisation du canton est requise du fiancé étranger mais non de la fiancée étrangère (art. 168 al. 1<sup>er</sup> et 170 OEC)<sup>2</sup>. La preuve que l'état d'origine reconnaîtra le mariage est requise des deux fiancés.

La *ratio* des articles 7c et 7e LRDC est d'éviter les conflits de droit international. Il ne faut pas que des gens célèbrent leur mariage en Suisse mais ne soient pas considérés comme mariés dans leur pays d'origine. Il en découlent deux conséquences importantes :

a) Les autorités suisses apprécieront la validité du futur mariage en se mettant à la place de l'autorité du pays ou des pays d'origine : si une loi nationale renvoie à la loi du domicile ou à celle du lieu de la célébration, elles respecteront ce renvoi<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Recte : de faire *célébrer*.

<sup>2</sup> Götz, p. 141, ad art. 105 CC n. 21 ; LALIVE, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1961 p. 399. Dans l'arrêt Kölliker c. Görges, du 23 octobre 1947 (RO 73 I 330, v. cons. 1 in fine p. 332, et JdT 1948 I 174), le TF semble restreindre cette dispense aux cas où le fiancé est suisse, ce qui ne nous paraît pas logique ; pourtant, dans le même sens : BECK, p. 159, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7c LRDC n. 19, et Commission internationale de l'état civil, fiche X Suisse p. 48.

<sup>3</sup> Dans ce sens : KNAPP, JdT 1949 p. 424/425 ch. I et 429 ch. III ; SECRÉTAN, p. 35/39 ; BECK, p. 163, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7c LRDC n. 34. Cf. l'ATF Huwyler c. Schneider, du 19 janvier 1934 ; RO 60 II 1, v. cons. 1 p. 6/7, et JdT 1934 I 579.

b) Il faudra des circonstances très exceptionnelles pour que le mariage soit refusé alors que les fiancés prouvent que leur pays reconnaîtra leur union ou pour que le mariage soit célébré alors qu'il est certain ou possible que le ou les pays d'origine ne la reconnaîtront pas (voir plus loin au chapitre III).

Appliqué de cette manière, notre droit international privé est certainement apte à réduire au minimum le nombre des conflits de droit international qui pourraient survenir, en matière de mariage, sur des questions de *fond*.

La situation est moins satisfaisante en ce qui touche les questions de *forme*.

Le seul genre de mariage autorisé en Suisse, pour nationaux et étrangers, est la célébration devant l'officier de l'état civil, selon les articles 105 à 119 CC et 148 à 180 (cf. 182 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 et al. 2) OEC. Le mariage religieux ne produit pas d'effets d'état civil et ne peut avoir lieu qu'après le mariage civil (art. 118 al. 2 CC). Les diplomates et consuls étrangers ne sont pas autorisés à célébrer des mariages sur le territoire de la Confédération<sup>4</sup>.

Selon la majorité des auteurs<sup>5</sup>, l'article 7c al. 2 LRDC est une norme impérative, à l'égard de tous les fiancés: les mariages religieux et les mariages devant un agent diplomatique ou consulaire, célébrés en Suisse, sont radicalement nuls dans notre pays. D'autres, comme SECRÉTAN<sup>6</sup>, voudraient que, lorsque le ou les Etats d'origine des fiancés reconnaissent la validité de ces unions, la Suisse la reconnaisse aussi, quitte à ce qu'elle prenne contre les contrevenants les sanctions pénales prévues par la loi. Cette solution, qui n'est pas insoutenable à la seule lumière des textes

---

<sup>4</sup> Commission internationale de l'état civil, fiche IX Suisse p. 7; v. les décisions récentes du DPF des 26 mai 1961 (JAA 1961 p. 76 N° 43) et 17 avril 1962 (JAA 1962/1963 p. 86 N° 42).

<sup>5</sup> Ainsi, SCHNITZER, I p. 353 c, et BECK, p. 178–180, ad art. 59 CC Tit-Fin. et 7c LRDC n. 80–87. Idem, la décision du DPF dans la JAA 1961 p. 76.

<sup>6</sup> P. 49–52.

légaux, me paraît indésirable en pratique. Non seulement elle ouvrirait une brèche dans le principe de la laïcité de l'état civil, mais encore elle ne permettrait plus à nos autorités de contrôler les mariages d'étrangers célébrés en Suisse. Il n'en reste pas moins qu'on en arrive ainsi à créer, au vrai pour des motifs d'ordre public qu'encore une fois j'approuve, un état regrettable: des gens, considérés dans leur pays comme mariés, seront réputés en Suisse ne pas l'être.

J'éprouve des scrupules plus grands à l'égard de la solution donnée par la jurisprudence au problème inverse, celui de la validité des mariages célébrés en Suisse entre des ressortissants d'Etats qui tiennent ce genre de mariage pour nul. Dans ce domaine, notre ordre public me paraît moins menacé. Or, dans un arrêt *Angel c. MP* du canton de Lucerne, du 29 mars 1950<sup>7</sup>, la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, ayant à se prononcer préjudiciellement sur la validité d'un mariage célébré en Suisse entre un Grec et une Suisse, a posé en substance les principes suivants:

a) L'article 7c al. 1er LRDC ne s'applique qu'aux conditions de *fond* du mariage, c'est-à-dire à la capacité de contracter mariage et aux empêchements.

b) Quant à la *forme* du mariage, l'article 7c al. 2 ordonne qu'on observe la loi suisse. Cela signifie non seulement qu'un mariage célébré en Suisse sous une autre forme est nul mais encore que tout mariage célébré en Suisse selon la forme prescrite, entre fiancés étrangers qui répondent aux conditions de fond, est valable. Peu importe que l'Etat d'origine reconnaisse ou ne reconnaisse pas l'union ainsi célébrée, par exemple parce que cet Etat ne connaît, en général ou pour cette catégorie de fiancés, que le mariage religieux.

L'arrêt *Angel* s'appuie sur la majorité des auteurs. Seuls, à ma connaissance, BECK et SECRÉTAN<sup>8</sup> sont d'un autre avis. Pourtant, est-il juste de créer délibérément en Suisse des

---

<sup>7</sup> RO 76 IV 109, v. cons. 3 p. 114, et JdT 1950 IV 137.

<sup>8</sup> BECK, p. 260, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7f LRDC n. 151, estime l'action en nullité ouverte contre un tel mariage, lorsqu'il s'avère



mariages boiteux, valables ici et nuls ailleurs ? Certes l'autorité cantonale devrait-elle exiger, dans des cas de ce genre, que les fiancés s'engagent à sceller leur union, après le mariage civil, par une cérémonie religieuse conforme à leur loi nationale<sup>9</sup>. Mais certains justiciables négligeront de le faire... J'en viens donc, non pas à tenir avec SECRÉTAN l'article 7 c al.2 LRDC pour une simple règle d'ordre, mais à me demander si la doctrine ecclésiastique n'est pas exacte, qui considère le choix entre le mariage civil et le mariage religieux comme relevant du fond et non de la forme. Il en résulterait que les ressortissants des Etats qui ignorent le mariage civil<sup>10</sup> ne pourraient plus se marier en Suisse. Serait-ce vraiment, dans la plus grande partie des cas, contraire à l'ordre public suisse ? Il leur resterait, sauf dans des circonstances exceptionnelles, la faculté de se marier dans leur pays ou dans les Etats qui connaissent – soit à titre exclusif soit à titre facultatif<sup>10bis</sup>, le mariage religieux. Dans l'arrêt Angel, la Cour de cassation relève que cela serait contraire à l'article 54 de la Constitution fédérale, «qui place le droit au mariage sous la protection de la Confédération.» Mais, selon la doctrine dominante<sup>11</sup>, la Cour de droit public et la Cour civile du Tribunal fédéral<sup>12</sup>, l'article 54 al 1<sup>er</sup> et 3 Const. ne régit plus directement la validité des mariages

---

que l'Etat d'origine ne le reconnaît pas. SECRÉTAN, p. 49–52, voit dans l'art. 7 c. al. 2 une règle d'ordre et non une règle de validité.

<sup>9</sup> Cf. BECK, p. 179, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 c LRDC n. 86; GÖTZ, p. 200, ad art. 113 CC n. 4, et p. 235/236, ad art. 118 CC n. 7.

<sup>10</sup> Grèce, pour les orthodoxes, Espagne pour les catholiques, Liechtenstein pour les catholiques, Israël selon le statut religieux des fiancés, Irak et la province de Québec (Canada).

<sup>10bis</sup> En Italie, depuis les accords de Latran de 1929, le mariage religieux est facultatif. L'Italie reconnaît les mariages civils célébrés en Suisse. Cf. SJZ 47/1951 p. 64, communication SILBERROTH.

<sup>11</sup> V. BECK, p. 220, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 f LRDC n. 9 et 10.

<sup>12</sup> a) Slubicki c. Direction de police du canton de Berne, du 2 mars 1942; RO 68 I 73, v. cons. 2 p. 79, et JdT 1942 I 428. b) Caliaro et Wydler c. CE du canton d'Argovie, du 11 novembre 1954; RO 80 I 427 et JdT 1955 I 568 (résumé).

depuis que la législation fédérale a réglé cette matière; il est en tout cas inapplicable quand il s'agit de résoudre des conflits de droit international. En définitive, sous la réserve de l'ordre public lorsque l'application de la norme reviendrait à rendre impossible une union d'ailleurs admissible, j'estime que le mariage serait mieux protégé par une règle qui en assurerait la reconnaissance dans l'Etat d'origine que par le libéralisme actuel.

*B. Convention de la Haye, du 12 juin 1902, pour régler les conflits de lois en matière de mariage*<sup>13</sup>

Cette convention lie encore l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et la Suisse. Elle s'applique aux mariages célébrés, depuis son entrée en vigueur<sup>14</sup>, sur le territoire européen des Etats contractants<sup>15</sup>, entre personnes dont l'une au moins est ressortissante<sup>16</sup> d'un de ces Etats (art. 8 et 9). La nationalité qui importe est celle des fiancés immédiatement avant le mariage.

En ce qui concerne la célébration du mariage des étrangers en Suisse, la convention déroge à notre droit interne essentiellement en ceci :

Comme le droit interne, la convention règle le droit de contracter mariage des futurs époux selon leur loi nationale (art. 1<sup>er</sup>). Toutefois, elle restreint, à l'article 2, la faculté de l'Etat où a lieu la célébration de refuser de marier des fiancés qui y seraient autorisés par l'article premier, mais dont il jugerait l'union contraire à son ordre public. Les seuls motifs de refus qu'on puisse tirer de la *lex fori* à l'en-

---

<sup>13</sup> RS 11 p. 743. Cf. ROLF 1959 p. 28 (dénonciation par la Suède).

<sup>14</sup> Pour la Suisse, le 15 septembre 1905.

<sup>15</sup> Le mariage célébré dans une ambassade ou un consulat suisses n'est pas censé être célébré sur le territoire de la Confédération (BECK, p. 312, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 8 Conv. n. 3-4).

<sup>16</sup> ...des territoires européens, v. SECRÉTAN, p. 68.

contre de la loi nationale sont, selon l'article 2 al. 1<sup>er</sup> de la convention :

1. les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels la *lex fori* prohibe le mariage sans possibilité de dispense (prohibition absolue, cf. art. 100 CC);

2. la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissous (n'existe pas en Suisse);

3. la prohibition absolue de se marier, édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles (n'existe pas en Suisse).

Le mariage qui viendrait à être célébré en Suisse entre des étrangers parents ou alliés à un degré prohibé selon le droit suisse, mais non prohibé par la loi nationale, serait inattaquable pour ce motif-là, en vertu de l'article 2 al. 2 de la convention, dans tous les Etats contractants.

En outre, la convention (art. 1<sup>er</sup> al. 3) laisse la Suisse libre de ne pas faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. Il ne saurait être question chez nous d'obstacle d'ordre religieux. En revanche, le remariage d'un Italien dont le conjoint étranger a divorcé se heurte dans notre pays à l'empêchement dû au mariage antérieur, l'Italie ne reconnaissant pas un tel divorce<sup>17</sup>.

Inversément, la loi du lieu de la célébration a la faculté de passer outre à une prohibition de la loi nationale qui serait fondée exclusivement sur des motifs d'ordre religieux (art. 3 al. 1<sup>er</sup> Conv.). Les autres Etats ne sont pas obligés de reconnaître comme valable un mariage célébré dans ces circonstances (art. 3 al. 2). Tombent sous le coup de cette disposition l'interdiction de se marier entre personnes de religion différente et l'interdiction du mariage des ecclésiastiques, tandis que l'interdiction de remariage consécutive à un divorce non reconnu tombe, elle, sous le coup de l'article 2 al. 3 Conv., comme on vient de le voir.

---

<sup>17</sup> V. p. 549 ss.

Si, comme je le suggère plus haut<sup>18</sup>, la Suisse refusait en principe de marier les ressortissants des Etats qui ne reconnaissent que le mariage religieux, elle devrait en rester à cette pratique à l'égard des nationaux d'Etats de cette catégorie qui viendraient à adhérer à la Convention, hypothèse d'ailleurs peu probable. En effet, en vertu de l'article 5 al 1<sup>er</sup> conv., «sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu». Mais l'alinéa 2, qui traite du mariage religieux avec les questions de forme, réserve le droit des pays dont la loi exige une célébration religieuse de ne pas reconnaître les mariages contractés par leurs ressortissants, à l'étranger, sans que cette prescription ait été observée.

Le mariage nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée (art. 7). Fondé sur cette disposition, le tribunal du district d'Andelfingen a déclaré inexistant, dans un jugement du 18 mai 1949, un mariage conclu entre un Allemand et une Suissesse en Roumanie, pendant la guerre, devant un tribunal de campagne (Feldgericht) de l'armée d'occupation allemande: seule, des trois législations en cause, la loi allemande connaissait cette forme-là de mariage<sup>19</sup>.

### *Chapitre III*

#### *La réserve de l'ordre public et la célébration en Suisse du mariage des étrangers*

La Convention de la Haye, on l'a vu<sup>1</sup>, limite à cinq – dont trois intéressent notre pays – les cas où la loi du lieu de la

---

<sup>18</sup> V.p. 535.

<sup>19</sup> SJZ 46/1950 p. 141 N° 55.

<sup>1</sup> V.p. 537.

célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses propres dispositions. Pour le surplus, la loi nationale règle seule les conditions de fond du mariage: âge; consentement du représentant légal; degré de parenté, si la loi du lieu de la célébration n'en fait pas un empêchement absolu; vices de la volonté; santé mentale et discernement<sup>2</sup>...

Si la faculté de se prévaloir de l'ordre public suisse est limitée pour un justiciable soumis au droit conventionnel, il est clair qu'elle l'est dans la même mesure pour un justiciable qui est soumis au droit international interne et qui se trouve dans la même situation de fait. Un Etat n'adhère pas à un accord international qu'il estime contraire à son ordre public<sup>3</sup>! En conséquence, nous étudierons plus spécialement en fonction de la convention de 1902 la réserve de l'ordre public en général.

Remarque préliminaire: gardons-nous d'attribuer à nos lois et coutumes une valeur transcendante, qui les rendraient toujours préférables à celles des autres peuples, quels que soient les problèmes qui leur sont propres, les conditions dans lesquelles ils vivent et les circonstances de la cause<sup>4</sup>. Vouloir tout régenter selon son éthique personnelle, ce n'est pas toujours se montrer généreux; mais parfois ignorant, voire borné et intolérant. C'est pourquoi il faut appliquer restrictivement la réserve de l'ordre public à l'encontre des législations étrangères. Rares sont les solutions du droit étranger qu'on puisse qualifier de contraires *en soi* à l'ordre public suisse<sup>5</sup>. Le plus souvent, le juge appréciera *dans chaque cas particulier* si l'importance du trouble que la loi étrangère apporte aux fondements de notre cité justifie que, nonobs-

---

<sup>2</sup> BECK, p. 273, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 1<sup>er</sup> Conv. n. 7.

<sup>3</sup> Dans le même sens, KNAPP, thèse p. 139, et SECRÉTAN, p. 99.

<sup>4</sup> Sur ce dernier point, v. KNAPP, Mélanges Guisan p. 203 et 204, et LALIVE, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1961 p. 391.

<sup>5</sup> Nous en avons vu cependant des exemples: v. p. 501 (capacité civile) et 509 (fin de la personnalité).

tant notre droit international privé, on n'applique point cette loi. Il existe donc des exceptions absolues, fondées sur l'ordre public, et des exceptions relatives.

*A. Exceptions prévues par la convention de la Haye*

a) Usant de la faculté que lui confère l'article 2 al. 1<sup>er</sup> ch. 1<sup>er</sup> Conv., la Suisse interdit de célébrer sur son territoire le mariage d'étrangers qui sont entre eux dans un lien de parenté ou d'alliance prohibé par l'article 100 CC<sup>6</sup>. A l'égard de fiancés parents en ligne directe ou frère et sœur, le refus d'appliquer la loi nationale – à supposer qu'il existe une loi étrangère qui autorise de telles unions – repose sur des motifs d'une valeur incontestable, d'ordre biologique et d'ordre social. Ces mêmes motifs inspirent l'article 213 CP, qui réprime l'inceste. Quant aux autres causes d'empêchement de l'article 100 CC, l'ordre public ne serait guère compromis, à mon sens, si tante et neveu, allié en ligne directe ou adoptant et adopté<sup>7</sup> étrangers venaient à se marier en Suisse, à la condition qu'aucun des deux fiancés ne soit suisse et que leur loi nationale autorise leur union. L'Allemagne et l'Autriche ne prohibent pas le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu.

Des dispositions de la loi nationale qui étendraient la prohibition absolue de mariage à des parents et alliés moins proches que ceux que mentionne l'article 100 CC seraient-elles de ce fait contraires à l'ordre public suisse? A cette question, qui ne présente qu'un intérêt théorique, il faut répondre non, pourvu que la prohibition en cause n'atteigne pas des personnes si éloignées les unes des autres qu'elle en devienne, dans le cas particulier, injustifiable.

b) En ce qui concerne la faculté que lui confère l'article 3 de la convention, la Suisse ne saurait en principe reconnaître une prohibition étrangère fondée sur des motifs ex-

---

<sup>6</sup> Götz, p. 94, ad art. 100 CC n. 14.

<sup>7</sup> Selon l'art. 129 CC, le mariage entre adoptant et adopté est interdit mais non pas nul.



clusivement religieux. Cela serait contraire à l'esprit de l'article 54 Cst., même si cette disposition ne régit plus que dans les grandes lignes l'institution du mariage. Du moins en est-il ainsi des étrangers *domiciliés* dans notre pays. Il serait choquant que ces habitants ne puissent se marier, uniquement parce qu'ils appartiennent à une certaine religion ou qu'ils ont embrassé la profession ecclésiastique, alors que nos ressortissants ne connaissent pas ces entraves. En revanche, nous n'avons aucune raison de marier, contre la loi de leur pays d'origine, des fiancés de passage, qui ne participent pas à la vie de notre communauté nationale<sup>8</sup>.

Il ne serait pas admissible de traiter comme l'empêchement religieux, par analogie, des empêchements de droit public tels que le défaut du consentement requis dans certains systèmes juridiques pour le mariage de fonctionnaires, de militaires<sup>9</sup> ou de membres de familles princières. Ces prohibitions n'étaient pas inconnues des Etats contractants. En 1928, la VI<sup>e</sup> Conférence de la Haye a proposé de compléter l'article 3 comme il suit:

«La règle de l'alinéa premier s'applique également aux prohibitions exclusivement fondées, soit sur des obligations militaires, soit sur le statut d'une maison princière.

L'Etat dont la loi établit les prohibitions, visées dans l'alinéa précédent, a le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.»

Les contractants n'ont pas agréé cette nouvelle.

c) L'empêchement dû à un mariage antérieur (art. 2 al. 3 Conv.) constitue en Suisse une cause absolue de prohibition de mariage, même si la loi nationale des fiancés autorise

---

<sup>8</sup> Dans le même sens, BECK, p. 293, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 3 Conv. n. 12 et 13; SCHNITZER, I p. 350 al. 1.

<sup>9</sup> La France a dénoncé la convention pour ce motif. Ne pas confondre ce genre d'empêchement avec le refus de délivrer le certificat de capacité de mariage aux citoyens qui ne sont pas en ordre avec leurs obligations militaires, tel que la France le pratique. Le refus n'empêche pas le mariage, qui est valable, si l'autorité du lieu de célébration passe outre. Cf. Götz, p. 170, ad art. 107 CC n. 21, et p. 152, ad art. 105 CC n. 29.

la polygamie (cf. art. 101 et 102 CC). La bigamie est d'ailleurs un crime, réprimé par l'article 215 CP.

### *B. Autres exceptions*

N'y en a-t-il vraiment point ? La convention de la Haye a-t-elle limité la zone d'influence de l'ordre public suisse aux trois domaines examinés sous lettres a, b et c ci-dessus ? La doctrine et la jurisprudence ont adopté une attitude plus souple.

a) A mon sens, la convention ne régit pas les institutions qui diffèrent par trop de celles que connaissaient, lors de l'adhésion de la Suisse, les Etats contractants.

Il en est ainsi du mariage posthume. Si on le conçoit comme un acte bilatéral, l'un des fiancés (le défunt) est réputé inexistant par notre droit. S'il s'agit seulement de conférer un statut au survivant, on n'est plus en présence d'un véritable mariage mais d'une institution *sui generis*. Dans les deux cas, les offices suisses de l'état civil refuseront leur concours<sup>10</sup>.

Il en irait de même du mariage d'un étranger privé de discernement, soit à cause de son âge décidément trop tendre soit à cause de son état mental<sup>11</sup>, ou d'un mariage décidé par des tiers à l'encontre de la volonté d'un fiancé. La Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, du 7 septembre 1956<sup>12</sup>, à laquelle la Suisse a adhéré, oblige d'ailleurs les Etats contractants à

---

<sup>10</sup> Cf. KNAPP, JdT 1949 I p. 425/426.

<sup>11</sup> Les Etats contractants n'autorisent ni le mariage de personnes privées de discernement, du moins quand leur infirmité touche à ce secteur de la vie, ni le mariage d'enfants en bas âge. C'est à bon droit que le TF a déclaré applicable en Suisse l'article 84 du code civil italien, qui fixe à 14 ans la majorité matrimoniale de la femme (Hohl et Maggi c. CE thurgovien, du 27 janvier 1949; RO 75 I 82 et JdT 1949 I 422). Cf. KNAPP, JdT 1949 Ip. 426-435; Götz, p. 169, ad art. 107 CC n. 19, fait des réserves sur cette jurisprudence.

<sup>12</sup> ROLF 1965 p. 138.

interdire toute institution ou pratique en vertu de laquelle une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contre-prestation en espèces ou en nature versée aux parents, au tuteur, à la famille ou à toute autre personne ou tout autre groupe de personnes (art. 1<sup>er</sup> lettres c/i; v. aussi l'art. 2).

Qu'en serait-il de l'empêchement de mariage qu'une loi étrangère fonderait sur le motif que les fiancés sont de race différente? Il faut, selon moi, résoudre le problème comme celui des empêchements d'ordre religieux<sup>13</sup>. Le droit étranger ne serait donc pas applicable, en principe, à des fiancés domiciliés en Suisse. Mais nous n'aurions pas, nous qui ne sommes responsables ni de l'organisation ni du gouvernement de l'Etat d'origine, à y porter atteinte en mariant des étrangers de passage dont la loi nationale interdit l'union. Mais encore faut-il, pour que l'empêchement soit respectable, qu'il ait un but plausible, comme de maintenir la pureté de deux groupes ethniques très différents. De ce point de vue, l'interdiction de mariage entre soi-disants aryens et prétendus sémites édictée par l'Allemagne hitlérienne apparaîtrait plutôt comme une brimade à l'égard d'une minorité persécutée<sup>14</sup>, dont il était fort discutable qu'elle constituât une race distincte de celle de la majorité.

Que penser enfin d'un Etat qui interdirait à ses ressortissants d'épouser des étrangers, quelles que soient la nationalité et la race de ces derniers<sup>15</sup>? Ici encore, je ne passerais outre à l'interdiction qu'en faveur des fiancés domiciliés en Suisse. A l'égard des habitants du pays d'origine, une telle loi peut être relativement justifiée. Lorsque, sans être interdit, le mariage des ressortissants avec des étrangers est sou-

---

<sup>13</sup> V. ci-dessus, p. 541.

<sup>14</sup> Cf. ATF Levita c. DFJP, du 14 juin 1946; RO 72 I 407, v. cons. 4 p. 413, et JdT 1947 I 110. Au vrai, cet arrêt concerne les lois nationales-socialistes sur la nationalité allemande et non sur le mariage.

<sup>15</sup> V. communication de PACHE, Eheverbot zwischen Sowjetstaatsangehörigen und Ausländern, SJZ 47/1951 p. 301.

mis à autorisation, le cas paraît assimilable à celui du mariage de certains fonctionnaires, militaires et membres de familles princières<sup>16</sup>. La Suisse devrait donc respecter l'empêchement dû au défaut d'autorisation, sauf, à mon avis, si l'autorité étrangère faussait le jeu de l'institution, en en usant systématiquement afin de brimer une catégorie de personnes.

b) On admet communément que le délai d'attente de trois cents jours imposé par l'article 103 CC à la veuve, à la femme divorcée et à celle dont le mariage a été déclaré nul est également applicable à la fiancée étrangère dont la loi nationale ignore ce genre d'empêchement. Il s'agit en effet d'une règle qui, d'une part, est importante en matière de filiation et, d'autre part, n'oppose pas au mariage un obstacle prohibitif.

Le juge Suisse est compétent pour abréger le délai en faveur de la fiancée domiciliée en Suisse, dont la loi nationale ne connaît pas de délai de remariage; si cette fiancée n'est pas domiciliée en Suisse, l'autorité cantonale statuera sur la demande de dispense. Quand la loi nationale prévoit un délai d'attente et la faculté de l'abréger, l'autorité compétente pour ce faire est celle que cette loi désigne. Lorsque la loi nationale prévoit un délai d'attente, sans possibilité de l'abréger, le délai fixé sera respecté en Suisse<sup>17</sup>.

c) Les interdictions punitives de remariage consécutives au divorce posent une question plus délicate. Il est clair que, lorsqu'un tribunal suisse a divorcé un étranger et qu'il lui a imposé une interdiction de remariage d'une année à trois ans, conformément à l'article 150 CC, cet étranger ne peut se remarier en Suisse avant l'expiration du délai. D'autre part, la Suisse n'aurait aucun motif de ne pas reconnaître une interdiction d'environ un à trois ans ordonnée dans l'Etat d'origine ou ratifiée par lui. Mais devons-nous refuser de célébrer le mariage d'étrangers domiciliés en Suisse, aux-

---

<sup>16</sup> V. p. 541.

<sup>17</sup> Cf. Götz, p. 110–112, ad art. 103 CC n. 17–20.

quels l'Etat d'origine refuse le certificat de capacité parce qu'ils y sont frappés d'une interdiction de remariage de durée illimitée ou de longue durée? Ici encore, le cas des étrangers de passage me paraît moins digne d'intérêt.

La doctrine admet sans autre que l'interdiction de remariage de durée illimitée est contraire à notre ordre public<sup>18</sup>. Le Conseil d'Etat de Zurich en a jugé de même, dans une décision du 16 octobre 1952, publiée – avec une consultation de Fritzsche – dans la SJZ<sup>19</sup>. Il a autorisé le mariage d'un ressortissant du Liechtenstein, divorcé à Zurich, auquel le gouvernement de la principauté refusait le certificat de capacité en vertu d'une disposition de la loi nationale prohibant tout remariage des personnes coupables de l'adultère à raison duquel le mariage a été dissous.

Cette solution, à laquelle je souscris pour des motifs d'équité, est pourtant contraire à la convention de la Haye, dont j'ai dit plus haut qu'elle régissait chez nous la réserve de l'ordre public, en général, en matière de mariage<sup>20</sup>. L'article 2 al. 1<sup>er</sup>, ch. 2 Conv. permet à l'autorité du lieu de la célébration d'interdire un mariage contraire à la prohibition contenue dans la loi du dit lieu; non d'autoriser un mariage à l'encontre d'une prohibition de la loi nationale, que l'article 2 al. 2 déclare au contraire applicable en tout cas. C'est pourquoi je pense qu'il faut user discrètement de la solution exceptionnelle. Je me refuserais, pour mon compte, à en faire bénéficier les personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'un d'eux (art. 2 al. 1<sup>er</sup>, ch. 3 Conv.): si, dans notre pays, l'opinion publique ne s'émeut guère de l'adultère, on n'en peut dire autant du meurtre ou de l'assassinat.

d) Il est loisible aux cantons de subordonner à une autorisation le mariage de personnes sur lesquelles l'Etat exerce

---

<sup>18</sup> Götz, p. 99, ad art. 101 CC n. 14; p. 117, ad art. 104 CC n. 13–15; p. 170, ad art. 108 CC n. 21 g.

<sup>19</sup> 48/1952 p. 376 N° 155.

<sup>20</sup> V. p. 537.



une contrainte spéciale, de sorte qu'il ne leur reste de liberté que celle qu'on veut bien leur concéder; autrement dit, des prisonniers<sup>21</sup>. Cette restriction s'étend naturellement aux prisonniers étrangers.

