

RESUME DE LA PARTIE GENERALE DU DROIT INTERNATIONAL  
PRIVE ALLEMAND

par Wolfgang Däubler, magistrat-stagiaire à Tübingen (Allemagne)

Je voudrais vous donner aujourd'hui un résumé de la partie générale du droit international privé allemand. A cause du temps dont je dispose ici, je me borne à vous donner un aperçu de la partie générale en laissant de côté tous les problèmes de la partie spéciale. De plus, ce sont surtout, les questions de la partie générale qui ont été discutées par la doctrine allemande. La doctrine se trouvait ici dans la même situation que la doctrine française : il n'y a presque pas de règles du droit écrites relatives à la partie générale tandis que le législateur a résolu beaucoup de problèmes de la partie spéciale en créant les articles 7 à 31 de la loi d'introduction au code civil allemand. Ces articles ont donné des règles sur la capacité, les délits, le mariage, le divorce et le droit de succession. C'est pourquoi la doctrine n'a pas la même importance sur le domaine de la partie spéciale.

Je voudrais traiter d'abord le problème de la qualification ; après ceci, je voudrais exposer le problème de l'adaptation, peu connu en France, et celui de la soi-disante "question préalable", également peu discutée ici. Puis je voudrais traiter la question un peu délicate du renvoi et le problème de la fraude à la loi pour arriver enfin à la notion allemande de l'ordre public international. A la fin, je voudrais parler de quelques questions de procédure, surtout de l'application de la loi étrangère et de la reconnaissance des jugements étrangers.

Ce n'est pas seulement en droit français que le problème de la qualification a fait couler beaucoup d'encre. C'est aussi une des questions les plus discutées en droit international privé allemand. Comme en France, on a découvert ce problème à la fin du XIXe siècle. C'était Kahn qui lui a consacré d'importants travaux.

Pour appliquer correctement les règles de conflit, il est nécessaire de préciser l'extension des catégories de rattachement (état de personnes, capacité, régimes matrimoniaux). En droit allemand, la qualification est une opération de logique formelle, un rattachement d'un fait particulier à une catégorie générale. Le particulier est ici une règle de droit étranger et le général la catégorie de rattachement. Dans la doctrine et la jurisprudence allemandes, la qualification porte donc toujours sur une règle juridique et non sur la prétention litigieuse ou la situation de fait. Il ne s'agit non plus de la définition des facteurs de rattachement (comme nationalité, domicile, locus delicti commissi). Je me permets de donner deux exemples: 1°) Si une loi étrangère connaît la quarte du conjoint pauvre, inconnue en droit allemand, il s'agit de qualifier cette règle comme règle successorale ou comme règle matrimoniale (cf.

en France, l'affaire Bartholo, cour d'appel d'Alger, 1889).

2°) En droit étranger, certaines questions sont réglées dans une différente partie du système. Les règles de prescription de la lettre de change sont en Angleterre et en Amérique de nature procédural tandis qu'elles sont de nature matérielle en Allemagne. Peut-on les qualifier définitivement procédurales et les écarter ainsi parce que la procédure est régie par la *lex fori* ? Par conséquent, les lettres de change sont imprescriptibles car le droit de procédure civile