Dans l'arrêt Slubicki, de 1942<sup>22</sup>, le Tribunal fédéral a assimilé aux prisonniers, détenus sur ordre des autorités pénales, les militaires étrangers internés dans un camp, sous la discipline militaire. Ces soldats, déclare en substance le Tribunal fédéral, conservent certes l'exercice des droits civils, mais ils peuvent se voir interdire d'exercer le droit de se marier, lorsque leur mariage est incompatible avec leur situation. Or, la vie dans un camp d'internés exclut la possibilité de se marier, à moins que l'interné n'y soit autorisé par les personnes ou autorités dont il dépend. S'il s'agit d'autorités fédérales, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner si leur décision est régulière.

Nonobstant cette jurisprudence, il est arrivé plusieurs fois que des cantons laissent célébrer le mariage de militaires internés, sans égard à l'opinion des chefs dont dépendaient chez nous ces étrangers<sup>23</sup>. Il serait pourtant excessif de condamner entièrement, sur le point qui nous occupe, l'arrêt Slubicki. Il peut être nécessaire, selon les circonstances, d'interdire le mariage d'un interné militaire. Mais il appartient alors au chef de faire un usage modéré de son droit de veto, dont l'exercice devrait être contrôlable par l'autorité supérieure selon une véritable procédure de recours.

e) Enfin, suivant la jurisprudence fédérale, les offices de l'état civil doivent refuser de célébrer le mariage d'un citoyen suisse avec une étrangère expulsée définitivement de Suisse pour mise en danger de la sûreté de l'Etat, et de délivrer au

---

<sup>21</sup> Götz, p.151, ad art.105 CC n.27, fait quelques réserves sur cette pratique.

<sup>22</sup> Déjà cité à la p. 521 n. 12; v. cons.4, RO 68 I 81. Dans le cons.3, p.80, le TF s'exprime sur le pouvoir des cantons d'apprécier le certificat de capacité délivré par l'Etat d'origine.

<sup>23</sup> Cf. Götz, p.150–151, ad art.105 CC n.26/27, et p.47/48, Vorbemerkungen zum 2. Abschnitt n. 7/8.



fiancé un certificat de mariage qui lui permettrait de contracter à l'étranger l'union ainsi prohibée<sup>24</sup>. Il ne faut pas, en effet, qu'une étrangère reconnue comme dangereuse acquière la nationalité suisse par le mariage et puisse désormais résider librement sur tout le territoire de la Confédération. Le souci de la sûreté de l'Etat l'emporte ici, à juste titre, sur le respect du droit international privé.

Quant aux étrangers expulsés de Suisse pour d'autres motifs, leur dessein de s'y marier n'oblige pas les autorités à leur délivrer un laissez-passer. A défaut de laissez-passer, ils n'ont pas droit à l'autorisation de mariage<sup>25</sup>. Mais rien ne les empêche de se marier à l'étranger; même avec un Suisse ou une Suissesse, ce qui entraînera *ipso jure*, pour la fiancée étrangère, la nationalité suisse et la caducité de l'expulsion. Les deux arrêts cités en note concernent des personnes expulsées en vertu d'une décision administrative. La solution ne devrait pas être différente en cas d'expulsion judiciaire.

#### *Chapitre IV*

##### *La reconnaissance, en Suisse, du mariage d'un étranger célébré à l'étranger*

La solution d'un problème de droit civil, pénal ou administratif dépend parfois du statut matrimonial de l'intéressé ou des intéressés. L'autorité devra alors, si la loi de procédure qui la régit le lui permet, se prononcer préjudiciellement sur le statut de ces justiciables : sont-ils ou ne sont-ils pas mariés ?

---

<sup>24</sup> ATF : a) Noger c. CE argovien, du 5 décembre 1946 ; RO 72 I 354 et JdT 1947 I 194 ; b) Aarau et Altenrhein c. Noger, du 3 février 1949 ; RO 75 II 1 et JdT 1949 I 418.

<sup>25</sup> ATF : a) Kolliker et Gorges c. Direction de l'intérieur du canton de Zurich, du 23 octobre 1947 ; RO 73 I 330 et JdT 1948 I 173 ; b) Heiri et Baum c. CE soleurois, du 18 novembre 1948 ; RO 74 I 420 et JdT 1949 I 262.

En ce faisant, l'autorité ne fait que constater l'existence ou l'inexistence d'un mariage valable au moment déterminant. Sa décision porte en définitive sur un autre objet, l'objet principal du litige, et c'est seulement à l'égard de cet objet-là qu'elle acquiert force de chose jugée. C'est dans ce cadre-là que nous allons traiter de la reconnaissance, en Suisse, du mariage d'un étranger célébré à l'étranger.

#### *A. Selon le droit interne*

Dans l'arrêt Caliaro du 11 novembre 1954<sup>1</sup>, le Tribunal fédéral – après avoir déclaré l'article 54 al. 1<sup>er</sup> et 3 Cst.inapplicable en droit international privé – a posé les principes suivants:

a) D'après l'article 7c al. 1<sup>er</sup> LRDC, la validité d'un mariage célébré entre deux personnes dont l'une ou toutes les deux sont étrangères, est réglée pour chacune d'elles par sa loi nationale. Cette disposition s'applique au mariage célébré à l'étranger<sup>2</sup>: si l'Etat d'origine le reconnaît, la Suisse le reconnaît aussi.

b) Aux termes de l'article 7f al. 1<sup>er</sup> LRDC, la validité d'un mariage célébré à l'étranger conformément aux lois qui y sont en vigueur est reconnue en Suisse, à moins que les parties ne l'aient conclu à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par la loi suisse. Cette disposition n'est applicable qu'aux Suisses<sup>3</sup>. En effet, elle a pour but d'éviter un conflit entre la loi nationale et la loi du lieu de la célébration. S'agissant d'étrangers, il ne dépend pas de la loi suisse d'éliminer un tel conflit; elle ne peut que choisir entre la solution de la loi nationale et celle de la loi du lieu de la célébration, et il est logique de donner la prééminence à la loi nationale, conformément à l'article 7c al. 1<sup>er</sup> LRDC.

---

<sup>1</sup> Déjà cité, v. p. 535 et n. 12.

<sup>2</sup> Contra: STAUFFER, p. 17, ad art. 7c LRDC n. 1, et BECK, p. 155, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7c LRDC n. 2.

<sup>3</sup> V. BECK, p. 221, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7f LRDC n. 10.

c) L'application du droit étranger en vertu des règles de conflit est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat inconciliable avec l'ordre public suisse. En pareille hypothèse, le droit suisse admet exceptionnellement des mariages «boiteux».

L'article 7c al.1<sup>er</sup> LRDC exige que la loi nationale de chacun des fiancés reconnaisse la validité de leur mariage. Cependant, dans l'arrêt Caliaro (cons.7), le Tribunal fédéral semble vouloir se fonder uniquement sur la loi nationale du fiancé, en l'occurrence la loi italienne. Cette opinion nous paraît exacte. L'application littérale de la loi ne s'impose que lors de la célébration en Suisse d'un mariage d'étrangers. Pour juger de la validité d'une telle union déjà célébrée à l'étranger et éviter un conflit de droit international, il suffit de se référer à la loi qui est devenue, par le mariage, celle des époux et de leurs enfants<sup>4</sup>, même si – comme c'était le cas dans la cause Caliaro – la femme a conservé en outre sa nationalité d'origine. Mais, dans l'hypothèse où le mariage ne conférerait pas à l'épouse la nationalité du mari, il faudrait, pensons-nous, examiner la validité du mariage à la lumière de la loi nationale des deux conjoints.

D'autre part, l'arrêt Caliaro fait une brève allusion à l'article 7f al.2 LRDC (cons.5 p.432 al.2 in fine), en se bornant à relever que cette règle exceptionnelle prévaut parfois sur la règle générale de l'article 7c al.1<sup>er</sup>. Or, selon l'article 7f al.2:

«Le mariage qui n'est pas valable à teneur de la loi étrangère sous l'empire de laquelle il a été contracté ne peut être annulé en Suisse que s'il est annulable à teneur de la loi suisse.»

Il est évident, à nos yeux, que cette prescription ne concerne que le mariage des Suisses à l'étranger, comme l'article 7f al.1<sup>er</sup><sup>5</sup>. Envers des étrangers, cette intrusion de la *lex fori*

---

<sup>4</sup> Dans ce sens, SECRÉTAN, p.39–41. De même, c'est la loi actuelle qui est déterminante en cas de changement de nationalité, par naturalisation par exemple. Un Italien devenu suisse pourra divorcer et se remarier.

<sup>5</sup> Cf. l'ATF Santi, du 2 décembre 1943; RO 69 II 342, v. cons. 2 a p.345, et JdT 1944 I 227. V. aussi SECRÉTAN, p.60.

serait injustifiable. Au surplus, l'article 7f al.2 intéresse au premier chef l'action en nullité.

L'arrêt Caliaro est d'une grande portée pratique en ce qui touche le remariage des ressortissants d'Etats qui n'admettent pas le divorce, dont l'union a néanmoins été dissoute en vertu de la loi nationale de leur conjoint ou de la loi du domicile. En l'espèce, il s'agissait d'un Italien, domicilié en Suisse, divorcé en Suisse d'une Suissesse, puis «remarié» en Angleterre avec une autre Suissesse. Les autorités suisses refusèrent d'inscrire le «remariage» dans les registres de l'état civil et de légitimer l'enfant issu de la seconde union. Le Tribunal fédéral approuva ce refus, en considérant qu'en vertu de la loi italienne le recourant était encore marié avec sa première compagne, de sorte qu'un nouveau mariage se heurtait à l'empêchement absolu du mariage antérieur et, par conséquent, était nul.

LACHENAL a critiqué cette solution<sup>6</sup>. Selon cet auteur, le Tribunal fédéral aurait pu tout aussi bien faire prévaloir l'article 7f LRDC sur l'article 7c al.1<sup>er</sup> et reconnaître le remariage célébré – valablement selon le droit anglais – en Angleterre.

Devant l'absence d'éléments intéressants dans les travaux préparatoires, si l'on n'examine que le texte des deux dispositions légales, il est vrai que le Tribunal fédéral aurait pu décider aussi bien dans un sens que dans l'autre. Tout au plus nous semble-t-il que la présence des mots «en Suisse» à l'alinéa 2 de l'article 7c indique que l'application territoriale de la règle de l'alinéa 1<sup>er</sup> n'est, elle, pas restreinte. Mais cette présence n'est sans doute guère décisive, puisque LACHENAL y voit, au contraire, l'indice que l'article 7c tout entier concerne les mariages célébrés en Suisse!

Aussi bien LACHENAL porte-t-il en définitive le problème sur le terrain de la logique et de l'équité, et cela à juste titre. De ce point de vue, il trouve choquant que la Suisse admette le divorce de ses ressortissants mariés à des Italiens, quand

---

<sup>6</sup> P. 104–110.

bien même l'Italie ne reconnaît pas ces jugements, et qu'elle refuse de reconnaître le remariage du conjoint italien ainsi divorcé, parce que l'Italie ne reconnaît pas de tels remariages; bref, que l'on tolère un divorce mais pas un mariage boiteux.

A mon sens, le Tribunal fédéral ne pouvait prendre une autre décision que celle à laquelle il s'est arrêté. Aussi longtemps que les nations n'auront pas unifié leur droit, le principe du respect de la loi d'origine restera seul apte à faire régner l'ordre dans le domaine du mariage et du divorce. En permettant à la Suisse qui épouse un étranger de conserver la nationalité suisse, le législateur a porté un coup sensible à l'unité juridique de la famille, au vrai afin de protéger des concitoyennes, dessein que nous approuvons pleinement: la protection des ressortissants passe avant l'harmonie du droit international<sup>7</sup>. Il en résulte que les Suissesses ont le droit de divorcer et de se remarier alors que, suivant sa nationalité, leur conjoint étranger demeure marié. C'est une situation singulière<sup>8</sup>, mais qui n'est pas choquante au point qu'il faille, pour y remédier, créer de nouveaux conflits de droit international. Une exception ne doit pas appeler d'autres exceptions, mais inciter au contraire à consolider ce qui reste de la règle. Sinon, ce serait encourager les rigoristes dans leur crainte excessive du précédent. Le sort du conjoint étranger ne serait d'ailleurs guère plus favorable si sa femme n'avait pu divorcer: de toute façon, il n'aurait eu le droit ni de l'empêcher de quitter le domicile conjugal, le cas échéant pour aller vivre avec un tiers, ni de se remarier lui-même et de légitimer les enfants d'une concubine. Il appartient à l'Etat étranger, si la conscience nationale l'y incite, d'admettre le divorce de ses ressortissants et non à la Suisse

---

<sup>7</sup> V. la thèse HEGI.

<sup>8</sup> Pour y pallier dans une certaine mesure, SUSANNE SCHMID-HEINY souhaite que nos juges n'accordent pas trop facilement le divorce au conjoint suisse, quand leur jugement ne sera pas reconnu par l'Etat d'origine de l'autre conjoint; p. 100 / 101.

d'imposer sa solution dans un domaine qui n'est pas de son ressort et de protéger des intérêts sur lesquels elle n'est point chargée de veiller. L'ordre public interne n'exige pas que chacun ait le droit de divorcer; d'une part, les Suisses eux-mêmes ne le peuvent qu'à certaines conditions et, d'autre part, les religions dominantes dans le pays – si ce n'est leurs fidèles – considèrent le mariage comme indissoluble<sup>9</sup>.

*B. Selon la Convention de la Haye*<sup>10</sup>

Pratiquement, la convention ne déroge au droit interne que dans l'hypothèse où les époux ont changé de loi nationale après le mariage. Dans ce cas, ce n'est pas selon leur loi actuelle qu'il faut juger leur union, mais selon celle qui régissait *chacun* des fiancés (art. 1<sup>er</sup> Conv.) immédiatement avant le mariage<sup>11</sup>. La loi ainsi applicable peut, valablement, renvoyer à la loi actuelle.

*Chapitre V*

*La réserve de l'ordre public et la reconnaissance,  
en Suisse, du mariage d'un étranger célébré à l'étranger*

Quand le mariage d'un étranger, célébré à l'étranger et reconnu dans le pays d'origine, doit-il néanmoins être tenu en Suisse pour inexistant, parce que contraire à l'ordre public? Aucune règle générale ne permet de répondre à cette question. La solution dépend, d'une part, de l'ampleur de

---

<sup>9</sup> Cependant, dans une décision du 16 octobre 1952, le CE zurichois a autorisé un Liechtensteinois, dont le conjoint suisse avait divorcé, à se remarier en Suisse, nonobstant le refus du Liechtenstein de reconnaître le divorce. Le CE s'est fondé sur la réserve de l'ordre public pour déroger ainsi au droit international privé. SJZ 48/1952 p. 376 N° 155, déjà cité (v. p. 545).

<sup>10</sup> V. p. 522.

<sup>11</sup> Cf. SECRÉTAN, p. 69 et 79/80.



la discordance entre la conception étrangère et notre conception du mariage et, d'autre part, de la mesure dans laquelle l'étranger ou sa famille entendent faire appel à nos institutions.

Considérons un trait essentiel de notre droit matrimonial : la monogamie. Si un étranger, dont le statut de bigamie est conforme au droit national, ne fait que traverser rapidement la Suisse en compagnie de ses deux épouses, j'estime qu'il se trouve dans une situation matrimoniale régulière et qu'il doit être considéré, notamment par la police, comme marié avec ses deux compagnes. Mais si cet étranger s'établit en Suisse, une seule de ses femmes y sera considérée comme l'épouse légitime, en principe celle avec laquelle il s'est marié en premier lieu. On pourra exiger de lui qu'il se sépare de l'autre, faute de quoi – abstraction faite de la sanction indirecte que constituerait un retrait du permis de séjour – il encourra peut-être les peines dont certains cantons frappent le concubinage<sup>1</sup>. Que ce même étranger, de passage ou domicilié, soit victime dans notre pays d'un accident de la circulation, ses deux femmes pourront-elles actionner le tiers responsable, au for de la commission de l'acte illicite, pour perte de soutien ? J'incline à penser que seule la première femme aurait ce droit. Quant aux enfants, qu'on accorde ou pas à ceux qui sont issus de la seconde union le statut d'enfants légitimes, ils seraient fondés à demander un dédommagement.

Au moyen d'exemples de ce genre, on pourrait développer longuement le thème du présent chapitre. Nous épargnerons cependant au lecteur une casuistique fastidieuse, et nous nous bornerons à examiner maintenant, pour faire contraste, l'application d'une règle secondaire du code civil suisse, celle de la prohibition du mariage entre oncle et nièce et tante et neveu. Or, des étrangers mariés à l'encontre de ces prescriptions de l'article 100 CC mais conformément à leur loi d'ori-

---

<sup>1</sup> V. ATFA Zemp et Saxer c. MP de Lucerne, du 9 mars 1945, RO 71 IV 46 et JdT 1946 I 14 (note p. 19).

gine seront considérés en Suisse comme unis par un mariage valable, même s'ils ne sont pas simplement de passage dans notre pays mais qu'ils y prennent domicile<sup>2</sup>.

Entre les cas extrêmes du bigame et du couple oncle et nièce, de l'étranger en transit et de l'étranger domicilié, de celui qui occupe nos hôtels et de celui qui occupe nos tribunaux, il se présentera toutes sortes de situations intermédiaires; c'est au regard des circonstances particulières qu'il faudra, chaque fois, déterminer si les effets de l'ordre juridique étranger sont de nature, ici, à choquer gravement la conscience populaire.

## Chapitre VI

### *Les effets généraux (ou personnels) du mariage*

A. Selon une jurisprudence constante Tribunal fédéral, rappelée et confirmée dans l'arrêt Galtier c. Fink, du 8 mars 1962<sup>1</sup>, la *capacité civile de la femme mariée* est régie par la loi nationale de cette dernière.

Or, en vertu de l'article 177 al.3 CC, les *obligations que la femme assume envers des tiers* dans l'intérêt du mari ne sont valables que si elles ont été approuvées par l'autorité tutélaire. Jusqu'à l'arrêt Galtier, la plupart des auteurs admettaient, fondés sur un arrêt Willmann c. Felder du 14 juillet 1914<sup>2</sup>, que l'article 177 al.3 CC s'appliquait aux époux étrangers domiciliés en Suisse<sup>3</sup>. Mais, dans sa décision de 1962, le Tribunal fédéral relève en substance ceci :

L'arrêt Willmann ne portait pas sur une question de droit

---

<sup>2</sup> BECK, p. 79, Vorbemerkungen zu Art. 59 CC Tit. Fin. n. 80.

<sup>1</sup> RO 88 II 1, v. cons. 1 p. 2, et JdT 1962 I 491 : Française séparée de biens, la demanderesse, a déclaré le TF, jouissait en Suisse du plein exercice des droits civils. – Cf. plus haut p. 506.

<sup>2</sup> RO 40 II 318, v. cons. 2 p. 322, et JdT 1915 I 197.

<sup>3</sup> V. BECK, p. 134, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7b LRDC n. 8; STAUFFER, p. 76, Vorbemerkungen ad art. 19 ss LRDC n. 5; SCHNITZER, I p. 428; LEMP, p. 18/19, Vorbemerkungen ad art. 159–177 CC

international. Le TF s'est borné à y déclarer que l'article 177 al.3 CC avait été édicté pour des raisons d'ordre public et de morale. Cela signifiait que cette prescription était impérative en droit suisse, mais il n'en résultait pas que tous les époux domiciliés dans le pays fussent sur ce point soumis au droit suisse, nonobstant les règles ordinaires de conflit. On n'en arriverait là que si la loi d'origine des conjoints, qui règle la capacité civile de la femme mariée, produisait en Suisse des effets si choquants qu'il faille renoncer à l'appliquer. Tel n'est pas le cas en l'occurrence : la norme de l'article 177 al.3 a souvent été critiquée par la doctrine et ne laisse pas de paraître démodée ; toute impérative qu'elle est, elle ne s'impose donc nullement à la conscience nationale comme la seule solution du problème. En conséquence, la loi dont dépend la capacité civile de la femme mariée régit aussi les obligations que ce conjoint assume envers des tiers dans l'intérêt du mari. Si cette loi est muette à ce sujet, mais qu'elle accorde à la femme le plein exercice des droits civils, l'épouse est libre d'intervenir sans restriction.

L'arrêt Galtier nous satisfait pleinement, aussi bien par la prudence avec laquelle il use de la réserve de l'ordre public que par le résultat auquel il aboutit en l'espèce. Ce résultat ne saurait pourtant être étendu aux règles de conflit concernant les *actes juridiques conclus entre époux relativement aux apports de la femme ou aux biens de la communauté* (art. 177 al.2 CC), qui relèvent du droit international privé régissant le régime matrimonial.

Le droit de la femme d'*ester en justice* (art. 168 al.1<sup>er</sup> CC) est l'un des aspects de sa capacité juridique. Il est donc régi par sa loi nationale, pour les procès menés en Suisse<sup>4</sup>.

---

n.52–55. Dans le même sens, un rapport du Service de justice du DFJP, du 4 novembre 1959, JAA 1959/1960 p.166 N° 92, où l'on n'admet le droit d'une Allemande d'intervenir en Suisse pour son mari que parce qu'en l'espèce elle n'est pas domiciliée en Suisse.

<sup>4</sup> LEMP, p. 19, Vorbemerkungen ad art. 159–177 CC n. 56.

La *nationalité* de la femme mariée est déterminée par la loi d'origine de chacun des époux (cf. art. 161 al. 1<sup>er</sup> CC).

Son *nom*, par la loi d'origine du mari (art. 8 LRDC).

B. A l'exception de la capacité civile, de la nationalité et du nom de l'épouse, les effets personnels du mariage sont régis par la loi du domicile des conjoints<sup>5</sup>, conformément aux articles 2 al. 1<sup>er</sup> et 32 LRDC. Règle générale, lorsque l'un des époux est domicilié en Suisse et l'autre à l'étranger, le premier peut se prévaloir de la loi suisse.

Obéissent à ce régime:

a) Les droits et les devoirs des époux (art. 159, 160 et 161 al. 2 et 3 CC), notamment leur obligation d'entretien réciproque<sup>6</sup>.

Le devoir de cohabiter est parfois contrecarré, pour les étrangers, par le droit public. C'est ainsi que les travailleurs étrangers qui viennent en Suisse ne sont pas tous autorisés à y amener leur famille<sup>7</sup>.

b) La représentation de l'union conjugale par la femme (art. 163–166 CC)<sup>8</sup>.

c) Le droit de la femme d'exercer une profession ou une industrie (art. 167 CC).

Selon LEMP, il suffit que l'un des conjoints soit domicilié en Suisse pour que l'épouse soit autorisée à se prévaloir du droit suisse<sup>9</sup>.

d) La représentation de la femme par le mari dans les contestations avec les tiers relatives aux apports de l'épouse (art. 168 al. 2 CC)<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> SCHNITZER, I p. 425–429.

<sup>6</sup> ATF Angel, déjà cité, p. 520 n. 7. V. cons. 4 RO 76 IV 117/118. Division de justice du DFJP, JAA 1948–1950 p. 205 N° 91 ch. 1.

<sup>7</sup> V. KAUFMANN, p. 256.

<sup>8</sup> Tribunal de district de Zurich, du 20 janvier 1948; SJZ 44/1948 p. 341 N° 116. En relation avec les art. 207 al. 2, 220 al. 2 et 243 al. 3 CC, ATF Schweizerischer Bankverein c. Droste-Hülshoff, du 29 novembre 1923; RO 49 II 448, v. cons. 3 p. 451, et JdT 1924 I 168.

<sup>9</sup> Vorbemerkungen ad art. 159–177 CC p. 23 n. 72.

e) Le domicile de la femme mariée (art. 25 CC).

Les articles 23 à 26 CC, rappelons-le, ont abrogé les articles 3 et 4 LRDC<sup>11</sup>.

f) Les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169–172 CC), à savoir:

1. Le droit d'un époux d'avoir une demeure séparée et de la femme de se créer un domicile séparé, lorsque sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun (art. 170 al. 1<sup>er</sup> et 25 al. 2 CC)<sup>12</sup>.

2. Le droit d'un époux de demander l'intervention du juge, lorsque son conjoint néglige ses devoirs de famille ou l'expose à péril, honte ou dommage (art. 169, 170 al. 3, 171 et 172 CC). – Le for est au domicile suisse du demandeur. Il s'agit d'un for jurisprudentiel *sui generis* et non de l'application par analogie de l'article 144 CC relatif au divorce, de sorte qu'il n'est pas touché par les conventions internationales concernant le for des actions en divorce<sup>13</sup>. Dans l'arrêt Del Ferro, cité en note, le Tribunal fédéral a approuvé le juge d'avoir ordonné des mesures protectrices alors qu'il était seulement vraisemblable que les parties fussent mariées en vertu de leur loi nationale. S'agissant d'une procédure sommaire, le Tribunal cantonal vaudois s'est contenté également d'une simple vraisemblance en matière de preuve de l'existence d'un domicile suisse<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> GULDENER, p. 14 III ch. 2; LEMP p. 19, Vorbemerkungen ad art. 159–177 CC n. 57.

<sup>11</sup> BECK, p. 56, Vorbemerkungen ad art. 59 CC Tit. Fin. n. 16.

<sup>12</sup> ATF X, du 25 juin 1942; RO 68 II 181 et JdT 1942 I 554.

<sup>13</sup> ATF: a) Otto c. Cour d'appel de Berne, du 1<sup>er</sup> juin 1928; RO 54 I 243 et JdT 1929 I 176; b) Dupré, du 8 avril 1938; RO 64 II 71; c) Del Ferro, du 18 avril 1942; RO 68 II 9 et JdT 1943 I 63 (résumé); d) X, cité dans la note précédente. – V. aussi STREBEL, Mélanges François Guisan p. 56 ss.

<sup>14</sup> Felix M. c. Maria M., du 29 octobre 1941; JdT 1942 III 50 et SJZ 40/1944 p. 25 N° 11 (résumé).

3. L'interdiction faite aux époux, sous réserve des exceptions prévues par les articles 174 à 176 CC, de requérir pendant le mariage l'exécution forcée l'un contre l'autre (art. 173 CC). – Tout conjoint étranger domicilié en Suisse a le droit de se prévaloir de ces dispositions<sup>15</sup>, même quand les époux ont été séparés de corps pour une durée indéterminée par un tribunal suisse et qu'à cause de leur nationalité italienne la séparation ne puisse être convertie en divorce<sup>16</sup>. En revanche, l'interdiction des poursuites entre époux n'est pas applicable aux conjoints domiciliés à l'étranger<sup>17</sup>. Lorsque l'un des conjoints étrangers est domicilié en Suisse et l'autre à l'étranger, celui-ci peut-il se prévaloir de l'article 173 CC à l'encontre d'une poursuite intentée par celui-là ? Selon l'Obergericht zurichois<sup>18</sup> et LEMP<sup>19</sup>, il faut que l'un au moins des époux étrangers soit domicilié en Suisse pour que «son mariage» (seine Ehe) bénéficie de la protection du droit suisse. De l'expression «son mariage», je conclus que le juge et le commentateur s'expriment du point de vue de l'époux qui demande protection, et qu'ainsi c'est lui qu'ils veulent domicilié en Suisse. C'était bien l'opinion du Tribunal fédéral dans l'arrêt Parplies<sup>20</sup>. Il l'a infirmée, dans une certaine

---

<sup>15</sup> ATF Parplies, du 5 septembre 1916; RO 42 III 342 et JdT 1917 II 66.

<sup>16</sup> ATF Barberis, du 24 août 1966; RO 92 III 1 et JdT 1967 II 103. – Les art. 173–176 CC ne s'appliquent plus, à mon sens, lorsque l'épouse étrangère d'un Italien a divorcé et s'est remariée; peu importe alors que l'Italie ne reconnaisse pas ce divorce. C'est surtout évident quand cette femme est une Suissesse et quand le divorce a été prononcé en Suisse, car la loi suisse ne saurait à la fois dissoudre l'union conjugale et la protéger!

<sup>17</sup> ATF: a) Guggenheim, du 31 mars 1927; RO 53 III 33 et JdT 1927 II 111; b) Schönhofer, du 10 octobre 1930; RO 56 III 169 et JdT 1931 II 138; c) Wahli, du 9 décembre 1937, qui modifie quant aux motifs la jurisprudence Schönhofer; RO 63 III 140. – V. aussi Obergericht de Zurich, du 15 avril 1964; SJZ 60/1964 p. 222 N° 161.

<sup>18</sup> V. note précédente, *in fine*.

<sup>19</sup> Vorbemerkungen ad art. 159–177 CC, p. 20 n. 60, p. 22 n. 67 et p. 23 n. 73.

<sup>20</sup> Déjà cité, n. 15.



mesure, dans un arrêt Bonesio, du 12 mai 1953<sup>21</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se demande si un séquestre est toujours permis entre conjoints quand le débiteur est domicilié à l'étranger. A cette question, il répond qu'une telle mesure est «à tout le moins possible» dans les cas prévus par les articles 174 et 176 CC. Cela laisse entendre que la mesure pourrait être exclue dans les autres cas, auxquels s'applique l'article 173; autrement dit, que le conjoint domicilié à l'étranger pourrait se prévaloir de l'article 173 à l'encontre d'une mesure de poursuites du conjoint domicilié en Suisse. Tel qu'il est publié, l'arrêt ne parle pas de la nationalité des époux Bonesio. S'ils étaient étrangers, je pense qu'il aurait convenu d'exclure catégoriquement la faculté, pour le conjoint domicilié à l'étranger, de se prévaloir de l'interdiction suisse des poursuites entre époux, soit d'une norme d'un ordre juridique avec lequel il n'avait ni relations personnelles ni relations territoriales.

g) La mesure dans laquelle sont autorisés les actes juridiques entre époux.

En vertu de l'article 177 al. 1<sup>er</sup> CC, tous actes juridiques sont permis entre époux. Il en est autrement dans plusieurs pays, notamment en matière de donations. Dans ce dernier domaine, selon notre droit international privé, il faut appliquer au contrat la loi du domicile du donateur<sup>22</sup>.

## *Chapitre VII*

### *Le régime matrimonial*

Le droit applicable en Suisse au régime matrimonial, qu'il s'agisse du droit interne (art. 178–251 CC)<sup>1</sup> ou surtout du

---

<sup>21</sup> RO 79 III 138 et JdT 1953 II 95 (résumé).

<sup>22</sup> SCHNITZER, SJZ 39/1942 + 1943 p. 3 et 4.

<sup>1</sup> V. les rapports STOCKER et DESCHENAUX lors de la 91<sup>e</sup> assemblée annuelle de la SSJ, en 1957.

droit international privé (art. 19–21, 31 et 32 LRDC)<sup>2</sup>, présente une particularité: il semble ne pas satisfaire entièrement les juristes, mais être assez bien supporté par les justiciables si l'on en juge au petit nombre des procès qui roulent sur cette matière. Peut-être répondra-t-on que c'est précisément l'imperfection des textes, la complication de la doctrine et la rareté de la jurisprudence qui encouragent les praticiens à transiger et les détournent de plaider.

### *I. Etrangers dont le domicile conjugal est à l'étranger*

Selon la doctrine unanime, ces étrangers-là ne sont pas soumis au droit suisse quant à leur régime matrimonial<sup>3</sup>, même s'ils possèdent des immeubles en Suisse<sup>4</sup>, s'ils y exploitent une industrie<sup>5</sup> ou si l'épouse s'y est créé un domicile séparé<sup>6</sup>.

Dans l'arrêt de Avila, auquel renvoie la note 6 ci-dessus, le Tribunal fédéral n'a pas accordé la séparation de biens judiciaire de l'article 185 CC au créancier d'une étrangère, épouse séparée et vivant en Suisse d'un étranger domicilié à l'étranger. Bien qu'elle n'ait pas toujours trouvé grâce devant les auteurs<sup>7</sup>, cette décision nous paraît juste, en particulier lorsqu'elle refuse de faire plier la règle de conflit devant une prétendue réserve de l'ordre public.

---

<sup>2</sup> V. LALIVE, p. 71–78 et 106/107.

<sup>3</sup> Il est loisible aux cantons de refuser d'inscrire au lieu d'origine de l'épouse un contrat de mariage conclu en Suisse, même avant le mariage, entre un étranger et une Suissesse domiciliés à l'étranger (ATF Merkelbach c. CE lucernois, du 22 décembre 1953; RO 79 I 375 et JdT 1954 I 487).

<sup>4</sup> Contra: ATF André c. canton de Vaud, du 3 mai 1899; RO 25 I 238, v. cons. 1 p. 244.

<sup>5</sup> ATF Lamp'1 c. canton de Zurich, du 12 mai 1910; RO 36 I 252, v. cons. 3 p. 256.

<sup>6</sup> ATF de Avila c. Müller, du 19 septembre 1929; RO 55 II 230 et JdT 1930 I 72.

<sup>7</sup> V. LEMP, p. 212, Vorbemerkungen zum 6. Titel n. 88.

Sous quel régime matrimonial les conjoints étrangers domiciliés à l'étranger sont-ils, en Suisse, considérés comme mariés?

Dans l'arrêt de Avila, le Tribunal fédéral en arrive à appliquer la loi du domicile conjugal – soit, dans le doute, celle du domicile du mari – en partant des articles 32 et 19 al.2 LRDC. Si la conclusion me paraît exacte, je suis moins certain de la pertinence des dispositions légales appliquées. En effet, aux termes-mêmes de l'article 32, les articles 32 et 19 ne concernent que les étrangers domiciliés en Suisse. Or, les époux de Avila ne l'étaient pas. Certes, la question du domicile séparé de la femme mariée se posait pour eux, tandis que dans la plupart des autres cas elle ne se pose point, mais cette particularité me paraît sans importance en l'occurrence. En l'absence de norme légale, il faut, à mon sens, appliquer à cette catégorie d'étrangers la règle de conflit usuelle en droit suisse, dont s'inspire l'article 2 al.1<sup>er</sup> LRDC, qui tend à soumettre, sauf prescription contraire, à la loi du domicile les relations de famille. Ainsi, les conjoints étrangers domiciliés à l'étranger seront bien considérés, en Suisse, comme régis quant au régime matrimonial par la loi du domicile conjugal, mais cela sans qu'on recoure à l'article 19 LRDC et au double rattachement institué par cette disposition légale (droit du premier domicile conjugal pour le régime interne et droit du domicile actuel pour le régime externe). Lorsque la loi du domicile renvoie à un autre système juridique, le renvoi sera respecté<sup>8</sup>.

Quant à la nécessité de ne pas rattacher le régime matrimonial à des systèmes juridiques différents selon que le mari est en cause ou la femme, elle est évidente. De là la primauté du domicile du mari à défaut de domicile commun. Le domicile de la femme sera décisif s'il est impossible de déterminer celui du mari.

---

<sup>8</sup> De nombreux pays renvoient au droit national, entre autres: l'Allemagne, l'Italie et les signataires – dont la Suisse ne fait pas partie – de la Convention de la Haye de 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux.

*II. Etrangers dont le premier domicile conjugal fut en Suisse et qui y restent domiciliés*

En vertu des articles 19 et 32 LRDC, le droit suisse s'applique et s'applique seul au régime matrimonial de ces époux. Normalement, le premier domicile conjugal se trouve dans le pays où les époux se sont d'abord établis ensemble. Dans le doute, ce sera le domicile du mari au moment où le mariage a été célébré.

Il est naturellement loisible aux conjoints de conclure un contrat de mariage, même lorsque leur loi d'origine ne les y autorise pas, mais dans les limites prévues par le droit suisse<sup>9</sup>. Un contrat par lequel ils adopteraient un régime matrimonial inexistant en Suisse, par exemple pour se conformer à leur droit national, serait de nul effet dans notre pays. Leur seule ressource est de choisir, dans la gamme à vrai dire étendue des institutions suisses, celles qui se rapprochent le plus du régime étranger objet de leurs vœux. Le procédé est recommandable, afin d'atténuer le conflit de droit international, lorsque le pays d'origine soumet ses ressortissants à son propre droit matrimonial sans égard à la règle suisse de rattachement.

Quand les conjoints transfèrent leur domicile à l'étranger, le lien juridique est rompu entre la Suisse et eux. Du point de vue suisse, l'Etat du nouveau domicile règlera leur régime matrimonial. Cet Etat ne reconnaîtra peut-être pas un contrat de mariage conclu autrefois en Suisse; l'Etat d'origine, non plus<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. ATF Overmann c. Dégeorges, du 3 octobre 1917; RO 43 II 466.

<sup>10</sup> C'est ainsi qu'un contrat de mariage conclu en Suisse, après la célébration du mariage, entre un Espagnol et une Suisseuse n'est reconnu en Espagne que par certains droits régionaux (Aragon, Navarre, Catalogne, Baléares): consultation de l'Office fédéral du registre du commerce et des régimes matrimoniaux, du 15 août 1961; JAA 1961 p. 111 N° 67. – Pour les Pays-Bas, v. JAA 1955 p. 155 N° 77.

### *III. Etrangers qui transfèrent leur domicile conjugal de l'étranger en Suisse*

A. Le droit suisse a trouvé, pour ces étrangers-là, le moyen de ne pas bouleverser leurs relations pécuniaires internes tout en protégeant les tiers avec lesquels les conjoints entrent en relation en Suisse : dans leurs relations internes, ces époux restent soumis au droit étranger, tandis que le droit suisse est applicable à leurs relations externes. Ce critère, de relations internes ou externes, ne permet pas de classer de manière abstraite tel ou tel aspect du régime matrimonial dans l'une ou dans l'autre catégorie. Toute question touchant au régime matrimonial relève du droit interne lorsqu'elle se pose entre les conjoints ou leurs héritiers ; du droit externe, lorsqu'elle se pose entre conjoints ou héritiers, d'une part, et de tierces personnes, d'autre part. Ainsi, quand la femme reproche au mari d'avoir disposé sans son accord de biens matrimoniaux, le différend est d'ordre interne, donc à juger selon le droit étranger. Mais que l'acquéreur de ces biens prétende les avoir acquis d'un époux qui, à son égard – à lui acquéreur –, avait le droit d'en disposer comme il l'a fait, le différend est d'ordre externe, donc à juger selon le droit suisse.

B. Concernant les *relations externes*, l'article 19 al.2 LRDC s'exprime en ces termes :

« Dans leurs rapports avec les tiers, les époux sont soumis à la législation du lieu de domicile ; cette législation fera seule règle, en particulier, quant aux droits de la femme vis-à-vis des créanciers du mari en cas de faillite de ce dernier ou de saisie pratiquée contre lui. »

On admet communément que la dernière phrase est purement exemplaire. La même loi régit les droits du mari à l'égard des créanciers de la femme.

Une fois en Suisse, il n'est pas possible aux conjoints d'éviter, en concluant un contrat de mariage, que le droit suisse s'applique à leur régime externe<sup>11</sup>. En revanche, les

---

<sup>11</sup> ATF Lamp'l, déjà cité ; v. p. 560 n. 5.

contrats de mariage valablement conclus à l'étranger avant que les conjoints s'établissent en Suisse, selon le droit qui régissait alors leur régime matrimonial, peuvent être inscrits au registre suisse des régimes matrimoniaux et devenir ainsi opposables aux tiers, pourvu que ces contrats soient compatibles avec le système suisse. Lorsqu'une clause qui n'est pas essentielle est contraire au droit suisse, elle sera réputée non écrite<sup>12</sup>.

C. Au sujet du *régime interne*, il se pose une question de grande importance, que la jurisprudence n'a pas résolue et à laquelle les auteurs donnent des réponses divergentes : quel est le droit étranger qu'il faut appliquer ? Est-ce celui du premier domicile conjugal, selon les articles 32 et 19 al 1<sup>er</sup> LRDC<sup>13</sup>, ou celui du domicile que les époux ont quitté à l'étranger pour s'établir en Suisse, selon les articles 32 et 31 al.3 LRDC<sup>14</sup> ?

LALIVE a défendu avec pertinence la seconde solution, à laquelle nous nous rallions. Même si, sur le terrain du seul examen des textes légaux, les deux positions sont défendables, le rattachement du régime matrimonial interne à la loi du premier domicile conjugal va à l'encontre du but que s'est proposé le législateur, d'imposer le moins de changements possible aux époux étrangers qui s'établissent en Suisse. Or, la rupture avec le régime matrimonial en vigueur au moment de l'immigration, pour en revenir ou en venir au régime prescrit par la loi d'un domicile antérieur et peut-être ancien, est une complication que rien ne justifie, même dans l'hypothèse où le premier domicile conjugal a été en Suisse et

---

<sup>12</sup> Contra: rapport du 11 juin 1932 de la Division de justice du DFJP (JAA 1932 p. 107 N° 85), selon lequel il faut, dans ce cas, refaire tout le contrat ; critiqué par Lalive, p. 103/104.

<sup>13</sup> SCHNITZER, I p. 434, qui cite GAUTSCHI (SJZ 16 p. 53) et CARL WIELAND.

<sup>14</sup> LALIVE, p. 87-90, et LEMP, p. 210, Vorbemerkungen zum 6. Titel n. 77, qui cite MUTZNER (SJZ 18 p. 134), BECKHARD, STAUFFER et SAXER.



qu'ensuite les époux aient transféré leur domicile à l'étranger (cf. chiffre II al. 3 ci-dessus), pour revenir finalement dans notre pays. Dans le cas de conjoints allemands dont le premier domicile conjugal a été en France, domiciliés en Italie et venant s'établir en Suisse, le régime matrimonial interne sera donc, dans notre pays, celui qui régissait les époux en Italie, soit le régime allemand<sup>15</sup>.

Il ne faut pas pousser jusqu'à l'absurde la distinction entre le régime externe et le régime interne.

En franchissant la frontière, les conjoints étrangers ne perdent pas purement et simplement, au profit des créanciers, les droits acquis par chacun d'eux en vertu du régime matrimonial antérieur, tels que le droit de la femme à la restitution de ses apports ou sa créance pour la valeur de ses apports non représentés. Ainsi en a jugé le Tribunal fédéral à l'encontre de la masse de la faillite d'un mari. Au gré de la masse, l'épouse n'aurait pu réclamer que ceux de ses apports qui existaient encore au moment du transfert du domicile<sup>16</sup>.

D'autre part, notre régime légal de l'union des biens prévoit, comme corollaire aux pouvoirs de disposition du mari et aux droits des créanciers, un système de sûretés en faveur de l'épouse: droit de requérir pour ses apports des garanties du mari (art. 205 CC); intervention privilégiée dans la faillite du mari ou en cas de poursuites contre lui (art. 210 et 211 CC, 111 et 219 – cf. 305 – LP); droit de demander au juge qu'il prononce la séparation de biens (art. 183 CC). L'étrangère dont le domicile conjugal a été transféré en Suisse dispose de ces moyens<sup>17</sup>. De même, le mari étranger (art. 184 CC) et, évidemment, les créanciers (art. 185 CC) pourront-ils requérir la séparation de biens judiciaire. Est en outre applicable aux étrangers l'article 182 al. 1<sup>er</sup> CC, aux termes duquel les époux sont soumis de plein droit au régime de la

---

<sup>15</sup> V. p. 561 n. 8.

<sup>16</sup> Scholer, du 10 décembre 1910; RO 36 II 616.

<sup>17</sup> Cf. Cour d'appel bernoise, du 21 octobre 1954; SJZ 52/1956 p. 198 N° 115 (résumé).

séparation de biens (séparation légale) dès que les créanciers de l'un d'eux subissent une perte dans sa faillite<sup>18</sup>.

Le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque le régime matrimonial ordinaire est dissous pour être remplacé par le régime extraordinaire des articles 182 à 187 CC, la liquidation a lieu selon le droit suisse, soit selon les articles 154 al.1<sup>er</sup> et al.2 et 189 CC, quel que soit le régime étranger dissous<sup>19</sup>. Il s'agit donc de l'application extensive des règles du divorce à toute liquidation légale ou judiciaire.

Selon STAUFFER<sup>20</sup>, LEMP<sup>21</sup> et LALIVE<sup>22</sup>, il est loisible aux époux étrangers de modifier leur régime matrimonial interne, en concluant un contrat de mariage conforme, quant au fond et à la forme, au droit étranger qui les régit, c'est-à-dire au droit de l'Etat où ils étaient domiciliés avant de s'établir en Suisse ou à la loi désignée par le droit de cet Etat. Suivant STAUFFER et LEMP, l'approbation de l'autorité tutélaire (suisse) serait alors requise, en vertu de l'article 177 al.2 CC; LALIVE en doute. Comme l'article 177 al.2 tend à protéger non seulement les tiers mais aussi les époux eux-mêmes, nous ne voyons pas pourquoi on ne l'appliquerait pas aux étrangers. Quant à l'utilité réelle, en général, de cette disposition légale, c'est une question que nous n'avons pas à traiter ici.

Enfin, l'article 20 LRDC permet aux époux étrangers qui s'établissent en Suisse d'adopter, également pour leurs rapports entre eux, le droit suisse des régimes matrimoniaux, avec l'assentiment de l'autorité compétente du nouveau

---

<sup>18</sup> Quand la faillite est intervenue à l'étranger et qu'elle n'a pas été publiée en Suisse, la séparation de biens extraordinaire n'est opposable aux tiers en Suisse qu'après y avoir été inscrite au registre des régimes matrimoniaux et publiée (ATF Fils de R. Picard & Cie c. Kappis, du 31 janvier 1922; RO 48 III 7 et JdT 1922 II 79).

<sup>19</sup> Arrêt Salvisberg, du 2 février 1921; RO 47 II 6 et JdT 1921 I 354.

<sup>20</sup> P. 101, ad art. 19/20 LRDC n. 47.

<sup>21</sup> P. 210/211, Vorbemerkungen zum 6. Titel n. 78.

<sup>22</sup> P. 98/99.

domicile et moyennant une déclaration commune faite à l'office désigné par le canton. Cela implique la faculté de conclure un contrat de mariage du droit suisse. D'après la plupart des auteurs, il n'est pas nécessaire de procéder avant la conclusion du contrat aux formalités prescrites par l'article 20 LRDC<sup>23</sup>.

### *Chapitre VIII*

#### *Le divorce et la séparation de corps*

C'est, dans le droit international privé de la famille, le domaine le mieux connu des praticiens, le plus souvent traité par les auteurs et celui qui a donné lieu aux décisions judiciaires les plus nombreuses. Aussi ne l'aborderons-nous que pour mémoire, en nous bornant à résumer les principes qui régissent la matière et à citer une partie des arrêts et de la doctrine publiés après la parution – en 1957 – du commentaire le plus récent, celui de SCHNITZER<sup>1</sup>.

##### *I. Le divorce des étrangers en Suisse*

A. La Suisse a dénoncé la Convention de la Haye du 12 juin 1902, pour régler les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps, qui a été en vigueur dans notre pays du 15 septembre 1905 au 30 mai 1929.

Lorsque le demandeur est suisse et son conjoint, étranger, le juge suisse est compétent et le droit suisse s'applique sans réserves (art. 137–168 CC et 7 g LRDC). Lorsque le demandeur est étranger ou que les deux parties sont étrangères le juge suisse est compétent aux conditions suivantes (art. 7 h LRDC):

a) qu'il existe entre les parties un mariage valable<sup>2</sup>;

---

<sup>23</sup> LEMP, p. 211, Vorbemerkungen zum 6. Titel n. 79.

<sup>1</sup> Ip. 368–420 (divorce) et p. 420–425 (séparation de corps).

<sup>2</sup> V. plus haut p. 547 ss.

b) que la partie demanderesse soit domiciliée en Suisse, au sens du droit suisse<sup>3</sup>;

c) que le droit national de la partie demanderesse, et celui de la partie défenderesse également si cette dernière est aussi étrangère, autorisent le divorce;

d) que soient alléguées des circonstances qui constituent au moins une cause de divorce dans chacune de ces lois-ci: loi nationale de la partie demanderesse, loi nationale de la partie défenderesse et loi suisse; en cas de changement de loi nationale en cours de mariage, voir l'article 7h al.3 LRDC;

e) que le ou les pays d'origine des parties reconnaissent la juridiction suisse; si ces Etats y mettent une condition de domicile, ce domicile-là sera qualifié d'après la loi étrangère en cause.

Lorsque ces conditions sont remplies, le divorce est prononcé selon la loi suisse, qui en règle aussi les effets accessoires, y compris la dissolution du régime matrimonial. Seule la répartition du bénéfice de l'union conjugale aura lieu conformément à la loi étrangère à laquelle est soumis le régime matrimonial des parties qui n'ont pas eu leur premier domicile conjugal en Suisse. Selon nous, il s'agit de la loi de l'Etat dans lequel les époux étaient domiciliés avant qu'ils s'établissent en Suisse<sup>4</sup>.

La loi suisse s'applique aussi à la modification des effets accessoires du divorce prononcé en Suisse. Est compétent le juge suisse du domicile du défendeur ou, si le défendeur n'a pas de domicile dans le pays, du demandeur<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> V. plus haut p. 513.

<sup>4</sup> V. plus haut p. 564. Des décisions du TF telles que l'arrêt Uribarren, du 27 novembre 1918 (RO 44 II 453), n'infirmant pas cette opinion. En effet, s'il arrive au TF de se référer à la loi du premier domicile conjugal (v. Uribarren cons. 2 p. 456), il se trouve que – dans ces cas – l'Etat du premier domicile est aussi celui que les conjoints ont quitté pour venir en Suisse.

<sup>5</sup> ATF: a) Giulivano, du 13 mai 1925; RO 51 II 108 et JdT 1925 I 610; b) Hagnauer c. Ducrey, du 22 novembre 1935; RO 61 II 225 et JdT 1936 I 446 (résumé). Cour d'appel de Berne, St.c.W., du

**B. Documentation récente (1957–1967) concernant le divorce des étrangers en Suisse.**

**a) Jurisprudence:**

ATF K.c.W., du 2 octobre 1958; RO 84 II 479 et JdT 1959 I 522 (résumé): époux autrichiens; selon le droit autrichien, les tribunaux étrangers sont compétents quand le mari n'a pas en Autriche son séjour habituel.

Obergericht lucernois, du 13 mars 1956; SJZ 54/1958 p.295 N° 164: suivant la grande majorité des auteurs (contra, BECK), la cour a jugé nécessaire que, lorsqu'une personne qui a plusieurs nationalités veut divorcer en Suisse, tous les Etats d'origine reconnaissent la juridiction suisse.

Tribunal cantonal de St-Gall, du 7 juillet 1959; SJZ 58/1962 p.28 N° 33: le demandeur britannique doit établir qu'il est domicilié en Suisse au sens du droit anglais (v. ci-dessus, lettres A/e).

Obergericht argovien, du 27 août 1965; SJZ 63/1967 p.61 N° 22: divorce d'un Allemand et d'une Italienne, compétence admise – sans égard au droit italien – parce que le droit allemand reconnaîtra un tel divorce; cette décision nous semble pour le moins hardie.

**b) Bibliographie:**

BENGTTSSON, JÖRGEN, Divorce de Suédois en Suisse (art.7 LRDC); SJZ 62/1966 p.315.

BRUNNER, ALWIN, Die Ehescheidung israelischer Staatsangehöriger; SJZ 56/1960 p.39.

FELDER, Scheidung israelischer Staatsangehöriger; SJZ 48/1962 p.296.

HEGNAUER, C., Communication sur le divorce d'Indonésien; SJZ 48/1952 p.226 N° 90.

HINDERLING, H., Änderungen des deutschen Familienrechts (insbesondere des Ehescheidungsrechts) in Schweizer Sicht; SJZ 57/1961 p.329.

HONIG, FREDERICK, Die Anerkennung schweizerischer Ehescheidungsurteile in England; SJZ 54/1958 p.131.

LÉVY, CLAUDINE, Die Kollisionsrechtliche Behandlung der Scheidung gemischter Ehen in der Schweiz; thèse, Bâle 1960.

---

14 juillet 1952; ZBJV 1955 p.188. – Contra: ATF Gromo di Ternengo c. autorité tutélaire de Bubikon, du 21 juin 1928; RO 54 II 234 et JdT 1928 I 502.

MÜLLER, KUNO, Zur Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für die Ehescheidung Deutscher; SJZ 56/1960 p.205.

ROSENFELD, FRANZ, idem; SJZ 56/1960 p.240.

SCHWARTZ, PAUL, et MIMAROGLU, SAIT KEMAL, Les causes indéterminées de divorce en Suisse et en Turquie; JdT 1962 I 474.

SPECKERT, Anerkennung eines schweizerischen Scheidungsurteils durch englische Gerichte; SJZ 54/1958 p.48.

VORTISCH sen. FRIEDRICH, Die Anerkennung der schweizerischen Gerichtsentscheidungen in Ehesachen in der B.R. Deutschland nach den zwischen ihr und der Schw.Eidgenossenschaft bestehenden Staatsverträgen; SJZ 60/1964 p.281, 287 et 352.

c) Renseignements données par la Division de justice du DFJP sur le divorce des ressortissants des pays suivants:

	JAA
Afrique du Sud . . . . .	1959/60 p.152 N° 78
Allemagne . . . . .	1958 p.116 N° 37
Allemagne, après l'entrée en vigueur (1 <sup>er</sup> juillet 1958) du Gleichberechtigungsgesetz . .	1959/60 p.143 N° 71
Angleterre et USA (Nevada) . . . . .	1957 p.168 N° 69
Argentine . . . . .	1961 p.109 N° 64
Australie . . . . .	1962/63 p.137 N° 65
Belgique . . . . .	1959/60 p.143 N° 70
Brésil . . . . .	1959/60 p.155 N° 80
Brésil et USA . . . . .	1959/60 p.155 N° 81
Canada (Ontario) . . . . .	1962/63 p.141 N° 68
Egypte . . . . .	1957 p.167 N° 67
Haïti . . . . .	1962/63 p.139 N° 66
Iran . . . . .	1958 p.121 N° 42
Irlande . . . . .	1957 p.164 N° 63
Israël . . . . .	1958 p.120 N° 40
Israël . . . . .	1959/60 p.151 N° 77
Liban . . . . .	1962/63 p.142 N° 69
Liechtenstein . . . . .	1962/63 p.149 N° 76
Norvège . . . . .	1957 p.164 N° 64
Paraguay . . . . .	1962/63 p.145 N° 71
Pays-Bas . . . . .	1962/63 p.140 N° 67
Pologne . . . . .	1961 p.107 N° 62
Portugal . . . . .	1962/63 p.145 N° 72
Turquie . . . . .	1962/63 p.146 N° 73
USA (Colorado). . . . .	1961 p.108 N° 63
USA (Massachusetts) . . . . .	1962/63 p.136 N° 64



## *II. La séparation de corps des étrangers en Suisse*

A. La compétence du juge suisse en matière de séparation de corps (art. 146 et 147 CC) obéit aux mêmes règles qu'en matière de divorce, avec cette différence que la séparation de corps peut être prononcée dès que l'un des conjoints est suisse. Il est exclu de séparer de corps les ressortissants des pays qui ne connaissent que le divorce. A l'égard d'étrangers est seule possible la séparation de durée indéterminée<sup>6</sup>. La conversion de la séparation de corps en divorce (art. 148 CC) n'a lieu que si le droit national des parties admet cette conversion.

B. Documentation récente (1957–1967) sur la séparation de corps des étrangers en Suisse.

### a) Jurisprudence :

Obergericht zurichois, du 25 juin 1957; SJZ 54/1958 p. 84 N° 42: en vertu de l'article 2 ch. 1 de la convention italo-suisse sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires<sup>7</sup>, un jugement rendu en Suisse n'est reconnu en Italie que si la partie défenderesse est domiciliée en Suisse; en l'occurrence, l'épouse défenderesse est retournée seule en Italie après avoir émigré en Suisse avec son mari et s'est ainsi constitué en Italie un domicile séparé conformément au droit italien (art. 45 CCI); l'action du mari est donc irrecevable. Le demandeur recourut au Tribunal de cassation, en alléguant entre autres que l'ObG n'aurait pas dû statuer sur l'application de l'article 45 CCI sans demander une consultation à un juriste italien. Ce moyen et le recours ont été rejetés, le 14 octobre 1957.

Cour d'appel du Tessin, du 27 mai 1958; SJZ 55/1959 p. 92 N° 37 (résumé): demandeur suisse, défenderesse italienne; comme l'Italie ne connaît pas le divorce, application par analogie des articles 151 et 152 CC, réglant en Suisse dans le cas de divorce le droit de l'époux innocent à une indemnité ou à une pension<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> SCHNITZER, I p. 421 ch. 2.

<sup>7</sup> RS 12 p. 338.

<sup>8</sup> Normalement, la séparation de corps laissant subsister les liens du mariage, le mari reste obligé selon l'art. 160 CC à entretenir convenablement sa femme. Cf. BARDE, p. 508 al. 2.

Obergericht argovien, du 27 octobre 1964; SJZ 63/1967 p. 59 N° 20: le droit italien connaît en substance la cause de séparation de corps prévue par l'article 142 CC (atteinte si profonde au lien conjugal qu'on ne peut raisonnablement exiger du demandeur de continuer la vie commune).

#### b) Bibliographie:

VASSALLI, M., Rechtliche Überlegungen zur Frage der Trennung bzw. der Scheidung spanischer Staatsangehöriger in der Schweiz; SJZ 58/1962 p. 280.

#### c) Renseignements de la Division de justice:

Espagne, JAA 1957 p. 173 N° 71 et 1959/60 p. 148 N° 74.

### *III. La reconnaissance et la modification, en Suisse, des jugements de divorce et de séparation de corps rendus à l'étranger*

A. La loi est muette sur ces objets. Selon l'opinion dominante<sup>9</sup>, lorsque le pays d'origine des parties reconnaît un jugement de divorce ou de séparation de corps, la Suisse le reconnaît aussi. Cependant, la décision rendue à l'étranger entre un mari étranger et une Suissesse n'est reconnu en Suisse que si elle a été prononcée par un tribunal ou une autorité ayant le pouvoir d'examiner les causes invoquées et d'admettre ou de rejeter la demande<sup>10</sup>. Quid, lorsque les époux sont de nationalité différente et que l'un des Etats d'origine reconnaît le divorce tandis que l'autre ne le reconnaît pas? Nous aurons l'occasion de traiter la question sous lettres B/c ci-dessous.

En principe, les tribunaux suisses sont incompétents pour modifier (art. 163 al. 2 et 157 CC) ou compléter un jugement étranger, en ce qui concerne les effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps. La règle est loin d'être absolue, comme on va le voir.

---

<sup>9</sup> BECK, p. 396–400, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 h LRDC n. 12–20; SCHNITZER, I p. 375.

<sup>10</sup> BECK, p. 362–365, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 g LRDC n. 109–115 et p. 369 n. 131.

*B. Documentation récente (1957–1967) sur la reconnaissance et la modification, en Suisse, des jugements de divorce et de séparation de corps rendus à l'étranger.*

*a) Jurisprudence:*

ATF F.c. Standeskommission d'Appenzell Rhodes Intérieures, du 8 février 1962; RO 88 I 48 et JdT 1963 I 619 (résumé): la répudiation d'une Suissesse par son mari Egyptien n'est pas reconnue en Suisse et ne saurait donc y être inscrite dans les registres de l'état civil.

Tribunal de district de Zurich, du 26 novembre 1963; SJZ 60/1964 p. 289 N° 210: la répudiation du droit iranien ne peut être reconnue en Suisse.

ATF Baumberger c. CE bernois, du 6 juin 1963; RO 89 I 303 et JdT 1964 I 271: L'épouse, à la fois allemande et suisse, d'un Suisse s'est créé un domicile personnel (art. 25 et 170 CC) en Allemagne ou y séjourne habituellement; elle peut dès lors, en vertu du droit allemand, ouvrir action en divorce en Allemagne; le jugement consécutif à cette action est reconnu en Suisse.

ATF B.c.M., du 2 juillet 1959; RO 85 II 153 et JdT 1960 I 509 (résumé): règle générale, les tribunaux suisses refuseront de se saisir d'une action concernant les effets accessoires de la dissolution d'un mariage prononcée à l'étranger; mais la règle souffre des exceptions, en particulier lorsqu'une mère actuellement domiciliée en Suisse n'a, en vertu du droit national du mari qui l'a répudiée, aucun pouvoir de demander au juge de prendre à l'égard des enfants les mesures commandées par des faits nouveaux (art. 157 CC); le droit suisse sera alors applicable. Il s'agissait d'une demande de modification d'une convention sur l'exercice de la puissance paternelle, conclue à l'occasion de la répudiation – selon le droit iranien – d'une Suissesse par un Iranien. Le TF s'est dispensé, en l'espèce, de se prononcer sur la reconnaissance, en Suisse, d'une telle répudiation.

Amtsgericht de Lucerne-Ville, du 11 février 1960; SJZ 57/1961 p. 112 N° 25: sa compétence ayant été admise par le TF dans l'arrêt précédent, l'AG a statué sur le fond, en appliquant le droit suisse nonobstant l'article 8 al. 3 de la convention d'établissement irano-suisse (RS 11 p. 643).

ATF Höppner c. A. et M. Walter, du 15 octobre 1964; RO 90 II 351 et JdT 1965 I 103: un défendeur allemand domicilié en Suisse y est attaqué par ses enfants, attribués à leur mère divorcée et domiciliée en Allemagne, en vue de déterminer la con-

tribution d'entretien du défendeur; compétence du juge suisse admise à titre exceptionnel, parce que le droit allemand prévoit lui-même la compétence exclusive du for du défendeur; application du droit suisse; reconnaissance de la légitimation active des demandeurs.

Obergericht argovien, du 27 octobre 1964; SJZ 63/1967 p. 59 N° 21: Autrichien domicilié en Suisse et divorcé en Autriche d'une femme qui est ensuite devenue suisse par remariage avec un Suisse domicilié en Suisse; enfants attribués à leur mère; l'époux divorcé demande au juge du domicile suisse de la défenderesse de modifier la pension des enfants et le droit de visite, d'une part, et d'ordonner à la défenderesse, d'autre part, de lui restituer – à lui demandeur – différents objets provenant de l'ancien ménage; compétence du juge suisse admise, bien qu'il ne fût pas impossible au demandeur de procéder en Autriche. L'exception paraît tendre à supplanter la règle.

#### b) Bibliographie:

Lalive, P. Les effets des divorces étrangers en Suisse, recueil de travaux suisses au cinquième congrès international de droit comparé, 1958 p. 81.

#### c) Renseignements de la Division de justice:

Divorce prononcé en Israël entre des époux de nationalité différente, l'un des pays d'origine reconnaissant le divorce et l'autre pas. Contrairement à l'opinion de BECK (p. 397, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 h LRDC n. 15), qui voudrait que chaque partie soit traitée en Suisse selon son droit national, le Service de justice propose de considérer uniquement le droit national de la partie demanderesse et, à l'instar de ce droit, de reconnaître en l'espèce en Suisse aux deux parties la qualité de divorcé. – JAA 1957 p. 172 N° 70. – Nous préférons la solution de BECK. Elle est en harmonie avec la jurisprudence fédérale, qui admet que le divorce de l'épouse suisse d'un Italien est un divorce boîteux<sup>11</sup>. Pourquoi n'en serait-il pas de même du divorce dont il s'agit ici ?

Séparation de corps de Français en France. Le principe selon lequel la Suisse reconnaît les jugements étrangers reconnus par l'Etat national des parties a pour conséquence que sont *a fortiori* reconnus les jugements rendus dans le pays d'origine des conjoints. – JAA 1957 p. 174 N° 72.

---

<sup>11</sup> V. plus haut p. 550.

## Chapitre IX

### *L'action en nullité de mariage. L'action en constatation de l'existence ou de l'inexistence du mariage*

A. La législation suisse ne dit rien de la recevabilité ni des modalités d'une action en nullité du mariage d'époux étrangers. Pour combler cette lacune, la doctrine et la jurisprudence ont déclaré applicables, par analogie, à l'action en nullité les règles du divorce, résumées sous chiffre I au chapitre VIII ci-dessus<sup>1</sup>.

Cette règle est relative. C'est ainsi que, si le for est bien au domicile de l'époux demandeur, il est au domicile des défendeurs<sup>2</sup> lorsque le demandeur est un tiers. D'autre part, contrairement aux exigences de l'article 7h LRDC, l'existence et les effets de la cause de nullité s'apprécient exclusivement selon le droit de l'Etat d'origine, sans cumul avec le droit suisse<sup>3</sup>. Par Etat d'origine, il faut entendre le pays dont le droit régit le mariage litigieux, à savoir: a) pour les mariages du droit commun, l'Etat dont les parties sont actuellement ressortissantes; b) pour les mariages soumis à la Convention de la Haye de 1902, l'Etat dont les conjoints étaient ressortissants lors de la célébration, quant au fond, et celui où la célébration a eu lieu, quant à la forme. Dans cette seconde éventualité, le droit national actuel n'en est pas moins pris en considération, puisqu'il doit reconnaître le

---

<sup>1</sup> Ainsi, SCHNITZER, I p. 363, et SECRÉTAN, p. 19 ss.

<sup>2</sup> Le domicile du mari est déterminant. Cependant, lorsque le mari est étranger et que l'épouse est suisse, le for est au domicile suisse de l'épouse; si l'un des conjoints est suisse et qu'ils n'aient pas de domicile en Suisse, l'action peut être ouverte au lieu d'origine du conjoint suisse; cela du moins quand le tiers demandeur se prévaut d'une cause de nullité absolue qui fait partie de l'ordre public suisse (ATF Ackermann c. Kumpera, du 29 septembre 1966; RO 92 II 217 et JdT 1967 I 278).

<sup>3</sup> ATF Santi, du 2 décembre 1943; RO 69 II 342, v. cons. 2b p. 345, et JdT 1944 I 227. Dans le même sens, SECRÉTAN, p. 58-63 et 73/74.

jugement<sup>4</sup>. Quand le mariage, pour être valable, doit répondre aux exigences de plusieurs systèmes juridiques, il suffit d'établir l'existence d'une cause de nullité selon l'un de ces systèmes pour que le mariage soit déclaré nul.

A notre avis, la péremption et la prescription de l'action sont aussi régies par le droit national des conjoints<sup>5</sup>.

Les effets de la déclaration de nullité sont régis par la loi qui aurait régi les effets du mariage, s'il avait été déclaré valable<sup>6</sup>.

B. Sont reconnus en Suisse, sans formalité, les jugements de nullité de mariage :

a) rendus dans l'Etat national des conjoints<sup>7</sup> ou

b) rendus dans un pays tiers et déclarés exécutoires (ou simplement reconnus si l'*exequatur* n'est pas exigée) dans l'Etat national<sup>8</sup>.

Si les époux n'ont pas la même nationalité, le jugement sera apprécié séparément pour chacun d'eux. Comme en cas de divorce, il pourra donc arriver que nous considérions l'un comme marié et l'autre comme libre des liens du mariage<sup>9</sup>.

Lorsque la Convention de la Haye de 1902 est applicable, devons-nous reconnaître – même si l'Etat d'origine ne les reconnaît pas – les jugements rendus sur des questions de vice de forme dans l'Etat où le mariage a été célébré ? Oui, pense SECRÉTAN<sup>10</sup>, qui estime que chaque Etat contractant est en droit de faire trancher par ses tribunaux les questions

---

<sup>4</sup> V. SECRÉTAN, p. 95. Dans le cas Santi, il se posait une question de fond et le droit italien était à la fois le droit d'origine des époux lors de la célébration et leur droit national actuel.

<sup>5</sup> Contra: SCHNITZER, I p. 365, et les auteurs qu'il cite (n. 92). Plutôt dans notre sens, l'arrêt Santi (v. note précédente), cons. 4 p. 347.

<sup>6</sup> BECK, p. 262/263, ad art. 59 CC Tit. Fin. et 7 f LRDC n. 156.

<sup>7</sup> Y compris les tribunaux ecclésiastiques compétents en vertu du droit national. Pour l'Italie, cf. JAA 1955 p. 44 N° 116.

<sup>8</sup> Annulation à St-Marin du mariage d'Italiens: v. JAA 1959/60 p. 157 N° 82.

<sup>9</sup> SECRÉTAN, p. 56/57.

<sup>10</sup> P. 93.



soumises à sa loi, donc, en ce qui concerne l'Etat où a eu lieu la célébration, les questions de forme. Cette opinion est certes soutenable. Toutefois, reconnaître un pareil jugement de nullité signifie seulement, à mes yeux, admettre que le mariage litigieux est affecté d'un vice de forme qui le rend nul à l'endroit de la célébration. Mais la Suisse et les autres pays restent libres de rechercher si la forme requise par la loi nationale de chacun des fiancés a été observée et, si oui, de tenir le mariage pour valable (art. 7 conv.).

Au demeurant, la Suisse, en qualité de pays de la célébration, ne verra jamais se dérouler devant ses juges un procès en nullité pour vice de forme, puisque notre droit ignore cette cause de nullité. L'article 131 CC interdit de déclarer nul, pour cause d'inobservation des formalités légales, le mariage contracté devant l'officier de l'état civil. Or, comme tout mariage célébré ailleurs est non pas nul mais inexistant, le procès y relatif serait une action en constatation de l'inexistence du mariage. Cette action est possible, d'après la doctrine<sup>11</sup>. A mon sens, il faudrait – quand le juge suisse est compétent – lui attribuer le même for qu'à l'action en nullité: a) domicile suisse du prétendu époux demandeur ou b) domicile suisse du défendeur si l'action est intentée par un tiers.

C'est à ce for que SECRÉTAN voudrait voir plaider l'action inverse, en constatation de l'existence d'un mariage<sup>12</sup>, mais le Tribunal fédéral n'a pas suivi cet auteur. Selon la Cour suprême, l'action en constatation de mariage relève de l'article 8 LRDC et ressortit en conséquence à la juridiction du lieu d'origine<sup>13</sup>. A notre avis, il convient de distinguer entre les actions en constatation qui ont une portée directe sur l'état civil des soi-disants ou prétendus époux et celles

---

<sup>11</sup> EGGER, p. 79, ad art. 120 CC n. 2; p. 96 et 98, ad art. 131 CC n. 1 in fine et n. 8.

<sup>12</sup> P. 17–19, 55–58 et 93/94. V. aussi FLATTET, JdT 1947.

<sup>13</sup> Arrêt Del Ferro, du 27 avril 1945; RO 71 II 128 et JdT 1945 I 621 (résumé).

qui n'en ont point. Les premières tombent bien sous le coup de l'article 8 LRDC et dans la compétence du juge national. C'était le cas de la cause jugée par le TF: la demanderesse concluait à être déclarée l'épouse du défendeur et à ce que ce mariage fût inscrit dans le registre central de l'état civil de la République de Costa-Rica. Quant aux actions de la seconde catégorie, elles tendent seulement à faire dire par le juge qu'un prétendu mariage célébré en Suisse, par exemple un mariage religieux ou diplomatique, est en réalité inexistant en droit suisse, ou au contraire (hypothèse apparemment théorique et sans intérêt pratique) qu'un mariage conforme au droit suisse a bien été célébré dans ce pays. La portée directe de ces dernières décisions étant limitée au système juridique suisse, on ne voit guère pourquoi elles devraient être portées devant une juridiction étrangère, quand les intéressés ou l'un d'entre eux sont domiciliés en Suisse (article 2 LRDC). L'Etat national et les pays tiers restent libres, au gré de leur droit international privé, de reconnaître ou de ne pas reconnaître le mariage dont le juge suisse a constaté l'existence ou l'inexistence.

Pour clore, rappelons que la loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse<sup>14</sup> a introduit dans le code civil une cause nouvelle de nullité absolue, qui ne touche que les fiancées étrangères. Selon l'article 120 ch.4 CC, le mariage est nul «lorsque la femme n'entend pas fonder une communauté conjugale, mais veut éluder les règles sur la naturalisation». C'est le cas célèbre des mariages fictifs, qui ont donné lieu à de nombreux arrêts de 1939 à 1951, époque où la jurisprudence a prévenu le législateur et préparé la novelle<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> ROLF 1952 p. 1115.

<sup>15</sup> ATF publiés au RO 65 II 133 et JdT 1940 I 98, 66 II 225 et JdT 1941 I 8, 67 I 273 et JdT 1941 I 598, 67 II 63 et JdT 1941 I 610, 68 II 273 et JdT 1943 I 162, 70 II 1 et JdT 1944 I 226, 72 I 354 et JdT 1947 I 194, 74 I 420 et JdT 1949 I 262, 75 II 1 et JdT 1949 I 418, 77 II 1 et JdT 1952 I 138. – V. aussi la thèse COURVOISIER.

## Chapitre X

### La filiation

En vertu des articles 8 et 32 LRDC, la filiation légitime ou illégitime, la reconnaissance volontaire ou l'adjudication des enfants naturels et l'adoption sont soumis à la législation et à la juridiction du lieu d'origine. Dans ce cas, le pays d'origine est celui de l'époux, du père ou de l'adoptant.

#### I. La filiation légitime

A. Est déterminante en droit civil la nationalité du père au moment de la naissance.

B. L'action en *désaveu* (art. 253–257 CC) est régie par le droit applicable à la filiation. Elle sera donc portée pour les étrangers, même domiciliés en Suisse, devant la juridiction du pays du père inscrit comme tel à l'état civil et jugée selon la loi de cet Etat, sauf naturellement si celle-ci renvoie au droit suisse ou à un autre système juridique. Nos tribunaux et nos administration ont appliqué cette règle de manière constante<sup>1</sup>.

Pourtant, l'Obergericht zurichois a jugé l'action recevable en Suisse lorsque le droit étranger, tout en admettant la compétence de ses tribunaux, n'en fait pas une compétence exclusive<sup>2</sup>. Il a été, à juste titre, désavoué à son tour par le Tribunal fédéral<sup>3</sup>.

Faut-il donner accès aux tribunaux suisses aux étrangers qui, tout en ayant un lien avec notre pays, ne bénéficient

---

<sup>1</sup> ATF K. c. K. et Sch., du 20 juin 1923; RO 49 II 317 et JdT 1924 I 30 (Allemagne). – Cour d'appel de Bâle-Ville, du 19 octobre 1943; SJZ 40/1944 p. 91 N° 54 (Allemagne). – Tribunal civil de Bâle-Ville, du 24 décembre 1946; SJZ 44/1948 p. 129 N° 42. (France; application des art. 8 LRDC et 11 de la Convention franco-suisse de 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, RS 12 p. 315). – DFJP, du 31 janvier 1957; JAA 1957 p. 179 N° 76, v. p. 180 ch. 2 al. 2 (Suède).

<sup>2</sup> Miotti, du 3 mars 1948; SJZ 44/1948 p. 124 N° 38 (Italie).

<sup>3</sup> SJZ 47/1951 p. 200 et 216, communications.

dans leur patrie d'aucun for où ils puissent porter une action en désaveu, sans que pourtant le droit national renvoie à une autre juridiction ? Oui, estime une partie de la doctrine<sup>4</sup>. La Direction fédérale de la justice est du même avis, mais à la condition que l'Etat d'origine reconnaisse le jugement suisse<sup>5</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la possibilité d'un tel for auxiliaire, mais il l'a déclaré en tout cas exclu lorsque le demandeur est empêché d'agir dans son pays parce qu'il a laissé son droit s'éteindre par l'effet de la péremption ou de la prescription instituées par la loi nationale<sup>6</sup>. Il nous paraît difficile de résoudre le problème *in abstracto*. Si le droit national exclut expressément ou en fait le désaveu, il en pourra résulter en Suisse des effets contraires à l'ordre public, par exemple quand des époux qui y sont domiciliés vivent séparés depuis des années et que la femme est la concubine d'un tiers, dont elle a régulièrement des enfants. Dans ces cas exceptionnels, je serais enclin à admettre le for auxiliaire proposé par les auteurs, et cela même si l'Etat d'origine ne reconnaissait pas la juridiction suisse.

En droit interne, le désaveu doit résulter d'un jugement et non d'une transaction, même passée en justice<sup>7</sup>. En revanche, il n'y aurait pas de motif de ne pas reconnaître en Suisse une transaction passée entre étrangers et valable selon leur droit national.

C. La *légitimation* des enfants naturels (art. 258 à 263 CC) est soumise au droit national du père, que la légitimation intervienne par le mariage des parents ou pour une autre cause.

---

<sup>4</sup> SCHNITZER, I p. 453.

<sup>5</sup> JAA 1954 p. 150 N° 57 et 1955 p. 145 N° 69.

<sup>6</sup> a) V. c. L. et V., du 17 octobre 1959; RO 85 II 305, v. cons. 2 p. 312, et JdT 1960 I 573 (résumé). – b) X. c. Y., du 30 mars 1962; RO 88 II 6, v. cons. 2 p. 9, et JdT 1962 I 495.

<sup>7</sup> ATF Brüttsch et Kuster c. Office de l'état civil de St-Gall, du 8 juin 1939; RO 65 I 156.

Le Tribunal fédéral s'est occupé de la question de la nationalité de l'enfant légitimé, qu'il a résolue en assimilant cet enfant à celui qui naît pendant le mariage<sup>8</sup>.

L'action en nullité de la légitimation ressortit également à la loi et à la juridiction du pays d'origine du père inscrit. Peut-on aussi attaquer la légitimation par le voie de l'action en rectification des registres de l'état civil de l'article 45 al. 1<sup>er</sup> CC, donc devant le juge du lieu où se trouvent les actes à rectifier? Sans doute si l'inscription de la légitimation (après mariage) est due à une erreur des fiancés ou de l'officier de l'état civil<sup>9</sup>. Mais, si les fiancés ont bien eu l'intention de légitimer l'enfant de la fiancée, fût-ce sans droit, et que l'officier de l'état civil a transcrit fidèlement l'expression de leur volonté, seule une action d'état au for international est possible<sup>10</sup>.

En vertu de la même règle de rattachement, la demande de légitimation d'un enfant de fiancés est portée devant le juge suisse et soumise au droit suisse, lorsque les demandeurs sont étrangers mais que le fiancé défunt ou devenu incapable de se marier était ou est suisse (art. 260 CC). D'après la Cour d'appel bernoise, l'article 8 LRDC a, dans cette hypothèse, une portée internationale: il établit le for au lieu d'origine du père, soit en Suisse; mais, du point de vue intercantonal, il doit céder le pas à l'article 261 CC, aux termes duquel le domicile est au for du demandeur<sup>11</sup>. Nous pouvons suivre la Cour d'appel sur ce point, en précisant que le demandeur étranger qui n'est pas domicilié en Suisse agira, lui, auprès du juge compétent du canton d'origine du père.

---

<sup>8</sup> a) Allachwerdijew c. CE soleurois, du 8 mars 1957; RO 83 I 54 et JdT 1957 I 345. – b) Dezuari c. CE bernois, du 19 juin 1964; RO 90 I 128.

<sup>9</sup> ATF G. c. G., du 8 décembre 1960; RO 86 II 437.

<sup>10</sup> TC vaudois Bonnet, du 23 juin 1943; JdT 1943 III 55 et SJZ 41/1945 p. 138 N° 72 (résumé dans la SJZ 40/1944 p. 196 N° 125).

<sup>11</sup> Commune d'Abtigen c. Dölker, du 11 mai 1939; SJZ 36/1939 + 1940 p. 128 N° 23.



D. Les étrangers ne peuvent *adopter* en Suisse que conformément à leur droit national. Les articles 264–269 CC ne leur sont pas applicables, même si l'adopté est suisse. Cependant, lorsque la loi nationale soumet – comme le fait la loi suisse (art. 267 CC) – l'adoption à une permission officielle et que les autorités du pays d'origine ne se réservent pas le droit exclusif de donner cette permission, l'autorité suisse du domicile de l'adoptant sera compétente pour statuer sur la demande d'autorisation. Elle ne l'agréera que si la loi nationale de l'adoptant est respectée. Cette loi règle les effets de l'adoption, entre autres la nationalité, le nom<sup>12</sup> et les droits successoraux de l'adopté.

Quant à la loi nationale de l'adopté, l'autorité suisse n'a en principe pas à en tenir compte. Pourtant, si le défaut de reconnaissance de l'adoption dans le pays de l'adopté entraîne pour celui-ci de trop graves inconvénients, l'autorité peut de ce fait considérer l'adoption comme indésirable et refuser son accord<sup>13</sup>. Dans un cas de 1940, le Direction zurichoise de justice n'a pas permis à un paysan suisse d'adopter un étranger (qui, comme tout étranger, ne serait pas devenu suisse par l'effet de l'adoption), afin de protéger l'agriculture indigène contre l'infiltration étrangère; décision discutable en soi, mais qui s'expliquait peut-être par des circonstances particulières<sup>14</sup>.

L'action en révocation de l'adoption est soumise au même droit que l'adoption. Le juge du pays d'origine de l'adoptant est compétent. Il en est de même de l'action en nullité de l'adoption<sup>14bis</sup>. Lorsque l'autorité suisse a permis à un étranger d'adopter, sans respecter le droit étranger, elle n'a pas à révoquer son autorisation après que l'adoption a eu lieu. Il appartient aux intéressés d'intenter une action d'état dans le pays d'origine de l'adoptant<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Cf. THILO, JdT 1955 I 354. V. aussi JdT 1956 I 158.

<sup>13</sup> ATF Thenen c. CE du Valais, du 22 décembre 1953; RO 79 I 321 et JdT 1954 I 314.

<sup>14</sup> SJZ 38/1941 + 1942 p. 85 N° 32.

<sup>14bis</sup> Sur la nullité de l'adoption, v. FOETISCH, p. 81–83.



L'adoption, institution où la diversité des législations est particulièrement ressentie par les justiciables, a fait l'objet d'une partie des travaux de la IX<sup>e</sup> Conférence de la Haye<sup>16</sup>.

*E.* Alors que le nom de l'enfant légitime est régi par la loi nationale du père (art. 8 LRDC) et que sa ou ses nationalités dépendent de l'effet combiné des différents droits avec lesquels il a des liens de famille ou territoriaux, les autres *effets généraux de la légitimité* relèvent en Suisse de la loi du domicile.

Il s'agit en particulier du devoir d'entretien et d'assistance des parents à l'égard des enfants (art. 271 et 272 CC)<sup>17</sup>, de la puissance paternelle (art. 273–289 CC) et 9 al. 1 LRDC<sup>18</sup> et de l'administration des biens des enfants (art. 290–301 CC). Dans ces domaines, les étrangers domiciliés n'ont pas, en Suisse, de statut spécial. Le droit suisse est aussi applicable lorsqu'il faut les déchoir de la puissance paternelle (art. 285–289 CC) et le juge suisse, compétent<sup>19</sup>.

## *II. La filiation illégitime*<sup>19bis</sup>

*A.* Les *relations juridiques entre l'enfant né hors mariage et sa mère* sont régies en Suisse par la loi nationale de la mère. En effet, on leur applique communément par analogie l'article 8 al. 2 LRDC relatif aux relations juridiques de l'enfant

---

<sup>15</sup> CE de St-Gall, du 11 novembre 1958 ; SJZ 56/1960 p. 106 N° 37. Il ressort de cette décision, comme de l'arrêt Thenen, que l'Italie ne réserve pas à ses autorités (cours d'appel) la compétence exclusive d'autoriser l'adoption ; cf. SJZ 50/1954 p. 352 et 47/1951 p. 200 (communications). – V. aussi l'article J. GUGGENBÜHL sur l'«affiliazione», adoption mineure du droit italien.

<sup>16</sup> STEIGER, SJZ 57/1961 p. 149, v. p. 151.

<sup>17</sup> Cf. Division de justice du DFJP, JAA 1948–1950 p. 205 N° 91, v. p. 206 ch. 2.

<sup>18</sup> La Convention de la Haye sur la tutelle des mineurs ne concerne pas la puissance paternelle : ATF Magnus-Lévy c. Speelmann, du 3 février 1939 ; RO 65 I 13 et JdT 1939 I 534.

<sup>19</sup> ATF Spatz c. Berne, du 29 septembre 1927 ; RO 53 II 283 (bref extrait) et JdT 1928 I 18.

<sup>19bis</sup> V. HEGNAUER et LALIVE, ASSJ 1965.

illégitime avec le père qui l'a reconnu ou dont la paternité a été déclarée par jugement. Pourtant, SCHNITZER préférerait appliquer la loi d'origine de l'enfant<sup>20</sup>, qui n'est pas – ou pas seulement – celle de la mère, entre autres lorsque la nationalité de l'enfant dépend du lieu de sa naissance ou de la nationalité de son père, ou encore que la mère est mariée avec un homme dont elle a acquis la nationalité; cette solution nous paraît bien compliquée.

Dans notre droit interne, la filiation illégitime résulte, à l'égard de la mère, du seul fait de la naissance (art.302 al.1<sup>er</sup> CC). Selon l'article 102 al.4 OEC:

«Il est dressé acte dans le même registre (celui des reconnaissances) de la reconnaissance d'un enfant naturel né en Suisse par sa mère étrangère, lorsque la loi du pays d'origine de cette dernière exige un tel acte pour déterminer la filiation de l'enfant, ainsi que de la reconnaissance d'un enfant naturel né à l'étranger par sa mère suisse lorsque cet acte est nécessaire selon le droit étranger pour déterminer la filiation.»

Quand une étrangère ne reconnaît pas son enfant, la maternité ne peut être déclarée que par le juge national et conformément au droit national de la défenderesse.

La mère à l'égard de laquelle la filiation illégitime est établie a les devoirs et les droits de la mère d'un enfant légitime; toutefois, elle n'acquiert la puissance paternelle que moyennant une décision de l'autorité tutélaire (art.324 CC), qui détermine en même temps ses droits sur les biens de l'enfant (art.327 CC). Or, selon l'article 9 al.1<sup>er</sup> LRDC, la puissance paternelle est régie par la loi du domicile et «cette disposition doit, sans aucun doute, s'entendre en ce sens que le domicile dont il est question ici est celui de la personne dont il s'agit de savoir si et dans quelle mesure elle possède la puissance paternelle sur ses enfants»<sup>21</sup>. En conséquence, les ressortissantes de pays dont la loi confère *de plano* la puissance

---

<sup>20</sup> I p.468.

<sup>21</sup> ATF Maire, du 6 juin 1907; RO 33 I 370, v. cons. III p.378. Il s'agissait ici de filiation légitime.

paternelle à la mère de l'enfant illégitime ne seront investies de ce droit, si elles sont domiciliées en Suisse, qu'en vertu d'une décision de l'autorité tutélaire de leur domicile<sup>22</sup>. Un passage d'un arrêt, où la question n'est au vrai qu'effleurée, est cependant de nature à faire penser que le Tribunal fédéral entend rattacher à la loi d'origine de la mère, en l'occurrence la loi italienne, l'existence de la puissance paternelle sur l'enfant né hors mariage<sup>23</sup>. Il ne nous paraît guère opportun d'appliquer à la puissance paternelle une loi différente, selon que l'enfant est légitime ou illégitime.

*B. Il n'existe, en droit suisse, de relations juridiques d'état civil entre l'enfant né hors mariage et l'homme des œuvres duquel il est issu* que grâce à une reconnaissance ou à un jugement, qui sont régis par la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance ou du défendeur (art. 8 LRDC).

a) Un étranger ne saurait *reconnaître* un enfant illégitime en Suisse que si sa loi nationale lui permet de le faire et qu'elle accorde à la reconnaissance des effets comparables à ceux de la loi suisse.

Article 102 al.3 OEC:

---

<sup>22</sup> Sur le for, v. l'ATF Blaser c. autorité tutélaire de Binningen, du 12 septembre 1946; RO 72 II 333, v. cons. 2 p. 336/337, et JdT 1947 I 12.

<sup>23</sup> Para c. Realini, du 4 juillet 1935; RO 61 II 145, v. cons. 1 in fine p. 146, et JdT 1936 I 244. Cf. l'argumentation de la demanderesse dans l'ATF Lauper c. Togna, du 14 juin 1956; RO 82 II 169, v. p. 170 al. 1<sup>er</sup>, et JdT 1957 I 520 (résumé). Même avis chez SPITZER, SJZ 62/1966 p. 18 ch. I, qui s'appuie sur SCHNITZER, 2<sup>e</sup> édition II p. 393/394. Dans sa 4<sup>e</sup> édition (I p. 468), SCHNITZER se borne à constater, dans un même alinéa, que les relations juridiques entre mère et enfant sont une question de statut et que l'autorité tutélaire décide de l'attribution de la puissance paternelle. Veut-il dire par là que la puissance paternelle est aussi une question de statut? Nous ne le pensons pas: les relations entre parents et enfants légitimes relèvent en principe du statut (SCHNITZER, I p. 449–460), ce qui n'empêche pas ce commentateur d'admettre, en matière de puissance paternelle, la prédominance de l'article 9 sur l'article 8 LRDC.

«L'acte de la reconnaissance par un étranger ne peut être dressé qu'avec l'autorisation de l'autorité cantonale de surveillance. Cette autorisation doit être accordée si la loi du pays d'origine du père attribue à la reconnaissance des effets d'état civil.»

La reconnaissance d'un enfant étranger a lieu, conformément à la loi d'origine de l'auteur de l'acte, sans égard à la loi nationale de l'enfant. Un père suisse est en droit de reconnaître un enfant étranger né de mère inconnue<sup>24</sup>.

Cela quant au fond. Quant à la forme, l'adage *locus regit actum* est généralement admis<sup>25</sup>.

D'après le Tribunal fédéral, l'application de la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance aurait en Suisse des effets contraires à l'ordre public, si elle entraînait la reconnaissance d'enfants adultérins et incestueux, prohibée par l'article 304 CC. Une reconnaissance intervenue au mépris de cette prohibition serait attaquable devant le juge suisse, qui en constaterait alors la nullité. En revanche, la mère suisse d'un enfant reconnu par un étranger, l'enfant ou ses descendants ne peuvent s'opposer à la reconnaissance (art. 305 CC) en alléguant qu'elle est préjudiciable à l'enfant qu'à la condition d'établir que la loi étrangère connaît ce motif d'annulation. Le procès consécutif à l'opposition se déroulera ensuite devant le juge étranger. Jusque là, l'opinion du TF ne paraît fort soutenable. Dans le même arrêt, la Cour suprême s'est demandé si le différend relève aussi du droit étranger lorsque les opposants allèguent que l'enfant n'est pas issu des œuvres de l'homme désigné comme père dans la reconnaissance (art. 305 CC), ou que des tiers attaquent la reconnaissance en justice pour ce motif (art. 306 CC). Oui, semble penser le TF, qui cependant a laissé la question indécise<sup>26</sup>. A notre avis, notre ordre public serait bel et bien troublé, si un étranger dont la paternité est contestée pouvait

---

<sup>24</sup> et <sup>25</sup> ATF Prada, du 19 décembre 1940; RO 66 I 290 et JdT 1941 I 70.

<sup>26</sup> Cocovillo c. Botteron, du 7 juillet 1949; RO 75 II 177 et JdT 1950 I 194. – Sur la prohibition de la reconnaissance des enfants

néanmoins reconnaître en Suisse un enfant – de quelque nationalité que ce soit – avec effets d'état civil, sans que la loi applicable à la reconnaissance permette d'attaquer cette dernière ou alors que la dite loi rendrait l'opposition des intéressés difficile à l'excès.

Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 29 septembre 1952, l'enfant d'une Suissesse perdait la nationalité suisse lorsqu'il était reconnu par un père étranger dont il acquérait par là la nationalité. Depuis que la loi est entrée en vigueur, l'enfant nanti de la nationalité du père ne cesse d'être suisse que par le mariage de ses parents (art. 8); cette disposition n'a pas d'effets rétroactifs<sup>27</sup>.

La Convention de Rome, du 14 septembre 1961, portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir la reconnaissance d'enfants naturels, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 mai 1964<sup>28</sup>, est venue modifier quelque peu notre droit international privé à l'égard des ressortissants des autres Etats contractants.

#### Article premier de la convention :

«Au sens de la présente convention, l'acte par lequel une personne déclare être le père d'un enfant naturel est désigné par les termes 'reconnaissance avec filiation' ou par les termes 'reconnaissance sans filiation', suivant que cette déclaration tend à établir ou non un lien juridique de filiation entre celui qui la souscrit et l'enfant naturel qui en est l'objet.»

#### Article 2:

«Sur le territoire des Etats contractants dont la législation ne prévoit que la reconnaissance sans filiation, les ressortissants des autres Etats contractants, dont la législation prévoit la reconnaissance avec filiation, sont admis à souscrire une reconnaissance avec filiation.»

---

adultérins, v. les ATF: a) Oberhauser, du 14 novembre 1946; RO 72 I 343 et JdT 1947 I 130; – b) X et Y, du 14 février 1963; RO 89 I 316 et JdT 1964 I 266.

<sup>27</sup> ATF Dezuari c. CE bernois, du 19 juin 1964; RO 90 I 128.

<sup>28</sup> ROLF 1964 p. 549. Signataires: RF d'Allemagne, Autriche, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse et Turquie (état au 1<sup>er</sup> janvier 1967).



## Article 3:

« Sur le territoire des Etats contractants dont la législation ne prévoit que la reconnaissance avec filiation, les ressortissants des autres Etats contractants, dont la législation prévoit la reconnaissance sans filiation, sont admis à souscrire une reconnaissance sans filiation. »

b) A défaut de reconnaissance, la mère et l'enfant auront le droit – si la loi nationale du prétendu père le permet – de demander au juge de *déclarer la paternité* du défendeur. Sauf en cas de renvoi, est seule applicable la loi nationale et seul compétent le juge national du défendeur (art. 8 et 32 LRDC). Le juge suisse refusera de se saisir même si le pays d'origine du défendeur reconnaît la juridiction suisse<sup>29</sup>.

Il ne se saisira, selon nous, que si le droit étranger déclare la juridiction suisse seule compétente. Quand la partie demanderesse prend contre un étranger à la fois des conclusions d'état civil et des conclusions pécuniaires, le juge suisse recevra les conclusions pécuniaires et déclarera irrecevables les conclusions d'état civil, si la procédure cantonale le permet<sup>30</sup>.

Inversément, les demandeurs étrangers qui veulent faire déclarer la paternité d'un Suisse agiront en Suisse, conformément au droit suisse (art. 307–323 CC). Lorsque toutes les parties sont domiciliées à l'étranger, le for est au lieu d'origine suisse du défendeur (art. 313 CC). Pour le for dans les autres cas, voir plus loin sous lettres C/b.

La mère étrangère qui n'a pas elle-même reconnu son enfant n'a pas qualité pour plaider en paternité en Suisse, que ce soit en son nom ou au nom de l'enfant<sup>31</sup>.

Quand un enfant est reconnu avec filiation ou que la

---

<sup>29</sup> Dans ce sens, SCHNITZER, I 472. Contra: GULDENER, p. 44/45.

<sup>30</sup> TC vaudois Seewer c. Valgimigli, du 28 novembre 1962; JdT 1963 III 46.

<sup>31</sup> ATF Bagnis c. Tettamanti, du 22 juin 1916; RO 42 II 325 et JdT 1917 I 108. Le représentant légal de l'enfant pourrait-il, lui, plaider pour son pupille? Le TF a laissé la question indécise (cons. 3/a p. 328). Oui, pensons-nous.



paternité est déclarée, le père assume à son égard les mêmes obligations qu'envers un enfant légitime. L'autorité tutélaire confère à son gré la puissance paternelle au père ou à la mère, ou place l'enfant sous tutelle (art.325–327 CC).

C. En l'absence d'une reconnaissance avec filiation ou d'une déclaration de paternité, il n'en existe pas moins, en droit suisse, des *obligations pécuniaires* de l'homme des œuvres duquel l'enfant est issu, à l'égard de la mère et de l'enfant.

a) Il est loisible à l'étranger, quel que soit son domicile, de s'engager par *convention* à contribuer à l'entretien de l'enfant qu'il a eu d'une femme domiciliée en Suisse, et à dédommager la mère du fait de la grossesse et de la naissance. Le droit suisse, fondé sur le principe de la liberté des contrats, admet ce genre de convention<sup>32</sup>. Mais il est parfois difficile d'en obtenir l'exécution à l'étranger. L'accord n'est soumis, pour être valable, à aucune forme particulière. En fait, comme l'enfant est forcément représenté par un curateur (art.311 CC) et que l'autorité tutélaire exige de ce dernier qu'il obtienne du père prétendu un engagement écrit, les conventions alimentaires se font par écrit, même lorsqu'elles interviennent hors procès et qu'elles ne prévoient pas de prestations sous la forme de rente viagère (art.517 CO).

Rien ne s'oppose, en droit interne, à ce qu'un étranger conclue en Suisse une convention alimentaire à l'égard de l'enfant d'une femme domiciliée à l'étranger. La valeur d'un tel acte en dehors de nos frontières est problématique. La convention conclue à l'étranger en faveur d'un enfant domi-

---

<sup>32</sup> EGGER, p.241–244, ad art.319 CC n.28–35. – Celui qui ne respecte pas l'engagement d'entretien qu'il a pris par convention est passible de poursuites pénales pour violation d'une obligation d'entretien (art.217 al.2 CP); v. ATF Détienné c. PG du canton de Vaud, du 9 novembre 1945 (RO 71 IV 196 et JdT 1946 IV 44), ainsi que la note DESCHENAUX au JdT p.48: «La promesse d'entretien envers un enfant naturel a-t-elle le caractère d'une obligation du droit de famille?»

cilié en Suisse sera reconnue sans autre en Suisse, si elle répond aux prescriptions de forme de la loi du lieu de conclusion.

Dans certains pays, la convention alimentaire est réglementée comme une reconnaissance mineure et reçue par une autorité de l'état civil. La Convention de Rome a prévu ces «reconnaisances sans filiation» (voir ci-dessus, lettres B/a), qui seront reçues, comme les «reconnaisances avec filiation» par l'autorité compétente, en la forme authentique déterminée par la loi locale, et mentionneront la nationalité dont s'est prévalu le déclarant; elles ont la même valeur que si elles avaient été souscrites devant l'autorité compétente du pays du déclarant (art.4 conv.).

b) Selon notre droit international privé jurisprudentiel, la mère et l'enfant qui voulaient obtenir par *jugement*, en Suisse, des prestations pécuniaires de l'homme des œuvres duquel l'enfant est issu en avaient la faculté, jusqu'en 1956, à l'encontre d'un défendeur étranger, dans la mesure où la loi du lieu où le défendeur était domicilié au moment de la conception le permettait. Le domicile se qualifiait selon la loi suisse<sup>33</sup>. Le 5 octobre 1956, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence et, dans un arrêt Maier c. Sarmenti<sup>34</sup>, a déclaré la *lex fori* applicable à toutes les actions en paternité tendant à des prestations uniquement pécuniaires, recevables en Suisse. Il a justifié cette décision par la nécessité de protéger la mère et l'enfant, sans égard aux difficultés que rencontre à l'étranger l'exécution de tels jugements. L'arrêt Maier c. Sarmenti a suscité des commentaires divers. Approuvé par MERZ<sup>35</sup> et PFENNINGER<sup>36</sup>, qui toutefois voudrait

---

<sup>33</sup> V. par exemple l'ATF Lauper c. Togna, du 14 juin 1956; RO 82 II 169, v. cons. 2 p. 171, et JdT 1957 I 520 (résumé). Cette jurisprudence se fondait sur l'art. 2 LRDC.

<sup>34</sup> RO 82 II 570 et JdT 1957 I 519 (résumé). Le TF constate ici que les art. 2 et 32 LRDC ne sont applicables qu'à l'étranger domicilié en Suisse et qu'ainsi ils n'empêchent pas d'appliquer aux autres étrangers la loi suisse et notamment l'article 312 CC dans tout son contenu.

<sup>35</sup> ZBJV 94/1958 p. 15 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>36</sup> SJZ 53/1957 p. 319.

restreindre l'application du droit suisse aux cas où elle est plus favorable à la mère et à l'enfant, il a soulevé certaines critiques, entre autres de la part d'AUBERT<sup>37</sup> et de SCHNITZER<sup>38</sup>. Le Tribunal fédéral a réfuté ces objections dans un arrêt *Harder c. Reinprecht*, du 7 novembre 1958; il s'en tient à sa nouvelle jurisprudence, en précisant que la législation de l'Etat où le défendeur était domicilié à l'époque de la cohabitation n'entre pas en considération, même si elle est plus favorable à la partie demanderesse<sup>39</sup>.

Là-dessus, la Suisse a adhéré à la Convention de la Haye, du 24 octobre 1956, sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, entrée en vigueur dans notre pays le 17 janvier 1965<sup>40</sup>. Aux termes de cet accord, la loi de la résidence habituelle de l'enfant détermine si, dans quelle mesure et à qui l'enfant peut réclamer des aliments (art. 1<sup>er</sup>). Chaque Etat contractant peut cependant appliquer sa propre loi, lorsque la loi de résidence de l'enfant lui refuse tout droit aux aliments (art. 3), ou bien encore aux conditions suivantes, qui doivent être cumulées: a) si la demande est portée devant une autorité de cet Etat; b) si le débiteur et l'enfant demandeur ont la nationalité de cet Etat; c) si le débiteur a sa résidence habituelle dans cet Etat (art. 2). La loi déclarée applicable par la convention ne sera écartée que si elle aboutit à des résultats «manifestement incompatibles» avec l'ordre public de l'Etat dont relève l'autorité saisie (art. 4). La convention ne s'applique qu'aux cas où la loi de la résidence habituelle de l'enfant, selon l'article 1<sup>er</sup>, est celle de l'un des Etats contractants (art. 6).

Le Tribunal fédéral, après avoir relevé dans un arrêt

---

<sup>37</sup> SJZ 53/1957 p. 353.

<sup>38</sup> II p. 1040.

<sup>39</sup> RO 84 II 602, v. cons. 3 et 4 p. 605 ss., et JdT 1959 I 551 (résumé). V. aussi *Fraundorfer c. Kirks et Lacruz*, du 7 juin 1963; RO 89 II 113, v. cons. 2 p. 115/116, et JdT 1964 I 258 (résumé).

<sup>40</sup> ROLF 1964 p. 1287. Signataires: RF d'Allemagne, Autriche, France, y compris les départements d'outre-mer, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Suisse (état au 1<sup>er</sup> janvier 1967).

F. c. M. et A.P., du 7 juillet 1966<sup>41</sup>, que la convention ne touche pas à la jurisprudence Maier c. Sarmenti en ce qui concerne l'action de la mère, a laissé entendre qu'elle pourrait amener la modification de cette jurisprudence au sujet de la loi applicable à l'action de l'enfant, mais sans trancher la question. Il ne fait pas de doutes, à nos yeux, que la règle de conflit prescrite par la convention l'emporte désormais, pour les causes régies par cet accord international, sur la jurisprudence antérieure.

L'action soumise au droit suisse est régie par les articles 307–322 CC. Elle a le caractère d'une action pécuniaire du droit de famille.

Quant au for, il est fixé par le code civil au domicile que la partie demanderesse avait en Suisse au temps de la naissance, ou au domicile du défendeur au temps de la demande, au choix de la partie demanderesse (art. 312 CC). Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déclaré à maintes reprises, le juge du domicile suisse de la partie demanderesse au temps de la naissance est compétent même lorsque le défendeur est un étranger, qu'il est domicilié à l'étranger, que la partie demanderesse elle-même est étrangère, qu'un tel jugement risque de n'être pas reconnu en dehors de Suisse et même, enfin<sup>42</sup>, quand les parties n'avaient à l'époque de la conception aucun point de rattachement avec la Suisse.

En même temps qu'à la convention sur le droit applicable, la Suisse a adhéré à la Convention de la Haye, du 15 avril 1958, concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants<sup>43</sup>. Selon cet accord, les Etats contractants s'obligent à exécuter les décisions rendues dans les autres Etats con-

---

<sup>41</sup> RO 92 II 82, v. cons. 4/e p. 88 et JdT 1967 I 262.

<sup>42</sup> V. Fraundorfer c. Kirks et Lacruz (déjà cité, v. p. 591 n. 39) et les arrêts mentionnés au considérant 2.

<sup>43</sup> ROLF 1964 p. 1290. Signataires: RF d'Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Italie, Norvège, Pays-Bas (avec la réserve de l'art. 18 conv.), Suisse, Suède et France, y compris les départements d'outre-mer (état au 1<sup>er</sup> janvier 1967).

tractants, si, entre autres conditions, ces décisions ont été rendues par : 1) les autorités de l'Etat sur le territoire duquel le débiteur ou le créancier d'aliments avait sa résidence habituelle au moment où l'instance a été introduite ; 2) l'autorité à la compétence de laquelle le débiteur s'est soumis, soit expressément, soit en s'expliquant sur le fond sans réserves touchant la compétence.

Comme le Tribunal fédéral l'a constaté, cette convention n'oblige point ses signataires à adapter leur droit interne sur le for au droit conventionnel ; elle fixe seulement les conditions dans lesquelles une décision est exécutoire dans tous les pays contractants ; ces derniers restent néanmoins libres de rendre des décisions qui ne seront pas forcément exécutoires hors de chez eux. Le Tribunal fédéral a donc maintenu sa jurisprudence sur le for de l'action en paternité – sans effets d'état civil – en matière internationale<sup>44</sup>.

En lieu et place des deux juridictions prévues par l'article 312 CC, les demandeurs domiciliés à l'étranger qui attaquent un Suisse domicilié aussi à l'étranger peuvent ouvrir action devant le juge du lieu d'origine (suisse) du défendeur (art. 313 CC).

c) Règle générale, la *revision* des décisions concernant le montant de la pension alimentaire de l'enfant relève de la juridiction du domicile du défendeur<sup>45</sup>, pour les Suisses comme pour les étrangers domiciliés en Suisse (art. 320 CC, 2 al. 1<sup>er</sup> et 32 LRDC). Pour les causes auxquelles s'appliquent les conventions de la Haye de 1956 et 1958, voir plus haut, sous chiffres 1 et 2, ainsi qu'un arrêt du 14 janvier 1966 de la Cour d'appel de Bâle-Ville<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> F. c. M. et A. P. (déjà cité, v. p. 592 et n. 41).

<sup>45</sup> V., dans un domaine voisin, les commentaires de Max Frenkel sur un jugement du Tribunal de district d'Uster, «Abänderung der Unterhaltsverpflichtung aus deutschem Vaterschaftsanerkennnis in der Schweiz», SJZ 61/1965 p. 4.

<sup>46</sup> SJZ 62/1966 p. 273 N° 159.



## *Chapitre XI*

### *La dette alimentaire entre parents*

A. En vertu des articles 328 et 329 CC, chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, ainsi que – s'il vit dans l'aisance – à ses frères et sœurs, lorsqu'à défaut de cette assistance ils tomberaient dans le besoin.

Ces dispositions légales ne concernent ni le devoir réciproque d'entretien des époux, réglé par l'article 159 CC, ni le devoir d'entretien des parents à l'égard des enfants qui n'ont pas encore acquis leur indépendance économique, réglé par les articles 272, 324 et 325 CC.

B. a) La loi applicable à la dette alimentaire dont traitent les articles 328 et 329 CC est déterminée, dans les Etats signataires de la Convention de la Haye de 1956, pour les «enfants» de moins de 21 ans (art. 1<sup>er</sup> al. 4 conv.) à l'exception des collatéraux (art. 5 al. 1<sup>er</sup> conv.), par les articles 2 à 4 de la convention. Nous renvoyons à ce propos aux pages 577 et 578 ci-dessus.

Pour les autres cas, la situation n'est pas claire. Certes, l'article 9 al. 2 LRDC prescrit que «l'obligation alimentaire fondée sur la parenté est régie par la loi du lieu d'origine de la personne qui doit les aliments». Mais on admet souvent que cette norme n'a qu'une portée intercantonale et qu'elle est devenue sans objet depuis l'unification du droit civil.

D'aucuns, comme SCHNITZER<sup>1</sup>, proposent néanmoins d'appliquer à l'obligation d'entretien la loi nationale du débiteur, quitte, si cette loi présente de graves lacunes, à lui substituer la loi suisse. D'autres, comme STAUFFER<sup>2</sup>, entendent n'appliquer que le droit suisse aux étrangers domiciliés en Suisse, pour des motifs d'ordre public.

---

<sup>1</sup> I p. 479/480.

<sup>2</sup> P. 63, ad art. 9 al. 2 LRDC n. 7. V. aussi la thèse ASLANER, p. 172 ch. 204.



Le Tribunal fédéral, lui, a statué en substance comme il suit, dans un arrêt *Rühle c. Schwarz* du 21 décembre 1933<sup>3</sup>:

1. Le droit suisse est applicable entre créancier (suisse ou étranger) et débiteur étranger domiciliés en Suisse, sauf si la loi nationale du débiteur d'aliments est plus favorable au créancier.

2. Le droit suisse est applicable entre créancier étranger et débiteur suisse domiciliés en Suisse<sup>4</sup>.

3. Le droit suisse est applicable au créancier étranger domicilié à l'étranger qui s'en prend à un débiteur suisse domicilié en Suisse, à la condition que la loi nationale du créancier connaisse, pour le rapport de parenté en cause, une obligation au moins aussi étendue que celle du droit suisse.

4. Le Tribunal fédéral n'a pas prévu le cas où le créancier est un étranger domicilié à l'étranger et le débiteur, un étranger domicilié en Suisse. Sans doute faut-il l'assimiler au cas N° 1.

Le système proposé par SCHNITZER, entre autres<sup>5</sup>, nous paraît plus simple et aussi équitable que celui qui ressort de l'arrêt *Rühle*. Dans les hypothèses N° 1, 2 et 4, il aboutit pratiquement à des résultats sinon identiques du moins analogues. Quant à l'hypothèse N° 3, relevons que SCHNITZER (p.480 al.1<sup>er</sup>) paraît ne pas exclure la réserve de la réciprocité. Mais celle-ci n'atteindra son but que si l'on tient compte, non pas de la loi nationale du créancier, mais de la loi dont il relèverait s'il était débiteur et défendeur, qui n'est pas forcément sa loi nationale mais peut-être celle de son domicile.

On pourrait être tenté, par souci d'unité, d'étendre au domaine qui nous occupe la règle de conflit applicable au devoir d'entretien des époux et des père et mère, autrement

---

<sup>3</sup> RO 59 II 412 et JdT 1934 I 130 (suivi d'une note de la rédaction, p.134).

<sup>4</sup> Dans le même sens, décision du 5 janvier 1951 du CE saint-gallois; SJZ 50/1954 p.146 N° 61.

<sup>5</sup> Cf. rapport de la Division de justice du DFJP, du 26 octobre 1950; JAA 1948-1950 p.205 N° 91, v. ch.3 p.207.

dit de recourir à la loi du domicile, soit en l'occurrence du domicile du débiteur. Il y faut pourtant renoncer. En effet, en matière d'obligations alimentaires entre parents, les législations diffèrent si profondément les unes des autres qu'en changeant de domicile le débiteur pourrait remettre sans cesse en cause le droit du créancier.

b) L'article 328 al.3 CC s'applique aux étrangers: le for est donc au domicile du débiteur, ce qui coïncide avec les exigences de la Convention de la Haye de 1958<sup>6</sup>, relative elle aussi aux «enfants» de moins de 21 ans, à l'exception des cas d'assistance entre collatéraux. Nous admettons, avec SCHNITZER, l'existence d'un for suisse subsidiaire en faveur du demandeur domicilié dans notre pays et auquel aucune juridiction ne serait ouverte à l'étranger.

C. En matière de prestations alimentaires du droit de famille, les parties ont en général le droit de demander au juge de modifier le régime établi, quand les circonstances se sont elles-mêmes modifiées.

La loi applicable sera déterminée selon les critères dégagés sous lettre B ci-dessus.

Sur le terrain intercantonal, l'action en modification est sans doute portée au for ordinaire du domicile du défendeur<sup>7</sup>. Qu'en est-il sur le terrain international? Lorsqu'on lui demande de modifier un jugement étranger, le juge suisse devrait, à notre sens, ne recevoir l'action qu'exceptionnellement, comme lorsqu'il est requis de modifier les effets accessoires d'un divorce<sup>8</sup>. S'il s'agit de l'un de ces cas exceptionnels ou d'un jugement suisse, le procès aura lieu au domicile suisse du défendeur ou, quand le défendeur est domicilié à l'étranger, au domicile suisse du demandeur.

---

<sup>6</sup> Cf. p. 578. V. aussi FRANZ WEBER, *Zur Frage der Vollstreckung periodischer Unterhaltsleistungen nach dem Haager Abkommen vom 15. April 1958*, SJZ 61/1965 p. 108.

<sup>7</sup> Dans le même sens, Tribunal de district de Zurich, du 7 mai 1953; SJZ 49/1953 p. 380 N° 329.

<sup>8</sup> V. p. 572.

*D.* L'exécution en Suisse des jugements étrangers est une question qui sort du cadre de cette étude. Bornons-nous à rappeler qu'un jugement peut être *reconnu* sans donner droit cependant à l'exécution forcée. En matière d'aliments, l'inobservation en Suisse d'un jugement étranger reconnu expose le débiteur rénitent à des poursuites pénales pour violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP)<sup>9</sup>.

## *Chapitre XII*

### *Tutelle, curatelle et conseil légal*

#### *I. La tutelle (Vormundschaft), selon le droit commun*

##### Article 10 LRDC :

«La tutelle est régie exclusivement par la loi du domicile de la personne mise ou à mettre sous tutelle. Sont réservées les dispositions des articles 12 à 15.»

##### Article 11 LRDC :

«La tutelle, dans le sens de la présente loi, comprend tant les soins à donner aux personnes placées sous tutelle que l'administration de leurs biens.»

##### Article 33 LRDC :

«La tutelle constituée en Suisse pour un étranger doit être remise à l'autorité compétente du lieu d'origine, sur la demande de celle-ci, à condition que l'Etat étranger accorde la réciprocité.»

Par le jeu des articles 10, 11 et 32 LRDC, les étrangers domiciliés en Suisse sont donc assimilés, règle générale, aux ressortissants du pays en ce qui concerne la tutelle (art. 350–456 CC). Le domicile est qualifié selon le droit suisse. S'il en résulte un statut des étrangers fort simple, le fonctionnement de l'institution n'en est pas moins compliqué, parce que la tutelle relève de la loi nationale du pupille dans la plupart des systèmes juridiques continentaux, d'où de fréquents

---

<sup>9</sup> Obergericht lucernois, du 5 mai 1961 ; SJZ 59/1963 p. 347 N° 175.

conflits, que l'article 33 LRDC ne suffit pas à résoudre<sup>1</sup>. Certes, la tendance moderne est plutôt de rattacher la tutelle à la législation du domicile, de sorte que nous pouvons espérer aller dans ce domaine vers une certaine unification du droit, sans avoir à modifier essentiellement le nôtre.

Selon la conception du code civil, les mineurs ne sont placés sous tutelle que s'ils ne se trouvent pas sous puissance paternelle, ce qui se détermine selon le droit suisse pour les pères et mères domiciliés en Suisse (art. 9 al. 1 et 32 LRDC) ou sans domicile connu. La tutelle dure aussi longtemps que la minorité, qui est définie elle-même par la loi nationale. Il appartient à l'autorité tutélaire du domicile de pourvoir d'un tuteur le mineur étranger qui cesse d'être sous puissance paternelle ou qui est déjà sous tutelle lorsqu'il transfère son domicile de l'étranger en Suisse. La tutelle prend fin quand le pupille transfère son domicile à l'étranger.

De même que le Suisse, l'étranger majeur qu'il faut priver de l'exercice des droits civils est interdit et pourvu d'un tuteur par les soins des autorités compétentes de son domicile<sup>2</sup>, qui sera réputé être au lieu de résidence dans les cas prévus par l'article 24 al. 2 CC<sup>3</sup>. L'interdiction est publiée. Elle doit l'être également, lors de l'établissement en Suisse, lorsqu'un étranger déjà interdit vient y prendre domicile<sup>4</sup>.

Aux termes de l'article 12 LRDC<sup>5</sup>, l'autorité tutélaire du domicile informera l'autorité du pays d'origine de la constitution et de la main-levée de la tutelle, ainsi que du changement de domicile du pupille, et fournira à cette autorité les renseignements que celle-ci lui demandera. L'omission de

---

<sup>1</sup> SCHNITZER, I p. 482.

<sup>2</sup> ATF de Vaynes van Brakell Buys, du 7 février 1934; RO 61 II 12, v. cons. 1/a p. 15, et JdT 1935 I 484.

<sup>3</sup> Ibidem, cons. 1/b p. 16.

<sup>4</sup> ATF von Rodich c. Creditanstalt in Luzern, du 21 septembre 1928; RO 54 II 346 et JdT 1929 I 203.

<sup>5</sup> L'art. 12 est applicable aux Etats étrangers selon l'art. 32: KAUFMANN, p. 149, Vorbemerkungen zum 3. Abschnitt n. 19.

l'avis prescrit par l'article 12 n'invalide pas la constitution de la tutelle<sup>6</sup>.

Dans le domaine de l'administration de la tutelle, le fait que le pupille était étranger et qu'il résidait à l'étranger a justifié de la part du tuteur et de l'autorité tutélaire – dans une cause jugée par le Tribunal fédéral<sup>7</sup> – des placements de capitaux à l'étranger qui n'auraient pas été admissibles, au regard de l'article 401 CC, si le pupille avait été suisse et domicilié en Suisse.

### *II. La tutelle, selon la Convention de la Haye du 12 juin 1902 pour la tutelle des mineurs<sup>8</sup>*

La tutelle d'un mineur ressortissant d'un des Etats contractants, qui a sa résidence habituelle sur le territoire de l'un de ces Etats, est réglée par sa loi nationale (art. 1<sup>er</sup> et 9 conv.), ou – subsidiairement – par la loi du lieu de la résidence si le pays d'origine, informé du cas de tutelle, n'institue pas cette dernière (art. 3 conv.). La Suisse n'autorise pas les agents diplomatiques et consulaires à pourvoir à la tutelle de leurs ressortissants sur le territoire de la Confédération (cf. art. 2 conv.); ces tutelles sont organisées directement par les autorités instituées dans le pays d'origine. L'administration tutélaire s'étend à la personne et à l'ensemble des biens du mineur, quel que soit le lieu de leur situation, une exception étant possible pour les immeubles (art. 6 conv.).

Les mesures provisoires et urgentes sont prises par les autorités du lieu de résidence (art. 7 conv.).

Dans sa session de mars 1960, la commission spéciale désignée en 1956 par la Conférence de la Haye afin de préparer la révision de la convention de 1902, a proposé de

---

<sup>6</sup> ATF de Vaynes, cons. 1/c p. 17.

<sup>7</sup> ATF Wolfe c. Frei et consorts, du 8 avril 1952; RO 78 II 338 et JdT 1953 I 260.

<sup>8</sup> RS 11 p. 748. – Signataires: Allemagne, Belgique, Espagne, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal et Suisse (état au 1<sup>er</sup> janvier 1967).

refaire entièrement cet accord international, sur des bases dont voici l'essentiel<sup>9</sup>:

a) La convention ne concernerait plus la tutelle seulement, mais toutes les mesures qui tendent à la protection de la personne ou des biens du mineur. En effet, l'interprétation du mot «tutelle» a donné lieu à des conflits. L'un d'eux, le cas Boll, a été tranché en 1958 par la Cour internationale de justice de la Haye. Il opposait les Pays-Bas à la Suède, les premiers contestant à la seconde le droit de prendre des mesures administratives de rééducation et de sécurité à l'égard d'un résident néerlandais. La Cour a donné gain de cause à la Suède, qui n'en a pas moins dénoncé la convention<sup>10</sup>.

b) Les mesures visées par la convention ressortiraient à la législation et à la juridiction du lieu de la résidence habituelle du mineur. C'est que l'attribution de la compétence aux autorités nationales n'a guère satisfait. Le pays d'origine s'est trop souvent déchargé de sa tâche sur le pays de résidence. Le souci d'harmoniser le droit et le for a poussé la commission à abandonner le rattachement au droit national.

c) Le pays d'origine conserverait la faculté de prendre, *en faveur* de ses ressortissants à l'étranger, après avoir consulté les autorités du pays de résidence, des mesures prévues par sa législation et exécutées par ses organes. En outre, les «rapports d'autorité» qui s'établissent *ex lege* dans certaines circonstances continueraient à relever de la loi nationale, du moins en attendant que les magistrats ou fonctionnaires du lieu de résidence aient pris les mesures appropriées. Il s'agit, par exemple, de la tutelle qu'exerce d'office la mère, dans certains systèmes juridiques, au décès du père.

d) Les mesures tutélaires prises dans un Etat signataire seraient reconnues dans les autres Etats signataires. En

---

<sup>9</sup> W. VON STEIGER, Die Revision des Haager Abkommens von 1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige, SJZ 56/1960 p. 256.

<sup>10</sup> V. ROLF 1959 p. 27.



revanche, elles n'y seraient exécutoires que conformément au droit local ou aux conventions internationales ad hoc.

La réforme envisagée constitue un progrès incontestable. Bien que la notion de résidence habituelle ne soit pas l'exact équivalent de notre notion de domicile, plus juridique, la revision contribuera grandement à rapprocher du nôtre le droit international privé des autres Etats signataires<sup>11</sup>.

### *III. La tutelle, selon les autres conventions internationales*

En vertu de l'article 10 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements (RS 12 p.315), la tutelle des mineurs et interdits français résidant en Suisse est réglée par la loi française (et réciproquement). Les contestations y relatives relèvent des autorités françaises, sous réserve des mesures conservatoires et du régime des immeubles.

Contiennent en outre des dispositions sur la tutelle, qui toutefois ne dérogent pas au droit commun, les conventions sur l'exécution des jugements conclues: a) le 3 janvier 1933 avec l'Italie (RS 12 p.338, art. 11), b) le 15 décembre 1961 avec l'Autriche (ROLF 1962 p. 269, art. 10), c) le 21 décembre 1926 avec la Tchécoslovaquie (RS 12 p.348, protocole additionnel ch. I).

### *IV. La curatelle et le conseil légal*

La curatelle (Beistandschaft, art. 392–394, 396 et 397 CC) est une institution tutélaire à caractère spécial et temporaire, aux fins de représentation, de gestion ou de contrôle. Conformément aux articles 10 et 11 LRDC, les étrangers en bénéficient comme les Suisses; cela, même dans le cadre de la

---

<sup>11</sup> Les travaux de la Conférence ont abouti, le 5 octobre 1961, à la conclusion d'une «Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs», que la Suisse a signée avec la France, l'Italie, la Yougoslavie, le Luxembourg et les Pays-Bas, mais que les Chambres fédérales n'ont pas encore ratifiée.

convention de la Haye ou de la convention franco-suisse<sup>12</sup> lorsqu'il y a urgence, ce qui est presque toujours le cas. L'autorité tutélaire suisse peut désigner un curateur à une personne morale étrangère, en vue de sauvegarder les biens que celle-ci possède dans le pays<sup>13</sup>.

Très différente est l'institution du conseil légal (Beirat-schaft, art. 395 CC). Le conseil légal est un tuteur aux pouvoirs restreints. C'est pourquoi, à notre avis, l'institution est soumise aux mêmes règles de conflit que la tutelle, dont elle constitue une forme mineure.

---

<sup>12</sup> ATF Rubin c. Mange, du 9 novembre 1945; RO 71 II 211.

<sup>13</sup> ATF: a) Wilbuschewitsch c. Waisenamt de Zurich, du 13 juillet 1925; RO 51 II 259 et JdT 1926 I 66; – b) Erste Österreichische Sparkasse c. Zurich, du 25 mars 1943; RO 69 II 20 et JdT 1943 I 391.

## Titre III

## DROIT DES SUCCESSIONS

*Chapitre premier**Généralités et successions ab intestat*

Parler du statut des étrangers en Suisse en droit des successions, c'est heureusement parler du droit applicable à leur succession et aux dispositions par lesquelles ils entendent la régler, et non de la capacité des étrangers d'être héritiers ou légataires. Cette capacité, est-il besoin de le rappeler, leur est reconnue aujourd'hui sans restriction, cela même si leur pays d'origine ne nous accorde pas la réciprocité<sup>1</sup>.

Selon les articles 22 al.1 et 32 LRDC, la succession est soumise à la loi du dernier domicile du défunt. Ce domicile sera qualifié conformément au droit suisse<sup>2</sup>. Le droit suisse (art. 457–640 CC), s'il est applicable, désigne alors les héritiers légaux et règle la succession dans son entier. Mais il arrivera que d'autres Etats ne lui reconnaissent pas la qualité de régir la succession et qu'en conséquence les biens situés dans ces pays échappent à son empire.

La loi suisse est muette sur le statut des biens ayant appartenu à un *de cujus* étranger domicilié à l'étranger et qui se trouvent en Suisse. Ils sont soumis au droit qui règle la succession<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ATF Hoirs Pribiloff, du 15 juillet 1931; RO 57 II 396 et JdT 1932 I 540 (résumé).

<sup>2</sup> Cf., par exemple, l'ATF de Lorient c. Catoire de Bioncourt, du 21 octobre 1943; RO 69 II 357, v. cons. 1 p. 362, et JdT 1944 I 299.

<sup>3</sup> ATF Chambers et Eisler c. Isay et consorts, du 27 juin 1946; RO 72 III 100, v. cons. 1 p. 104, et JdT 1947 I 212. – Cf. DAGON, ROGER: Das auf in der Schweiz liegende Grundstücke von in Ausland verstorbenen Amerikanern anwendbare Recht, SJZ 60/1964 p. 181.

## Chapitre II

### *Dispositions à cause de mort*

A. Dérogeant à la fois à la règle que l'exercice des droits civils est régi par la loi nationale et à la norme exceptionnelle de l'article 7b LRDC en faveur de la *lex loci contractus*, l'article 7 al.4 LRDC dispose que la capacité de tester est régie par le droit du lieu où le testateur avait son domicile à la date de la disposition de dernière volonté.

La réserve des héritiers légaux dépend du droit applicable à la succession, qui règle aussi les actions en réduction (et en annulation) des dispositions à cause de mort. Quand la succession d'un étranger est soumise au droit suisse, la réserve des frères et sœurs est fixée exclusivement par le droit fédéral (art.471 ch.3 CC, cf.472).

L'étranger domicilié en Suisse a la faculté de soumettre sa succession à sa loi nationale, par testament ou par pacte successoral (art.22 al.2 et 32 LRDC). Une telle *professio juris* rend applicable à l'ensemble de la succession le droit matériel du système juridique choisi, mais non son droit international privé; elle n'influe pas sur le for. Au demeurant, chaque pays sera naturellement libre de la reconnaître ou non. C'est ainsi qu'elle ne sera valable ni en France ni en Belgique pour les immeubles successoraux sis dans ces pays<sup>1</sup>, si elle tend à les soustraire à la loi locale.

En conséquence, c'est au moment du décès, lorsqu'on connaîtra le droit matériel qui règle la succession, qu'on pourra juger de la validité – au fond – des dispositions prises par testament par le *de cujus*. En revanche, l'article 25 LRDC prescrit que les pactes successoraux sont régis quant au fond:

a) par le droit du premier domicile conjugal quand ils ont été conclus entre fiancés; b) dans les autres cas, par le droit du lieu où le défendeur était domicilié lors de la conclusion de l'acte; le tout sans préjudice des dispositions relatives à la

---

<sup>1</sup> FLATTET et DELAUME, JdT 1951 I 4 ch.II. – Division de la justice du DFJP, du 23 octobre 1961, JAA 1961 p.113 N° 69.

réserve et prévues par la loi qui régit la succession. Les donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les disposition pour cause de mort (art. 245 CO), c'est-à-dire, vu leur caractère contractuel, *mutatis mutandis* aux règles du pacte successoral<sup>2</sup>. Relevons que le pacte successoral est frappé de nullité absolue dans quelques législations, notamment en France<sup>3</sup>.

Quant à la forme, les testaments et les pactes successoraux sont valables en Suisse lorsqu'ils satisfont au droit: a) du lieu où l'acte a été passé, ou b) du domicile lors de la passation de l'acte, ou c) du dernier domicile du disposant, ou enfin d) de son pays d'origine (art. 24 et 32 LRDC). A ce dernier propos, la nationalité décisive est celle que le disposant avait à sa mort et non au moment où il a disposé<sup>4</sup>. Il faut distinguer les exigences de formes de celles qui touchent à la capacité de tester: un testament fait par un étranger sous une loi qui lui refuse la capacité de tester ne saurait être reconnu en Suisse, même si l'article 24 LRDC a été respecté. Or, une norme identique peut être considérée dans un pays comme gouvernant la forme et dans l'autre, comme gouvernant la capacité.

La reconnaissance en Suisse de la validité formelle de l'acte n'implique pas que les autres systèmes juridiques le tiendront aussi pour valable<sup>5</sup>.

*B.* De ce point de vue, le testament public des articles 499 à 504 CC (dont le pacte successoral suit la forme) offre une plus grande sécurité au testateur étranger.

L'article 503 exige, entre autres, que les témoins qui concourent à cet acte authentique aient l'exercice des droits

---

<sup>2</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, p. 976/977, ad art. 245 CO n. 19/20.

<sup>3</sup> FLATTET et DELAUME, JdT 1951 I 3 ch. I.

<sup>4</sup> SCHNITZER, II p. 521.

<sup>5</sup> SCHNITZER, ADOLF: Testamentform und Internationales Recht, SJZ 38/1941 + 1942 p. 1. – Cf. COHN, ERNST J.: Errichtung und Widerruf von Testamenten mit englischen Beziehungen in der Schweiz, SJZ 52/1956 p. 122.

civils. Le Tribunal fédéral a admis qu'un étranger mineur selon son droit national mais âgé de vingt ans révolus avait pu fonctionner valablement comme témoin<sup>6</sup>. Arrêt plus facile à justifier en équité qu'en droit.

Le testament olographe (art. 505 CC), simple et économique pour le justiciable, présente l'inconvénient d'être moins souvent reconnu à l'étranger. Le droit néerlandais juge insuffisant le testament olographe qui n'a pas été reçu par un notaire.

A notre connaissance, nos praticiens manquent d'expérience sur la valeur *extra muros* du testament extraordinaire, oral, des articles 506 à 508 CC.

Il est pour le moins douteux que des étrangers puissent conclure valablement en Suisse un testament mutuel. Cette forme de disposer réciproquement de sa succession est prohibée par le droit interne<sup>7</sup>.

### *Chapitre III*

#### *Les conventions internationales conclues par la Suisse*

##### *1. Traité d'amitié avec les USA, du 25 novembre 1850 (RS 11 p. 602)*

En vertu des articles V et VI du traité, la succession des Américains en Suisse est réglée par la loi du dernier domicile du défunt, pour les meubles, et par la loi du lieu de situation, pour les immeubles. Le for suit la compétence, si le différend porte sur l'attribution de la propriété des biens<sup>1</sup>.

---

<sup>6</sup> Jörg et consorts c. Mühlemann, du 8 novembre 1935; RO 61 II 318, v. cons. 2 p. 320, et JdT 1936 I 217.

<sup>7</sup> SCHENKER, ERNST: Sind gemeinschaftliche Testamente zulässig? ZBJV 66/1930 p. 1.

<sup>1</sup> Certificat d'héritier et réserve, cf. ATF B. c. X. du 22 mai 1965; RO 91 II 395 et JdT 1966 I 546. – Mesures conservatoires, ATF Nussle c. Ros et Obergericht argovien, du 8 février 1917; RO 43 I 77 et JdT 1917 I 502.



Il est, pour les autres litiges, au dernier domicile du *de cuius*.

Conformément à l'opinion dominante, la Cour de justice de Genève a jugé, dans un arrêt Rougeron du 4 novembre 1958, que la convention exclut, de la part d'un ressortissant des USA domicilié en Suisse, la faculté de soumettre sa succession à sa loi nationale au moyen de la *professio juris* de l'article 22 al.2 LRDC<sup>2</sup>.

*2. Traité d'amitié avec le Grand-Duché de Bade*, du 6 décembre 1856 (RS 11 p.557)

Tout étonnant que cela peut paraître, le Tribunal fédéral a déclaré encore en vigueur les clauses successorales du traité (art.5 et 6), malgré les métamorphoses qu'a subies le Grand-Duché depuis 1856<sup>3</sup>.

La succession est régie par la loi du pays où se trouvent les biens du *de cuius*. S'ils sont situés dans les deux Etats, la loi d'origine est applicable lorsque le défunt était citoyen de l'un des deux pays; la loi du dernier domicile, s'il était citoyen d'un Etat tiers. Les biens meubles sont censés être au domicile du défunt<sup>4</sup>. Le for suit la compétence.

*3. Traité d'amitié avec l'Italie*, du 22 juillet 1868 (RS 11 p.649)

Aux termes de l'article 17 du traité, les contestations qui pourraient s'élever entre héritiers<sup>5</sup> d'un Italien mort en Suisse, au sujet de sa succession, seront portées devant le

---

<sup>2</sup> Sem. Jud. 1959 p. 589 et SJZ 57/1961 p. 131 N° 33 (résumé). – Cf.: a) RATHGEB, CHARLES, *Professio juris* et convention internationale, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de Lausanne (1958) p. 77; – b) LACHENAL, JEAN-ADRIEN, De quelques jurisprudences récentes en droit international privé. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Première journée juridique (12 juillet 1961) p. 110.

<sup>3</sup> V. le long arrêt Bertschinger, du 14 juillet 1955; RO 81 II 319.

<sup>4</sup> ATF Billinger, du 22 octobre 1915; RO 41 I 334 et JdT 1916 I 313.

<sup>5</sup> Ou entre légataire et héritier: ATF Carmellino c. Président du Tribunal du district de Delémont et Negro, du 16 décembre 1932; RO 58 I 319 et JdT 1933 I 518 (résumé).

juge du dernier domicile que l'Italien avait en Italie. Si les parties en conviennent, elles peuvent toutefois plaider en Suisse, la prorogation d'un for institué par un traité international étant en principe admissible<sup>6</sup>. La compétence du juge italien s'étend aux immeubles sis en Suisse<sup>7</sup>.

*4. Convention avec la France, du 15 juin 1869, sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile (RS 12 p.315).*

Article 5 al. 1<sup>er</sup> et 3 :

«Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou ab intestat et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Français mort en Suisse, devant le tribunal de son dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un Suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Toutefois on devra, pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation...

Il est, du reste, bien entendu que les jugements rendus en matière de succession par les tribunaux respectifs et n'intéressant que leurs nationaux seront exécutoires dans l'autre quelles que soient les lois qui y sont en vigueur.»

Article 2 bis :

«Les mesures provisoires ou conservatoires organisées par la législation d'un des deux pays peuvent être requises des autorités de ce pays, quelle que soit la juridiction compétente pour connaître du fond.»

Bien que la convention ne traite que de la juridiction, elle concerne aussi – selon la conception de l'époque – la loi applicable. Contrairement aux apparences, la circonstance de rattachement n'est pas le lieu du décès du *de cuius*, mais bien son dernier domicile<sup>8</sup>. En revanche, la convention ne

---

<sup>6</sup> ATF Carocari, du 19 novembre 1954; RO 80 II 362, v. cons. 1 p. 364, et JdT 1955 I 369.

<sup>7</sup> Cour d'appel du Tessin, du 21 juin 1950; SJZ 47/1951 p. 334 N° 118 (résumé).

<sup>8</sup> Du moins dans l'interprétation suisse; v. FLATTET, JdT 1951 I 606 al. 4.

concerne vraiment que les Français en Suisse et les Suisses en France; elle ne régit pas la succession d'un Français domicilié en France<sup>9</sup>. D'autre part, une controverse s'est élevée sur la portée de l'exception créée pour les immeubles en faveur de la loi du lieu de situation, que le Tribunal fédéral a tranchée en déclarant la *lex rei sitae* applicable à toute la dévolution des immeubles de la succession<sup>10</sup>.

Dans un arrêt Fréland c. Obergericht de Zurich, du 10 juillet 1924<sup>11</sup>, le Tribunal fédéral a jugé que l'article 5 conv. règle non seulement les litiges entre héritiers mais encore les actions en constatation du droit d'héritier intentées à un tiers; mais non pas l'action en délivrance de biens successoraux dirigée contre un tiers.

Contrairement à l'interprétation qu'il a donnée de l'article 17 du traité avec l'Italie, le Tribunal fédéral a dit que le for de l'article 5 conv. n'est pas prorogeable. Au demeurant, a-t-il précisé, pour que la succession d'un Français résidant en Suisse puisse être portée, conformément à la convention, devant le juge de son dernier domicile en France, encore faut-il que ce Français ait eu un jour un domicile dans son pays<sup>12</sup>.

Enfin, dans un arrêt Trebitsch c. Scharf, du 9 février 1959<sup>13</sup>, notre Coursuprême a encore émis les considérations suivantes:

L'ouverture du testament n'a rien de commun avec l'ouverture de la succession! La succession d'un Français domicilié en Suisse s'ouvre à son dernier domicile français,

---

<sup>9</sup> ATF Nelson c. Barret, du 4 décembre 1936; RO 62 I 235 et JdT 1937 I 214.

<sup>10</sup> Association du convict du Sacré-Cœur c. Brucker et consorts, du 21 mai 1942; RO 68 II 155, v. cons. 2 p. 159, et JdT 1942 I 618. – Dans le même sens mais dans la situation inverse: Tribunal civil de St-Julien-en-Genevois, du 21 octobre 1947: JdT 1948 I 190, note FLATTET, p. 191. – Contra: Tribunal civil de la Seine, du 5 janvier 1951; critiqué par FLATTET au JdT 1951 I 604: Application de la loi suisse à des immeubles successoraux situés en France.

<sup>11</sup> RO 50 I 408 et JdT 1925 I 176.

<sup>12</sup> Chemitelin et consorts c. Speyer, du 9 octobre 1958; RO 84 II 487 et JdT 1959 I 244.

<sup>13</sup> RO 85 II 86 et JdT 1959 I 535.

même si son testament a été ouvert à Zurich, et c'est en France qu'il faut intenter les actions successorales relatives aux biens mobiliers (cons. 2/a p. 89 et 2/c p. 93). La convention ne s'applique pas aux doubles nationaux franco-suisse (confirmation de la jurisprudence), mais bien aux personnes qui possèdent, outre la nationalité française, celle d'un Etat tiers avec lequel la Suisse n'a pas conclu d'accord qui entre en conflit avec la convention franco-suisse (cons. 2/b p. 92). La convention s'applique-t-elle même aux Français résidant en Suisse qui n'ont jamais eu de domicile en France ? Des auteurs l'ont soutenu. En tout cas, il suffit qu'au moment du décès du *de cuius* il soit français et ait eu autrefois un domicile en France ; point n'est besoin qu'il fût déjà français lorsqu'il était domicilié dans ce pays (cons. 3 p. 94).

Lorsque la loi française régit la succession, elle détermine aussi les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire<sup>14</sup>.

Voilà un aperçu des difficultés auxquelles a donné lieu la convention franco-suisse, que SCHNITZER affirme être « la plus mauvaise qu'on ait jamais conclue »<sup>15</sup>. Nous nous gardons de nous prononcer sur cette qualification.

##### 5. *Autres conventions internationales*

Contiennent en outre des dispositions sur le droit successoral, qui dépassent les simples questions de mesures conservatoires :

a) la convention consulaire avec le *Portugal*, du 27 août 1883 (RS 11 p. 693, art. VIII) ;

b) la convention d'établissement avec la *Grèce*, du 1<sup>er</sup> décembre 1927 (RS 11 p. 635, art. 10) ;

c) la convention d'établissement avec l'*Iran*, du 25 avril 1934 (RS 11 p. 643, art. 8 al. 3/4).

---

<sup>14</sup> Cour de justice de Genève, du 25 novembre 1955, Sem. Jud. 79/1957 p. 369 et SJZ 54/1958 p. 295 N° 165 (résumé). Dans le même sens mais dans la situation inverse : FLATTET et DELAUME, JdT 1951 I 5 ch. III.

<sup>15</sup> II p. 553.

## Titre IV

LES DROITS RÉELS ET LA  
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE*Chapitre premier**Généralités*

En matière de droits réels, la législation suisse – à une exception près – n'accorde pas d'importance à la nationalité du sujet de droit. Dans ce domaine, la règle classique de conflit consiste à appliquer la loi du lieu où se trouve la chose<sup>1</sup>. Lorsque la loi suisse est applicable, la Confédération sauvegarde également les droits de ses ressortissants et ceux des étrangers. Cette protection s'exerce à l'égard de tous les tiers; même à l'encontre des empiètements étatiques qui excèdent les limites dans lesquelles, selon notre ordre juridique, les intérêts privés doivent le céder à l'intérêt public. Dans l'arrêt *Wichert*, qu'on vient de citer en note, il s'agissait d'un étranger dont le pays d'origine avait nationalisé les biens. Le Tribunal fédéral l'a protégé dans la propriété de marchandises déposées en Suisse.

Si c'est dans ce chapitre que nous mentionnons la propriété intellectuelle, nous le faisons par commodité et non pour prendre parti sur la nature de l'institution. La législation suisse qui la régit n'attache guère de conséquences à la nationalité du titulaire du droit. Il se pose dans ce domaine des foules de questions de droit international, notamment d'interprétation des traités, mais elles sortent du cadre d'un rapport sur le statut des étrangers en Suisse.

---

<sup>1</sup> V. par exemple les ATF: a) *Firma Wichert c. Wichert*, du 28 octobre 1948; RO 74 II 224, v. cons. 4 p. 228, et JdT 1949 I 360; – b) *Gordon c. République de Hongrie*, du 3 mars 1949; RO 75 II 122, v. cons. 6 p. 129, et JdT 1950 I 2.

## *Chapitre II*

### *L'acquisition d'immeubles par des «personnes domiciliées à l'étranger»*

A. Evoquant l'ère obscure de l'ancien droit, EGGER rappelle qu'il fut un temps où les cantons limitaient la capacité civile des étrangers, particulièrement en matière de succession, d'accès à la propriété foncière et de recherche en paternité<sup>1</sup>. Puis il proclame la bonne nouvelle: ces inégalités ont disparu, le droit civil fédéral ne connaît plus de «droit des étrangers» (Fremdenrecht).

Soyons charitables pour l'ancien droit, dont certaines institutions n'étaient peut-être pas nées du seul caprice des patriciens, puisque nous avons dû, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, limiter de nouveau l'acquisition des immeubles par les étrangers, cela en vue de lutter contre l'augmentation des prix et de garder la maîtrise du territoire national. Un arrêté fédéral du 23 mars 1961, complété par une ordonnance d'exécution du 30 mai 1961, puis prorogé jusqu'au 31 décembre 1970 et modifié par un arrêté fédéral du 30 septembre 1965<sup>2</sup>, a introduit le régime de l'autorisation pour l'acquisition d'immeubles par des «personnes domiciliées à l'étranger».

B. L'arrêté se fonde principalement sur l'article 64 de la constitution, qui autorise la Confédération à légiférer sur le droit civil. La rédaction de l'arrêté surprend au premier abord. C'est ainsi qu'on y lit que des personnes morales ayant leur siège en Suisse (art. 3/c) sont réputées l'avoir à l'étranger (art. 3 al. 1).

En fait, pour comprendre l'arrêté, il faut l'interpréter selon une règle qu'à vrai dire le législateur destinait à l'interprétation des actes des particuliers, celle de l'article 18 al. 1<sup>er</sup>

---

<sup>1</sup> P. 148, ad art. 11 CO n. 20.

<sup>2</sup> ROLF 1961 p. 209 et p. 437; 1965 p. 1252. – Complément à la bibliographie figurant dans le présent rapport (BERNHARD, HUBER et JUNOD): a) SCHWEIZER, H., VerwZbl 63/1962 p. 33; – b) VONTOBEL, J., ZBGR 44/1963 p. 193; – c) MUFF, ALFRED, ZBGR 44/1963 p. 1.



CO, qu'on pourrait transposer ici comme il suit : pour apprécier les clauses d'un acte législatif, il y a lieu de rechercher la réelle intention de son auteur sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont il a pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la loi.

Lu selon cette méthode, l'arrêté devient limpide et se résume ainsi :

*Ne peuvent, sans autorisation, acquérir des immeubles en Suisse* (art. 1<sup>er</sup>)

1. les personnes physiques de nationalité étrangère, à l'exception : a) de celles qui résident en Suisse au bénéfice d'un permis d'établissement ou permis analogue (art. 3/a, 4 al. 2 et 5/a); b) des héritiers légaux dans la dévolution d'une succession (art. 5/b); c) des parents en ligne directe et du conjoint de l'aliénateur (art. 5/b<sup>bis</sup>);

2. les personnes morales, ainsi que les sociétés de personnes dépourvues de la personnalité juridique mais capables d'acquérir : a) qui ont leur siège à l'étranger, autrement dit étrangères (art. 3/a et b), et b) qui ont leur siège en Suisse, autrement dit suisses, mais auxquelles participent financièrement de manière prédominante des personnes étrangères soumises elles-mêmes au régime de l'autorisation (art. 3/c); – à l'exception des Etats étrangers et des organisations internationales relevant du droit des gens, s'ils acquièrent pour un but d'intérêt public reconnu en Suisse (art. 5/c).

Ad chiffre 1 ci-dessus :

L'arrêté ne parle pas de personnes physiques étrangères, mais, comme il ne vise que celles qui, n'étant pas établies en Suisse (art. 3/a et 4 al. 2), n'ont pas le *droit* de s'y établir (art. 5/a), il ne peut s'agir que d'étrangers. En effet, tout Suisse a le *droit*, garanti par la constitution, de s'établir dans le pays. Tandis qu'aucun étranger n'a le *droit* d'exiger un permis de séjour ou d'établissement<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Les traités d'établissement n'empêchent pas d'appliquer les prescriptions sur la police des étrangers. Cf. DFJP du 20 mars 1961; JAA 1961 p. 126 N° 78.

Ad chiffre 2 ci-dessus:

En droit international privé, les personnes morales ont la nationalité de l'Etat où elles ont leur siège.

Il est donc clair que l'arrêté établit une discrimination entre les Suisses et les étrangers. Si certaines personnes morales suisses sont touchées, c'est précisément à cause de l'influence étrangère qui s'y exerce. Cette conclusion est corroborée par les travaux préparatoires et par les débats des Chambres, qui ne laissent aucun doute sur la réelle intention du législateur<sup>4</sup>. Une telle législation s'harmonise-t-elle avec les traités internationaux où la Suisse s'engage à accorder aux ressortissants de l'Etat contractant, sur le terrain civil, les mêmes droits qu'à ses propres ressortissants? Il ne nous appartient pas de le dire.

Nous nous bornerons à nous associer à la déclaration que Monsieur le Conseiller fédéral von Moos a faite au Conseil national en 1960: l'arrêté est un mal nécessaire<sup>5</sup>. Nous accorderons même au législateur qu'il s'est acquitté de son mieux de sa tâche ingrate. Partagé qu'il était entre la nécessité de sauvegarder un territoire exigu et surpeuplé, d'une part, et son désir de ne pas détonner dans le concert des Nations, d'autre part, sa méthode périphrastique apparaît comme un hommage que Sancho Pança rend à don Quichotte.

C. Aux termes de l'article 6 ch. 1 de l'arrêté, l'assentiment *doit être refusé*: a) «lorsqu'aucun intérêt légitime ne peut être prouvé en faveur de l'acquisition» et b) lorsque l'immeuble se trouve à proximité d'un ouvrage militaire important et que l'acquisition risque de compromettre la sécurité militaire.

---

<sup>4</sup> JUNOD, p. 113, arrivait déjà à cette conclusion avant la nouvelle de 1965, qui a exempté formellement les Suisses de l'étranger.

<sup>5</sup> JUNOD, p. 133. – Alors qu'en 1963 JUNOD souhaitait que ce mal nécessaire fût aussi temporaire, HUBER (p. 156/157) constatait l'année suivante que, tout défectueux qu'il était, l'arrêté avait eu d'heureuses conséquences et en souhaitait la prolongation au delà du 31 décembre 1965. Son vœu a été exaucé.

Passons sur la condition *b*, qui est si éloignée du droit civil qu'elle ne risque point d'en compromettre l'intégrité.

Quant à la condition *a*, entend acquérir sans intérêt légitime – selon la Commission fédérale de recours – celui qui envisage de spéculer, d'investir des fonds ou, du moins en général, de se procurer un logement de vacances.

L'assentiment *peut être refusé* (art.6 ch.2): a) lorsque l'immeuble est situé dans une région où des étrangers ont acquis des immeubles dans une mesure disproportionnée et

b) lorsque l'immeuble se trouve dans un site digne d'être conservé et qui a une importance nationale.

L'article 6 ch.2 est celui qui s'applique à l'étranger qui veut acquérir un logement en Suisse afin d'y habiter à demeure avec sa famille. L'octroi de l'autorisation ne lui donne évidemment pas le *droit* d'obtenir un permis de séjour<sup>6</sup>.

Enfin, l'assentiment *ne peut pas être refusé* (art.6 ch.3) lorsque l'immeuble sert, au moins pour une part importante, à abriter l'établissement stable d'une entreprise industrielle ou commerciale ou à garantir les réserves mathématiques de la succursale suisse d'une compagnie d'assurance étrangère exerçant une activité en Suisse.

Il est loisible à l'autorité de subordonner l'assentiment à des charges, mentionnées dans le registre foncier, ou à des conditions (art.6 ch.4).

*D. Sont assimilées à l'acquisition d'immeubles*: a) l'acquisition de parts du patrimoine de personnes morales ou de sociétés de personnes dépourvues de la personnalité juridique, quand ce patrimoine consiste entièrement ou principalement en immeubles (art.2 ch.1/b), b) l'acquisition de droits de superficie ou d'usufruit (art.2 ch.1/c). En outre, l'article 14, qui punit pénalement les infractions à l'arrêté, réprime entre autres la conclusion de tout acte juridique «destiné à éluder l'obligation de se pourvoir d'une autorisation».

---

<sup>6</sup> DFJP, du 10 janvier 1961; JAA 1961 p.128 N° 79.

Le régime de l'autorisation préalable s'étend à l'adjudication dans les enchères forcées<sup>7</sup>.

La notion d'«acquisition de parts du patrimoine», au sens 2 ch. 1<sup>er</sup> lettre b, a été abordée par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 6 septembre 1962<sup>8</sup>. JUNOD craint que le Tribunal fédéral y ait assimilé à une acquisition de parts le fait de prêter des fonds à une société immobilière afin d'en désintéresser les créanciers<sup>9</sup>. Le considérant en cause signifie plutôt, à notre sens, que l'administration de la faillite doit soumettre le cas à l'autorité compétente pour autoriser de vendre à un étranger si elle soupçonne, dans l'intervention du tiers prêteur, une fraude à la loi au sens de l'article 11 ch. 2 ancien (14 ch. 1<sup>er</sup> al. 2 actuel) de l'arrêté. Après que l'autorité compétente a statué définitivement, les organes de la procédure d'exécution forcée n'ont pas à examiner, à moins de nullité absolue, si la décision est conforme au droit<sup>10</sup>.

*E.* A défaut de décision de l'autorité compétente, l'acquisition n'a pas lieu et ne peut, par conséquent, être inscrite au registre foncier (art. 11 al. 1<sup>er</sup>). Le conservateur écarte la réquisition, soit d'emblée, soit après avoir imparti au requérant un délai de dix jours pour demander l'autorisation manquante (art. 11 al. 2).

Le refus définitif de l'autorisation ou de la réquisition d'inscription entraîne la nullité de l'acte juridique destiné à réaliser l'acquisition et des actes et clauses accessoires destinés à éluder le régime de l'autorisation. La nullité sera observée d'office et, contrairement à l'article 66 CO, les parties seront en droit de répéter leurs prestations (art. 12).

---

<sup>7</sup> Circ. du TF N° 36, du 23 janvier 1962; RO 88 III 1, FF 1962 I 381 et JdT 1962 II 100.

<sup>8</sup> Parkhof A.G. et consorts, du 6 septembre 1962; RO 88 III 68, v. cons. 7 p. 90, et JdT 1962 II 100.

<sup>9</sup> JUNOD, p. 116.

<sup>10</sup> ATF Pensionskasse schweiz. Elektrizitätswerke et consorts, du 28 novembre 1963; RO 89 III 78, v. p. 81, et JdT 1964 II 14.

Quand un droit a été acquis sans autorisation, l'autorité désignée par le canton peut saisir le juge du lieu où l'immeuble est situé, dans un délai d'une année depuis qu'elle a eu connaissance de l'acquisition mais au plus tard dix ans après cette dernière. Le juge rétablit le *statu quo ante* ou, si cela n'est plus possible, ordonne des enchères publiques, à l'issue desquelles l'acquéreur ne peut exiger que le remboursement de ses frais, l'excédent éventuel revenant au canton (art. 13 ch. 1<sup>er</sup> et 1<sup>bis</sup>). L'article 13 al. 2 et 3 protège les tiers de bonne foi ou qui ne sont pas soumis au régime de l'arrêté, ainsi que les acquéreurs qui obtiennent après coup l'autorisation qui leur manquait.

*F.* L'exécution de l'arrêté est assurée par une ou plusieurs autorités cantonales de première instance, une autorité cantonale de recours et une commission fédérale de recours (art. 7 et 8). Le Département fédéral de justice et police exerce le droit de recourir contre les décisions cantonales de dernière instance (art. 13 Ord. exéc.). Le Département politique dit si une organisation internationale est soustraite au régime de l'arrêté (art. 14 Ord. exéc.). Le Département militaire fédéral constate si l'acquisition compromet la sécurité militaire (art. 15 Ord. exéc.); en accord avec le DFJP, il désigne les ouvrages militaires importants et les limites de leurs alentours immédiats (art. 16 Ord. exéc.)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Ord. du DMF du 25 mars 1964, ROLF p. 314.

## Titre V

DROIT DES OBLIGATIONS ET  
DROIT COMMERCIAL*Chapitre premier**Les obligations*

Le droit suisse des obligations ne déduit pas de conséquences de la nationalité du sujet de droit. Il régit de façon uniforme Suisses et étrangers.

Dans le domaine des *actes illicites*, on applique, selon la règle de conflit classique, la loi du lieu de la commission. Solution identique dans la législation connexe: loi sur la concurrence déloyale, lois sur la circulation. Pour les dommages causés en Suisse, les mêmes normes règlent la responsabilité du détenteur et du conducteur étrangers de véhicule et de cycle, d'une part, et celle du détenteur et du conducteur suisses, d'autre part (art. 58–62 LCR)<sup>1</sup>. Les dispositions sur l'assurance-responsabilité civile obligatoire diffèrent selon que le véhicule est immatriculé en Suisse ou à l'étranger, non selon la nationalité du détenteur (art. 39–51 ORCA)<sup>2</sup>. Le trafic aérien est réglé de manière analogue<sup>3</sup>.

En matière de *contrats*, notre droit connaît plusieurs règles de conflit, mais aucune ne prend comme critère la nationalité.

Comme nul ne l'ignore, notre pays recourt aux services

---

<sup>1</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, p. 120, Allg. Einl. n. 327.

<sup>2</sup> BISCHOFF, DANIEL, Die Deckung der von ausländischen Fahrzeugen in der Schweiz verursachten Schäden, thèse, Fribourg 1963.

<sup>3</sup> Art. 64–74 de la LF sur la navigation aérienne, du 21 décembre 1948; ROLF 1950 p. 491. Art. 185 et 186 du règlement d'exécution du 5 juin 1950 (ROLF p. 517). – V. GULLIMANN, WERNER, SJZ 49/1953 p. 85.



de nombreux travailleurs étrangers: leurs contrat de travail obéissent aux mêmes règles de droit civil que ceux des employés indigènes.

Aux termes de l'article 418b CO, relatif au contrat d'agence, si le champ d'activité de l'agent se trouve en Suisse, les rapports juridiques entre le mandant et l'agent sont régis par la loi suisse. Ici encore, la règle de conflit ne dépend pas de la nationalité des parties<sup>4</sup>.

Règle générale, une personne mariées ne peut cautionner valablement qu'avec le consentement écrit de son conjoint (art. 494 CO). Cette disposition constitue, par rapport à la *lex generalis* régissant l'exercice des droits civils, une *lex specialis* qui y déroge. Elle s'applique à tous les cautionnements soumis au droit suisse, quel que soit le pays d'origine des époux<sup>5</sup>. En revanche, il appartient à la loi nationale des conjoints de dire si la femme peut s'engager librement – selon le droit du mariage – envers les tiers dans l'intérêt du mari (art. 177 CC)<sup>6</sup>.

La loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 ne se préoccupe pas, elle non plus, de la nationalité des parties. Seules peuvent pratiquer l'assurance, au sens de la loi précitée, les compagnies qui y sont autorisées par le Conseil fédéral. La LF sur la surveillance des entreprises privées d'assurance, du 25 juin 1885, la LF sur le cautionnement des sociétés d'assurance, du 4 février 1919, la LF sur la garantie des obligations assumées par les sociétés «suisses» d'assurance sur la vie, du 25 juin 1930 et l'OCF sur la surveillance des entreprises d'assurance privées, du 11 septembre 1931 contiennent des dispositions spéciales sur les sociétés étrangères.

---

<sup>4</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, p. 109/110, Allg. Einl. n. 296–298.

<sup>5</sup> SCHNITZER, II p. 746/747; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, p. 117, Allg. Einl. n. 315. Même solution, sans doute, en ce qui concerne le consentement écrit du conjoint ou du représentant légal de l'acheteur, auquel l'art. 226b CO subordonne la validité de la vente par acomptes.

<sup>6</sup> V. p. 554 et 555.

## *Chapitre II*

### *Droit commercial*

A. Nous avons déjà traité de la capacité de souscrire un engagement de change<sup>1</sup>.

B. Mentionnons en passant une prescription de forme: il faut, pour toutes les personnes mentionnées à un titre quelconque au registre du commerce, indiquer leur nationalité (art. 40 ORC).

C. Lorsqu'une seule personne est chargée de l'administration d'une société anonyme, elle doit être de nationalité suisse; s'il y a plusieurs membres, la majorité doit être suisse; quand ces règles ne sont plus observées et après vaine sommation de rétablir la situation légale, la société est d'office déclarée dissoute (art. 711 CO). Ces normes sont applicables à la société en commandite par actions (art. 764 al. 2 CO) et au conseil d'administration – qui comprend trois personnes au moins – de la coopérative (art. 895 CO). Elles ont favorisé la nomination d'administrateurs à titre fiduciaire (hommes de paille), procédé qui n'a point été jugé illégal<sup>2</sup>.

En vertu de l'article 711 al. 2 CO, le Conseil fédéral peut déroger aux règles sur la nationalité des membres du conseil d'administration des S.A., «en faveur de sociétés dont l'activité consiste surtout dans une participation à d'autres entreprises (sociétés holding), si la plupart de celles-ci sont à l'étranger». Dans une circulaire adressée le 15 mars 1940 aux autorités cantonales de surveillance du registre du commerce, le Département fédéral de justice et police s'est expliqué sur les motifs d'ordre économique et fiscal qui peuvent rendre très désirable de conserver en Suisse, à titre très exceptionnel, des sociétés qui n'arriveraient que difficilement à y composer un conseil d'administration conforme à la loi.

---

<sup>1</sup> V. p. 504 n. 11.

<sup>2</sup> BÜRGI, p. 588, ad art. 711 CO n. 8.

Il faut, a-t-il précisé, interpréter largement la clause qui autorise des dérogations et en faire bénéficier non seulement les sociétés holding mais encore d'autres sociétés dont les intérêts se trouvent à l'étranger, étant bien entendu qu'en définitive le nombre des permissions accordées restera minime<sup>3</sup>.

D'autres lois fédérales règlent la nationalité des administrateurs, et parfois des actionnaires et associés. Elles ne produisent point d'effets directs de droit civil. Si leurs exigences ne sont pas observées, la société subsiste, mais les autorités lui refuseront ou lui retireront le droit d'exercer l'activité spéciale que réglemente la loi en cause. En voici des exemples:

a) LF du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 4 p. 761), art. 40: deux tiers au moins des administrateurs des sociétés concessionnaires seront suisses.

b) LF des 23 septembre 1953/14 décembre 1965 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (ROLF 1956 p. 1395 et 1966 p. 1503), art. 19–29 et 46 sur les propriétaires et armateurs: tous les organes de l'administration et tous les actionnaires ou associés seront suisses; empiètent sur le droit civil les mesures de protection en faveur des sociétaires suisses contre un sociétaire devenu étranger ou contre l'ayant-cause étranger d'un sociétaire (exclusion de l'étranger, ou vente aux enchères de ses actions, ou rachat du bateau).

c) LF du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (ROLF 1958 p. 341), art. 13 sur les compagnies de chemin de fer: l'administration sera composée en majorité de citoyens suisses.

d) LF du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (ROLF 1965 p. 95), art. 4: les actionnaires étrangers des sociétés concessionnaires ne seront pas nettement dominants.

e) Concordat du 24 septembre 1955 entre les cantons de Zurich, St-Gall, Argovie et Thurgovie<sup>4</sup> concernant la prospection et l'exploitation du pétrole (ROLF 1957 p. 163), art. 3: les trois quarts au moins du capital-actions de la société d'exploitation se trouvera en permanence en mains suisses.

---

<sup>3</sup> JdT 1940 I 200 N° 9.

<sup>4</sup> Y ont adhéré ensuite: les deux Appenzell, Zoug, Glaris, Schwyz et Schaffhouse (état au 1<sup>er</sup> janvier 1967).

La Banque nationale suisse, créée par une loi du 23 décembre 1953 (ROLF 1954 p.613), est soumise aux dispositions du code des obligations sur la société anonyme, sauf disposition contraire de la loi organique (art. 13 de cette loi). En vertu de l'article 7 de la loi de 1953, les actionnaires doivent tous être suisses.

*D.* D'après l'article 14 CO Disp.Fin., le Conseil fédéral peut autoriser une société anonyme domiciliée à l'étranger à transférer son siège en Suisse sans procéder à la liquidation ni à une nouvelle fondation. Cependant, la société est obligée, dans les six mois qui suivent son inscription au registre du commerce, d'adapter ses statuts au droit suisse et de nommer de nouveau ses organes.

*E.* Article 935 al.2 CO:

«Les succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger sont tenues de se faire inscrire (au registre du commerce); l'inscription s'opère comme si leur siège principal était en Suisse, sous réserve des dérogations découlant de la législation étrangère. Pour ces succursales, il devra être désigné un fondé de procuration domicilié en Suisse chargé de les représenter.»

Le Tribunal fédéral a défini la succursale comme un établissement commercial qui, dépendant d'une entreprise principale dont il fait partie juridiquement, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le domaine économique et celui des affaires, de sorte qu'il pourrait, sans modifications profondes, être exploité d'une manière indépendante<sup>5</sup>. Ni la loi fédérale sur la navigation aérienne ni son règlement d'exécution ne créent en faveur des compagnies d'aviation une exception à l'obligation d'inscrire la succursale<sup>6</sup>. Ce sont les circonstances à l'époque de la sommation

---

<sup>5</sup> Overseas Carbon and Coke Company Inc. et consorts c. Département du commerce et de l'industrie de Genève et Kahan, du 17 mai 1955; RO 81 I 154 et JdT 1956 I 571 (résumé).

<sup>6</sup> Deutsche Lufthansa A.G. c. Dép. com. ind. et travail de Genève, du 17 septembre 1963; RO 89 I 407 et JdT 1964 I 158 (résumé).

du proposé qui règlent l'obligation d'inscrire; le préposé procédera à cette inscription quand bien même il aurait des doutes sur la réalité du siège principal, voire sur l'existence de la société étrangère, questions qu'il appartient au juge de trancher<sup>7</sup>. Au demeurant, la succursale ne saurait survivre à l'établissement principal: s'il est supprimé conformément à son droit national, la succursale disparaît aussi juridiquement<sup>8</sup>.

*F.* En vertu de l'article 660 al.2 CO, chaque actionnaire a droit à une part proportionnellement égale du produit de la liquidation de la société anonyme. Les biens, situés en France, d'une société suisse furent séquestrés et liquidés par l'Etat français, qui conserva la part de liquidation des actionnaires allemands et autrichiens et restitua la part des Suisses et des Français. Le Tribunal fédéral ordonna que le solde disponible fût réparti entre tous les actionnaires, le droit suisse (à l'époque l'article 629 CO) ignorant une distinction fondée sur la nationalité. Or, les relations entre la société et ses actionnaires sont régies par la loi nationale de la société<sup>9</sup>.

Inversément, les relations de l'actionnaire suisse avec une société étrangère sont réglées en Suisse par la loi étrangère, soit en principe par le droit civil, mais aussi par le droit public étranger lorsqu'il concourt à protéger des intérêts privés<sup>10</sup>.

*G.* Dans notre droit international privé, la loi du siège détermine le statut de la personne morale, donc la formation

---

<sup>7</sup> Vernet et consorts c. TC vaudois et Soccom S.A., du 9 mai 1950; RO 76 I 150-162 et JdT 1951 I 601 (résumé).

<sup>8</sup> Hausner c. Banque internationale de commerce de Petrograd, du 10 décembre 1924; RO 50 II 507-514 et JdT 1925 I 524.

<sup>9</sup> Weixler et consorts c. Société des transports internationaux, du 1<sup>er</sup> avril 1924; RO 50 II 51 et JdT 1924 I 296.

<sup>10</sup> Ammon c. Royal Dutch Company, du 2 février 1954; RO 80 II 53 et JdT 1954 I 588.

de sa raison sociale<sup>11</sup>. Cependant, quand elles inscrivent une succursale au registre suisse du commerce et qu'il existe un risque de confusion avec une raison sociale déjà inscrite, les sociétés étrangères doivent y parer au moyen d'une adjonction distinctive ou en modifiant la raison sociale du siège principal. Sont soumises à la même exigence, les maisons étrangères qui ne sont pas inscrites au registre suisse du commerce et qui utilisent leur raison sociale en Suisse nonobstant un risque de confusion avec une raison de commerce inscrite; faute d'obtempérer, elles s'exposent à commettre un acte de concurrence déloyale<sup>12</sup>. La raison sociale étrangère qui n'est pas inscrite au registre suisse du commerce n'est protégée dans notre pays que comme nom commercial non inscrit, ce qui suffit à satisfaire aux exigences de l'article 8 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle<sup>13</sup>. C'est alors le juge suisse qui dira dans quelle mesure la raison sociale est protégeable en l'espèce comme nom commercial et, à supposer que deux sociétés étrangères à la raison sociale identique ou analogue entrent en conflit en Suisse, si l'une d'elle a plus que l'autre le droit d'être protégée<sup>14</sup>.

### *Conclusion*

Après avoir passé en revue les conséquences de droit civil qu'entraîne en notre pays la qualité d'étranger, nous sommes en mesure de confirmer ce qu'enseigne la doctrine unanime<sup>1</sup>: dans l'immense majorité des cas, le droit suisse reconnaît l'égalité des étrangers avec les nationaux. Tout au plus ceux-là souffrent-ils de quelque désavantage s'ils dési-

---

<sup>11</sup> VEB Carl Zeiss Jena c. Firma Carl Zeiss Heidenheim, du 30 mars 1965; RO 91 II 117, v. cons. 2 p. 125, et JdT 1965 I 635.

<sup>12</sup> Idem, cons. 6 p. 129.

<sup>13</sup> V. p. 506 et 507 et les arrêts Interchemical et Elin-Union qui y sont cités en note.

<sup>14</sup> ATF Zeiss, cons. 6 p. 129.

<sup>1</sup> AUBERT, ZSR 1958 I p. 218.



rent administrer une société anonyme ou une coopérative et, pour certains d'entre eux, acquérir un immeuble.

Les questions qui nous ont retenus presque exclusivement n'ont donc pas trait à l'égalité des droits, mais bien au droit applicable. Nous avons alors eu recours à des règles de conflit créées, en majorité, par la jurisprudence et la doctrine. La loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, de 1891, a été conçue afin de gouverner les relations intercantionales; à titre de solution provisoire, les dispositions en ont été étendues aux Suisses à l'étranger et le tout a été déclaré applicable par analogie aux étrangers domiciliés en Suisse. Elle ne régit qu'un secteur limité de notre droit international privé et cela d'une manière si défec-tueuse que les juges et les auteurs ont dû sans cesse la compléter et en corriger les effets. C'est ainsi qu'une disposition capitale, celle de l'article 2 al. 1<sup>er</sup>, qui fait du domicile la circonstance ordinaire de rattachement, ne parle à ce propos que de la juridiction et ne mentionne par la loi applicable, qu'elle concerne pourtant aussi.

Au vrai, une fois la jurisprudence fixée, les justiciables ne ressentent-ils pas trop les lacunes de la législation. Il est cependant contraire à l'esprit de nos institutions qu'un domaine aussi important que celui du droit international privé ne soit pas réglé entièrement par la loi. Par «entièrement», nous voulons dire dans toute sa matière et non dans tous les détails. Après bien d'autres, nous appelons donc de nos vœux une loi fédérale, si possible concise mais complète, sur le droit international privé de la Suisse.

## Seconde partie

## ASSURANCES SOCIALES

*Introduction**I. Législation*

Nos assurances sociales, relativement peu développées jusqu'à la dernière guerre, ont pris depuis lors une extension considérable. Nous laisserons de côté dans cette étude les créations des cantons, telles que les caisses d'allocations familiales, pour nous occuper uniquement des institutions fédérales, qui sont les suivantes :

1. L'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnelles, créée par la LF du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA).

2. L'assurance militaire, régie par une LF des 20 septembre 1949/19 décembre 1963 (LAM).

3. L'assurance-vieillesse et survivants (AVS), créée par une LF du 20 décembre 1946 (LAVS), complétée par un règlement d'exécution du 31 octobre 1947 (RAVS).

4. L'assurance-invalidité (AI), créée par une LF du 19 juin 1959 (LAI), complétée par un règlement d'exécution du 17 janvier 1961 (RAI).

5. L'assurance-chômage, créée par une LF des 22 juin 1951/20 mars 1959 (LAC), complétée par un règlement d'exécution du 17 décembre 1951 (RAC).

6. Les allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans, instituées – en plus du régime cantonal des allocations familiales – par une LF du 20 juin 1952 (LFA), complétée par un règlement d'exécution du 11 novembre 1952 (RFA).

7. Les allocations aux militaires pour perte de gain, régies par une LF du 25 septembre 1952 (LAPG), complétée par un règlement d'exécution du 24 décembre 1959 (RAPG).

8. L'assurance-maladie, à laquelle s'appliquent les titres 1<sup>er</sup> et 3 de la LAMA (voir chiffre 1 ci-dessus).

9. Les prestations complémentaires à l'AVS (chiffre 3 ci-dessus), instituées par une LF du 19 mars 1965 (LPC), complétée par un règlement d'exécution du 6 décembre 1965 (RPC).

## *II. Conventions internationales*

La Suisse est liée, en matières d'assurances sociales, par des conventions conclues avec les Etats suivants (la date entre parenthèses est celle de l'entrée en vigueur du traité):

a) *Allemagne* (République fédérale). Convention de sécurité sociale, du 25 février 1964 (1<sup>er</sup> juin 1966): applicable en Suisse à l'AVS, l'AI, l'assurance-accidents et maladies professionnelles et aux allocations familiales (LFA);

\* b) *Autriche*. Convention relative aux assurances sociales, du 20 février 1965 (1<sup>er</sup> mai 1966). Convention complémentaire, du 20 février 1965 (1<sup>er</sup> mai 1966).

\* c) *Belgique*. Convention en matière d'assurance sociales, du 17 juin 1952 (1<sup>er</sup> novembre 1953). Arrangement administratif, du 24 juillet 1953 (1<sup>er</sup> novembre 1953).

\* d) *Danemark*. Convention relative aux assurances sociales, du 21 mai 1954 (1<sup>er</sup> mars 1955). Arrangement administratif, du 23 juin 1955 (1<sup>er</sup> mars 1955). Convention complémentaire, du 15 novembre 1962 (1<sup>er</sup> janvier 1952).

\* e) *Espagne*. Convention relative à la sécurité sociale, du 21 septembre 1959 (1<sup>er</sup> juillet 1960).

f) *France*. Convention relative à l'AVS, du 9 juillet 1949 (1<sup>er</sup> janvier 1948). Protocole général: maladie et accident, allocations familiales (LFA). Trois protocoles. Deux avenants. Echange de lettres. Arrangement administratif, du 30 mai 1950.

\* g) *Grande-Bretagne*. 1. Convention en matière d'assurances sociales, du 16 janvier 1953 (1<sup>er</sup> juin 1954). Arrangement administratif, du 1<sup>er</sup> septembre 1954 (1<sup>er</sup> juin 1954).

2. Convention complémentaire, du 12 novembre 1959

(1<sup>er</sup> juillet 1960): AVS et maladie. Arrangement administratif, du 5 mars 1962.

*h) Italie.* Convention relative à la sécurité sociale, du 14 décembre 1962 (1<sup>er</sup> septembre 1964): AVS, AI, accidents et maladies professionnelles, allocations familiales (LFA). Accord complémentaire, du 18 décembre 1963 (1<sup>er</sup> septembre 1964). Arrangement administratif, du 18 décembre 1963 (1<sup>er</sup> septembre 1964).

*i) Liechtenstein.* Accord concernant l'égalité réciproque de traitement... dans le domaine de l'assurance sociale en cas d'accidents, du 31 décembre 1932. Convention en matière d'AVS et d'AI, du 3 septembre 1965 (1<sup>er</sup> juillet 1966).

\* *j) Luxembourg.* Convention en matière d'assurances sociales, du 14 novembre 1955 (1<sup>er</sup> avril 1957). Arrangement administratif, du 27 février 1957.

\* *k) Pays-Bas.* Convention sur les assurances sociales, du 28 mars 1958 (1<sup>er</sup> décembre 1958). Arrangement administratif, des 23 mars/3 juin 1958 (1<sup>er</sup> décembre 1958). Accord complémentaire, du 14 octobre 1960.

\* *l) Suède.* Convention relative aux assurances sociales, du 17 décembre 1954 (1<sup>er</sup> septembre 1955).

\* *m) Tchécoslovaquie.* Convention sur la sécurité sociale, du 4 juin 1959 (1<sup>er</sup> décembre 1959). Arrangement administratif, du 10 septembre 1959.

*n) Yougoslavie.* Convention relative aux assurances sociales, du 8 juin 1962 (1<sup>er</sup> mars 1964): AVS, AI, accidents et maladies professionnelles, allocations familiales (LFA). Arrangement administratif, du 5 juillet 1965 (1<sup>er</sup> mars 1964).

*o) Allemagne (RFA), Belgique, France, Pays-Bas et Grande-Bretagne.* Accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans, du 27 juillet 1950 (1<sup>er</sup> juin 1963): AVS, accidents et maladies professionnelles, maladie. Arrangement administratif du 23 mai 1953 (1<sup>er</sup> juin 1953). – Une nouvelle convention est sur le point d'être signée.

*p) Divers.* Convention internationale relative au statut des réfugiés, du 14 décembre 1954 (21 avril 1955): allocations familiales, accidents et maladies professionnelles, ma-

ladie, AVS, AI, chômage. – AF sur le statut des réfugiés dans l'AVS et l'AI, du 4 octobre 1962. – Conventions multilatérales sur l'assurance contre les accidents et les maladies professionnelles, voir chapitre II alinéa 3.

N.B. – Un astérisque signifie que la convention ne concerne que l'AVS et l'assurance-accidents et maladies professionnelles. – Le protocole final de certaines conventions traite de questions relatives à des institutions dont ne parle pas la convention elle-même, en particulier à l'assurance-maladie.

L'application de ces textes, parfois analogues mais jamais identiques, pose des problèmes délicats et nombreux, qui devraient faire à eux seuls l'objet d'un rapport complet. Nous renonçons donc en principe à nous en occuper ici, quitte à nous départir ça et là de ce mutisme lorsqu'il est possible de le faire en quelques mots.

### *Chapitre premier*

*Assurance-militaire, allocations aux militaires pour perte de gain, assurance-chômage, allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans, assurance-maladie*

Au regard du statut des étrangers, il y a peu de chose à dire de ces cinq institutions.

L'*assurance-militaire* n'est pas une véritable assurance, mais une institution chargée d'acquitter les prestations dues par la Confédération aux personnes victimes d'accidents ou tombées malades alors qu'elles servent dans l'armée ou se trouvent dans une situation assimilée au service militaire.

Il n'y a pas d'étrangers dans l'armée suisse. En revanche, il peut y en avoir dans la protection civile, soit à titre volontaire soit – en temps de guerre – par obligation (art. 37–39, 41 et 44 de la LF du 23 mars 1962, ROLF p. 1127). Il peut aussi arriver qu'un étranger soit requis de prêter assistance, lors

d'une opération de sauvetage, aux organes de la protection civile, sans pour autant faire partie de l'organisation (art. 13 al. 2 de la LF). Or, l'article 48 de la loi de 1962 dispose que sont assurées contre les accidents et la maladie les personnes qui servent dans la protection civile ou lui prêtent assistance, et l'article 73 al. 2 de l'ordonnance d'exécution du 24 mars 1964 (ROLF p. 335) confie cette tâche à l'assurance-militaire (v. art. 1<sup>er</sup> al. 2 LAM).

C'est ainsi que l'assurance-militaire devra couvrir des étrangers, qui, dans l'état actuel de la législation, sont assimilés aux assurés suisses. Mais toute expérience manque encore dans ce domaine.

Les personnes qui servent dans la protection civile ou sont appelées à lui prêter assistance, y compris les étrangers, bénéficient des *allocations aux militaires pour perte de gain*, que les caisses de compensation leur verseront pour chaque jour entier pour lequel les assurés recevront l'indemnité (comparable à la solde militaire) prescrite par l'article 46 de la loi de 1962 (art. 47 LF, 73 al. 1<sup>er</sup> Ord. exéc.; 1<sup>er</sup> ch. 2, 21 al. 1<sup>er</sup> LAPG et 29 al. 1<sup>er</sup> RAPG).

Les cantons ne sont pas autorisés à assujettir à l'*assurance-chômage* obligatoire le personnel des représentations diplomatiques, des administrations publiques d'Etats étrangers et des organisations internationales désignées par le Département fédéral de l'économie publique d'entente avec le Département politique (art. 15 ch. 2/b LAC et 12 RAC). Les ressortissants étrangers qui ne sont pas au bénéfice d'un permis d'établissement ne sont pas aptes à s'assurer aussi longtemps que leur aptitude à être placés est notablement restreinte par les prescriptions sur la police des étrangers (art. 2/d RAC). Les obligations d'entretien ou d'assistance que des assurés étrangers remplissent à l'égard de personnes domiciliées dans un Etat étranger ne sont reconnues que si cet Etat nous accorde la réciprocité (art. 27 al. 4 RAC). Ces dispositions s'appliquent aux réfugiés, selon une réserve faite par la Suisse au sujet de l'article 24 de la convention.



Dans le domaine des *allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux petits paysans*, relevons que les travailleurs agricoles étrangers n'ont droit aux «allocations de ménage» que lorsqu'ils habitent en Suisse avec leur famille. A l'exception des mères de famille dont le mari a droit à des allocations à l'étranger, ils reçoivent les «allocations pour enfants» pour leurs enfants qui habitent à l'étranger (art. 1<sup>er</sup> al. 3 LFA et 1<sup>er</sup> al. 3 RFA).

La convention germano-suisse (art. 4) établit l'égalité de traitement et, afin d'éviter le cumul des prestations, ordonne d'appliquer le droit du lieu de travail du père ou, subsidiairement, du lieu où l'enfant réside (art. 27). Convention italo-suisse: solution analogue, sans rattachement subsidiaire (art. 2 et 17); convention avec la Yougoslavie: idem (art. 2 et 16). La convention sur les réfugiés et le protocole général de la convention franco-suisse établissent l'égalité de traitement.

*Assurance-maladie.* L'article 3 LAMA interdit aux caisses-maladie de traiter les citoyens suisses moins favorablement que d'autres assurés. L'article 5 ch. 1<sup>er</sup> LAMA garantit aux seuls citoyens suisses le droit de s'affilier à une caisse-maladie. Selon l'article 5 ch. 2 LAMA, les conditions touchant la confession ou le parti politique du candidat ne sont pas opposables au citoyen suisse qui demande l'affiliation à une caisse de son domicile, si au dit domicile il ne trouve accès auprès d'aucune caisse dont il remplisse les conditions. Par citoyen, il faut entendre ressortissant.

La commission d'experts chargée d'étudier la revision de l'assurance-maladie aurait voulu traiter également toutes les personnes domiciliées en Suisse, quelle que fût leur nationalité (rapport et avant-projet du 3 février 1954 p. 65 ch. 6, 71 ch. 1 et 161 art. 21). En fait, à notre connaissance, les caisses-maladie reçoivent indifféremment Suisses et étrangers.

La convention complémentaire avec la Grande-Bretagne garantit le libre passage d'une caisse-maladie d'un Etat à celle de l'autre. Les bateliers rhénans et les réfugiés sont assimilés aux Suisses.

*Chapitre II**L'assurance obligatoire contre les accidents  
et les maladies professionnelles*

La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, à Lucerne (CN), assure obligatoirement contre les accidents professionnels et non professionnels et contre les maladies professionnelles les employés et ouvriers des entreprises industrielles et des autres entreprises énumérées à l'article 60 LAMA.

Aux termes de l'article 90 LAMA, les ressortissants des Etats dont l'institution correspondante ne met pas les Suisses sur un pied d'égalité avec les nationaux n'ont droit, comme assurés, qu'aux trois quarts de la rente normale.

Pour les accidents et maladies professionnels, cette disposition est devenue pratiquement lettre morte, depuis que la Suisse a adhéré, les 9 juillet 1927 et 1<sup>er</sup> février 1929, aux conventions internationales concernant la réparation des maladies professionnelles et l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière de réparation d'accidents du travail. Presque tous les Etats d'Europe ont signé ces accords, qui établissent l'égalité entre les assurés, de quelque nationalité qu'ils soient.

Quant aux accidents non professionnels, cette égalité a été réalisée dans les conventions dont il est dit plus haut (v. introduction ch. II) qu'elles concernent l'assurance-accidents.

La réduction de l'article 90 LAMA ne s'applique donc pas aux réfugiés, mais bien aux apatrides (ATFA Plitzcu c. CN, du 12 août 1954; SJZ 51/1955 p.335 N° 172: résumé) qui n'ont pas le statut de réfugiés. Selon la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, la réduction tombe si, après l'accident, l'assuré acquiert la nationalité suisse (Degan c. CN du 10 octobre 1961; ATFA p.275).

Une rente est allouée à l'assuré si l'accident est suivi d'une incapacité de travail présumée permanente (art. 76 LAMA).

Cette invalidité est une notion économique. La mesure en est donnée par la différence entre ce que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident (art. 78 et 79 LAMA) et ce qu'il gagnera – ou pourrait gagner en y mettant de la bonne volonté – annuellement après le sinistre et la stabilisation médicale de son état, dans une situation équilibrée du marché du travail (Fehlmann c. CN, du 22 septembre 1966; ATFA p. 145; et les arrêts cités).

Pour les ouvriers étrangers qui, après l'accident, rentrent dans leur pays, le Tribunal fédéral des assurances s'est demandé s'il fallait pronostiquer le gain futur en fonction du marché suisse ou du marché étranger du travail. Il s'est prononcé en principe pour le marché suisse, quand l'assuré pourrait travailler encore dans notre pays s'il le voulait (arrêt Ormando, du 31 janvier 1967).

En vertu de l'article 120 al. 2 LAMA, le for des procès contre la Caisse nationale est, pour les assurés domiciliés<sup>1</sup> à l'étranger, au siège de l'établissement, donc au Tribunal cantonal des assurances de Lucerne. Parmi ces assurés se trouve naturellement une majorité d'étrangers.

La solution est discutable, dans le cas des habitants des banlieues sises hors de Suisse de nos villes-frontière. Il faudrait que la loi autorise ces assurés à agir dans le canton voisin de leur domicile, surtout s'ils travaillent dans ce canton.

D'autre part, dans un arrêt Scanella c. CN, du 28 avril 1966 (ATFA p. 67), le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de rappeler les règles relatives à la notification des actes judiciaires à l'étranger, en particulier aux Italiens domiciliés en Italie.

---

<sup>1</sup> La qualification du domicile est celle du droit civil. V. plus haut p. 513 ss.

### *Chapitre III*

#### *L'assurance-vieillesse et survivants. – Les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants*

##### *A. Les assurés*

Sont assurées obligatoirement, sans distinction de nationalité en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> lettres a et b et al. 2 lettre a LAVS, les personnes physiques qui ont leur domicile civil en Suisse et celles qui exercent en Suisse une activité lucrative, à l'exception des étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques ou d'exemptions fiscales particulières, étrangers dont la liste figure à l'article 1<sup>er</sup> RAVS.

Ne sont pas assurées, selon l'article 1<sup>er</sup> al. 2 lettre b LAVS: les personnes affiliées à une institution officielle étrangère d'assurance-vieillesse et survivants, ou à celle d'une organisation internationale (art. 4 et 1<sup>er</sup> RAVS), si l'assujettissement à la loi suisse constitue pour elles une charge trop lourde. Ces personnes sont souvent de nationalité étrangère.

Conformément au principe que nous avons vu aussi en droit civil, le Tribunal fédéral des assurances considère les apatrides comme des étrangers, en ce qui concerne l'exemption des personnes au bénéfice de privilèges et immunités diplomatiques (M.H., du 28 janvier 1965; RCC p. 401).

Un ressortissant irlandais domicilié à Bâle retirait un revenu d'une société en nom collectif ayant son siège en Allemagne, dont il était l'associé indéfiniment responsable. Il demandait de n'être pas assujetti à l'AVS suisse, qui aurait constitué pour lui une charge trop lourde. L'assuré n'étant ni Allemand ni occupé en Allemagne, le Tribunal fédéral des assurances lui a appliqué le droit commun et non la convention germano-suisse. Sur le fond, il a jugé que le cumul de la cotisation AVS suisse avec des *impôts* allemands (et suisses) était irrelevant au regard de l'article 1<sup>er</sup> al. 2/b LAVS (J.H. du 15 mai 1965, non publié).

Au sujet de la notion de «charge trop lourde», le Tribunal

fédéral des assurances a précisé qu'elle n'implique pas la notion de gêne. Il a estimé supportable une cotisation totale de 17% d'un salaire annuel de fr. 29 000.—, pour un étranger marié et père d'un enfant, astreint à cotiser aux USA et en Suisse (S.K., du 27 mai 1964; ATFA p. 88 et RCC 1965 p. 33).

### *B. Les employeurs*

#### Article 12 al. 2 et 3 LAVS:

«Sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse. Sont tenus de payer des cotisations en faveur des salariés employés dans leur ménage tous les employeurs domiciliés ou résidant en Suisse.

Est réservée l'exemption de l'obligation de payer des cotisations en vertu d'une convention internationale ou de l'usage établi par le droit des gens.»

La liste des employeurs exemptés selon l'article 12 al. 3 de la loi est contenue dans l'article 33 RAVS.

Par établissement stable, il faut entendre des installations permanentes dans lesquelles travaillent des salariés. Dès l'instant où une entreprise étrangère possède un tel établissement stable, elle est assujettie comme employeur et les créances de cotisations à exercer contre elle sont recouvrables par la voie de l'exécution forcée, vu l'existence d'installations permanentes en Suisse et les articles 52 et 271 ch. 4 LP (Leesona Corporation, du 3 décembre 1960; ATFA p. 301 et RCC 1961 p. 249).

L'article 33 lettre c RAVS énumère, parmi les employeurs dispensés de cotiser, les administrations publiques étrangères et les entreprises de transport des Etats étrangers. N'entrent pas dans cette catégorie d'employeurs, d'après le Tribunal fédéral des assurances, les entreprises étrangères de transport exploitées sous la forme de sociétés anonymes dont l'Etat est l'actionnaire majoritaire (K.L.M., du 10 juin 1949; ATFA p. 31 et RCC p. 292), et cela même si l'Etat les soutient de différentes manières pour des raisons économiques et d'intérêt public (J.A.L., du 12 février 1966; RCC p. 397).

### *C. Les rentes*

#### *Article 18 al.2 et 3 LAVS:*

«Les étrangers et les apatrides, ainsi que leurs survivants qui ne possèdent pas la nationalité suisse, n'ont droit à une rente qu'aussi longtemps qu'ils ont leur domicile civil en Suisse et que si les cotisations ont été payées pendant au moins 10 années entières. Sont réservées, les conventions internationales contraires, conclues en particulier avec des Etats dont la législation accorde aux ressortissants suisses et à leurs survivants des avantages à peu près équivalents à ceux de la présente loi.

Les cotisations payées conformément aux articles 5, 6, 8 ou 10, par des étrangers avec le pays d'origine desquels une convention n'a pas été conclue et celles qui ont été versées par des apatrides peuvent exceptionnellement être remboursées, à eux ou à leurs survivants, sous certaines conditions que fixera le Conseil fédéral, autant que ces cotisations n'ouvrent pas un droit à une rente.»

Depuis que la Suisse a retiré, le 15 septembre 1963 (ROLF p.814) une réserve qu'elle avait faite en matière d'AVS au sujet de l'article 24 de la convention sur le statut des réfugiés, ceux-ci sont traités non comme les étrangers mais comme les Suisses. Cependant, ils n'ont droit aux rentes extraordinaires qu'après cinq ans de résidence ininterrompue (art.2 ch.2 de l'AF du 4 octobre 1962). Les autres conventions tendent soit à assimiler les étrangers aux Suisses (exemple: Italie), soit à faciliter aux étrangers l'accès de l'assurance suisse (exemple: Suède).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances, les conditions de la naissance de la rente doivent toutes être réalisées le jour où se produit l'événement assuré. Ce principe vaut, sans réserve aucune, pour l'exigence de la durée minimum de cotisations (COHEN, du 11 février 1965; ATFA p.24). Par conséquent, l'étranger qui atteint l'âge de la vieillesse légale avant d'avoir cotisé pendant dix ans n'a irrémédiablement pas droit à une rente.

Le Conseil fédéral a complété, dans une ordonnance du 14 mars 1952, les dispositions de l'article 18 al.3 LAI sur le remboursement des cotisations aux étrangers et apatrides. Voici l'essentiel de cette réglementation:



a) Le remboursement est aussi exclu lorsqu'une convention pourra être conclue dans un proche avenir et lorsque les cotisations n'ont pas été payées pendant un an au moins (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> Ord.).

b) Est déterminante la nationalité au moment de la demande de remboursement (art. 1<sup>er</sup> al. 2).

c) Le remboursement est possible quand l'étranger, selon toutes prévisions, cesse définitivement d'être assuré (art. 2 al. 1<sup>er</sup>), par exemple lorsque l'événement assuré se produit à un moment où l'étranger n'a pas droit à l'assurance (art. 3).

d) Le remboursement est exclu aussi longtemps que l'ancien assuré, son conjoint ou ses enfants mineurs habitent en Suisse (art. 2 al. 2).

e) Les cotisations d'employeur ne sont pas remboursées.

f) Le remboursement peut être totalement ou partiellement refusé lorsqu'il serait contraire à l'équité ou que l'ayant-droit s'en est montré indigne (art. 4).

g) Les cotisations remboursées n'ouvrent plus aucun droit envers l'AVS et ne peuvent lui être versées de nouveau (art. 6).

h) Le droit au remboursement s'éteint par le décès de l'ayant-droit. Il se prescrit par cinq ans dès l'accomplissement de l'événement assuré (art. 7).

Dans un arrêt *Duncan*, du 4 novembre 1964 (ATFA p. 223), le Tribunal fédéral des assurances a examiné le cas d'une ressortissante des USA mariée à un Anglais dont elle n'avait pas acquis la nationalité. La Suisse est liée par une convention avec l'Angleterre mais pas avec les USA. Le tribunal a jugé que la nationalité du mari ne mettait pas obstacle à la demande de remboursement de l'épouse.

Dans une autre cause concernant un Américain (F.B., du 12 juillet 1966; RCC p. 525), le tribunal a déclaré que le concept d'habitation, à l'article 2 al. 2 Ord. (voir plus haut sous d) diffère du concept civil de domicile. Il a refusé le remboursement demandé, parce que le requérant avait laissé en Suisse un enfant mineur, qui continuait à y habiter et à y fréquenter les écoles.

L'Office fédéral des assurances sociales a donné comme directives aux caisses de compensation de n'admettre le remboursement des cotisations que jusqu'à concurrence de la valeur actuelle de l'ensemble des prestations futures de l'AVS qui pourraient revenir à un Suisse placé dans les mêmes circonstances que le requérant étranger. Le Tribunal fédéral des assurances a déclaré cette méthode conforme à l'équité, au sens de l'article 4 Ord. (lettre f ci-dessus): en effet, il serait choquant qu'un étranger qui quitte l'assurance en retire plus d'argent qu'un Suisse pour lequel le risque assuré se réalise (BALDWIN, du 24 août 1961, ATFA p.219 et RCC 1962 p.249).

Les conventions internationales présentent des solutions diverses quant au remboursement des cotisations. Interprétant, dans un arrêt longuement motivé, l'article 6 de la convention conclue avec la Suède, le Tribunal fédéral des assurances a dit qu'un ressortissant suédois qui quitte définitivement la Suisse ne peut pas réclamer le remboursement des cotisations AVS lorsqu'il remplit la durée de cotisation nécessaire pour avoir droit à une rente, dont l'octroi ne dépend plus, du point de vue du droit suisse, que de la réalisation d'un risque assuré (C.S., du 11 janvier 1966; RCC p.348).

Sauf disposition contraire des conventions internationales, les rentes extraordinaires – accordées aux personnes qui n'ont pas droit à une rente ordinaire ou dont la rente ordinaire n'atteint pas un certain minimum – sont réservées aux ressortissants suisses. L'article 42 bis LAI, relatif aux rentes extraordinaires des Suisses de l'étranger, refuse cette faveur aux doubles nationaux dont la nationalité étrangère est prépondérante. C'est un exemple d'application de la règle de conflit fondée sur la nationalité «effective», rarement utilisée en droit civil lorsque la question se pose dans l'un des pays dont le justiciable est ressortissant, mais plus fréquemment en droit public (cf. l'art. 4/a de l'AF du 13 juin 1957 concernant une aide extraordinaire aux Suisses à l'étranger et rapatriés victimes de la guerre de 1939 à 1945). Pour déterminer

la nationalité prépondérante, il faut considérer l'activité et l'attitude du double-national non seulement au moment de l'événement du risque assuré mais encore au cours des années, voire des décennies précédentes. Cela ressort implicitement d'un arrêt SIEBERT, du 20 mars 1959 (ATFA p. 63), et explicitement d'un arrêt non publié Sternberg, du 30 octobre 1962.

#### *D. Les prestations complémentaires*

En vertu de l'article 1<sup>er</sup> LPC, la Confédération subventionne les cantons et les communes qui allouent des prestations complémentaires aux rentiers de l'AVS et de l'AI dont les revenus n'atteignent pas une certaine limite.

A cet égard, les étrangers et les apatrides domiciliés en Suisse sont assimilés aux ressortissants suisses, s'ils ont habité dans le pays d'une manière ininterrompue pendant les quinze années (cinq ans pour les réfugiés) précédant immédiatement la date à partir de laquelle ils demandent la prestation complémentaire (art. 2 al. 2 LPC).

### *Chapitre IV*

#### *L'assurance-invalidité*

##### *A. Le système de la loi*

Les personnes assurées par l'assurance-vieillesse et survivants ont droit aux prestations de l'assurance-invalidité, qui est d'ailleurs alimentée, comme les caisses d'allocations aux militaires pour perte de gain, par un supplément aux cotisations AVS (art. 1-3 LAI).

Les étrangers et apatrides assurés auprès de l'AVS le sont donc aussi auprès de l'AI. Cependant, alors que ces personnes ont droit à une rente AVS pourvu qu'elles soient domiciliées en Suisse et aient cotisés pendant dix ans (art. 18 al. 2 LAVS), elles sont, après quinze ans de domicile ininterrompu en Suisse, assurées auprès de l'AI même si la con-

dition relative aux cotisations n'est pas réalisée (art. 6 al. 2 LAI). Aucune prestation n'est allouée à leurs proches qui sont domiciliés hors de Suisse. En outre, les étrangers et apatrides mineurs qui ont leur domicile civil dans notre pays ont droit aux mesures de réadaptation non seulement lorsqu'ils remplissent eux-mêmes les conditions ci-dessus, mais encore lorsque leur père ou leur mère les remplissent<sup>1</sup> et qu'eux-mêmes sont nés invalides en Suisse ou bien qu'ils y résident depuis une année au moins ou depuis leur naissance (art. 9 al. 4 LAI).

Ces différentes conditions doivent être réalisées au moment de la survenance de l'invalidité.

Les conventions internationales tendent à établir une certaine égalité de traitement (Allemagne, Italie, Liechtenstein, Yougoslavie). Les réfugiés domiciliés en Suisse sont assimilés aux Suisses. Cependant, ils n'ont droit aux rentes extraordinaires qu'après cinq ans de résidence ininterrompue; aux mesures de réadaptation, après une année entière de cotisation s'ils sont astreints à cotiser et sinon après une année de résidence, ou enfin – pour les mineurs – s'ils sont nés invalides en Suisse ou y résident sans interruption depuis leur naissance (art. 1<sup>er</sup> et 2 l'AF du 4 octobre 1962).

### *B. Jurisprudence*

Le domicile se qualifie conformément au droit civil. Nous avons cité au titre premier, chapitre II, deux arrêts du Tribunal fédéral des assurances relatifs au domicile, rendus l'un dans un cas d'assurance-accidents obligatoire (Cracco) et l'autre dans un cas d'assurance-invalidité (Dorbolo). En ce qui concerne les ouvriers saisonniers et l'assurance-invali-

---

<sup>1</sup> Art. 9 al. 3 lettre a du projet de nouvelle présenté aux Chambres le 27 février 1967: ces mineurs ont droit aux mesures de réadaptation, en outre, quand leur père ou leur mère est suisse et assuré comme tel. Outre le cas de l'enfant adoptif, un père suisse aura un enfant mineur étranger dans l'hypothèse exceptionnelle (art. 33 de la LF du 29 septembre 1952) où cet enfant n'aurait pas été naturalisé avec son père.

dité, les principes exprimés dans l'arrêt Cracco, selon lesquels le statut de saisonnier exclut le domicile suisse, ont été confirmés à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral des assurances, notamment dans un arrêt A.M., du 4 février 1964 (RCC p.330).

Contrairement à l'opinion d'une juridiction de première instance, le Tribunal fédéral des assurances a estimé que tous les étrangers et apatrides domiciliés en Suisse bénéficient de la seconde condition de l'alternative posée par l'article 6 al.2 LAI: un domicile de quinze années ininterrompues leur ouvre donc le droit aux prestations. Selon la juridiction cantonale, il résulterait des travaux préparatoires de la loi que le législateur n'entendait appliquer cette condition que subsidiairement, en faveur des étrangers et apatrides qui, pour des raisons qui ne leur sont pas imputables, n'ont pas été en mesure de cotiser pendant dix années entières. Le Tribunal fédéral des assurances, lui, n'a pas voulu s'écarter du texte clair de la loi. La question se posait pour un Italien qui, conformément à l'ancienne convention italo-suisse de 1951, avait fait transférer ses cotisations AVS à la sécurité sociale italienne, tout en restant assuré en Suisse, où il se trouvait ainsi, le jour où il est devenu invalide, être domicilié depuis plus de quinze ans mais avoir cotisé depuis moins de dix ans. Cette cause posait bien d'autres problèmes, illustrant ce que nous disions plus haut de la complexité des conventions (Baglione, du 8 mars 1961, ATFA p.33).

La règle que le droit à la rente s'éteint lorsque l'étranger et l'apatride quittent leur domicile suisse souffre une exception dans les relations germano-suisse. En vertu de la convention du 14 décembre 1965, applicable aussi aux événements assurés qui se sont produits avant son entrée en vigueur, ont droit à une rente – depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1960 au plus tôt – les ressortissants allemands qui avaient droit à une rente ordinaire de l'AI, de plus de 50%, avant leur départ de Suisse (art.19 conv.). Le Tribunal fédéral des assurances a mis au bénéfice de ces dispositions une infirmière allemande autrefois domiciliée en Suisse, où elle est devenue invalide,



après quoi elle a transféré son domicile en Allemagne et demandé une rente AI suisse (A.S., du 10 mai 1966; RCC p. 580).

Un ressortissant des USA ayant demandé des mesures de réadaptation pour son enfant mineur, la question litigieuse se réduisait en l'espèce à celle-ci: le requérant avait-il cotisé pendant dix ans au moins à l'AVS lors de la survenance de l'invalidité? Cela a amené le Tribunal fédéral des assurances à préciser la notion de «survenance de l'invalidité» (art. 6 al. 2 LAI), en l'occurrence lorsque l'infirmité est congénitale. Le tribunal s'est rallié à l'opinion que l'invalidité, au sens de la loi, commence au moment où l'infirmité donne droit pour la première fois à des prestations de l'AI. Il a rejeté la théorie selon laquelle, chaque fois que naîtrait le droit à une prestation, une invalidité ad hoc surviendrait, quant au droit à cette prestation-là. Il a cependant envisagé que des circonstances spéciales puissent conduire à s'écarter du principe de l'unité de la survenance de l'invalidité, qui est donc un principe relatif (J.T., du 27 juillet 1966; RCC p. 40).

Faut-il ranger parmi ces circonstances le fait que l'infirme, étranger lors de la survenance de l'invalidité, est ensuite devenu suisse? Le Tribunal fédéral des assurances a laissé la question indécise (BAUER, du 4 décembre 1964, ATFA p. 232 et RCC 1965 p. 323).

Dans ce dernier arrêt (Bauer), le Tribunal fédéral des assurances a constaté que l'enfant illégitime d'une étrangère et d'un Suisse, qui n'a pas reconnu sa paternité avec effets d'état civil mais s'est engagé à contribuer à l'entretien de l'enfant, est un étranger au sens de la LAI. Cette loi ne contient pas de dispositions analogues à celles de l'article 27 al. 2 LAVS, qu'on retrouve en général dans toutes les lois qui instituent des rentes, qui permettraient de rattacher l'enfant à l'homme des œuvres duquel il est issu et de fonder ainsi un droit aux mesures de réadaptation.

En vertu de l'article 8 lettre b de la convention italo-suisse, relatif à la rente ordinaire d'invalidité, les ressortissants italiens qui sont affiliés aux assurances italiennes, ou qui ont déjà bénéficié d'une pareille rente avant de quitter



la Suisse, sont assimilés aux personnes assurées selon la législation suisse. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé cette disposition inapplicable aux doubles-nationaux suisses et italiens et les a déclaré soumis uniquement au droit suisse (Vannini, du 7 mars 1966; RCC p.353). En l'occurrence, la règle selon laquelle chaque Etat fait abstraction des autres nationalités de ses ressortissants a joué au détriment du double-national, qui, n'étant plus domicilié en Suisse lors de la survenance de l'invalidité, se trouvait n'être plus assuré (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> lettre a LAVS)<sup>2</sup>.

### *Conclusion*

Nos assurances sociales, comme le droit civil, traitent en général Suisses et étrangers sur un pied d'égalité. Toutefois, en matière d'assurance-vieillesse et survivants et d'assurance-invalidité, l'égalité de traitement n'est réalisée de par la loi qu'à l'égard des étrangers domiciliés en Suisse depuis un certain nombre d'années ou qui y comptent une durée minimum de cotisation. Afin d'améliorer le sort de ceux qui ne remplissent pas ces conditions, on conclut des conventions internationales. C'est une tâche difficile, parce que la sécurité sociale est organisée dans presque chaque Etat différemment: les institutions, le mode de financement, les prestations correspondent rarement d'un pays à l'autre. D'autre part, la disproportion est parfois grande entre le nombre des ressortissants de l'Etat contractant établis en Suisse et le nombre des Suisses établis dans l'Etat contractant. Pour tous ces motifs, il faut recourir à des solutions relativement compliquées, qui posent à l'administrateur et au juge des problèmes ardues. Cette situation est inévitable, dans l'état actuel du monde. Nous n'avons rien à proposer pour l'améliorer.

---

<sup>2</sup> L'art. 6 al. 1<sup>er</sup> de la nouvelle présentée aux Chambres le 27 février 1967 permettra aux rentiers suisses qui s'établissent à l'étranger de conserver leur rente suisse. V. le message du CF, FF 1967 I 692/693.

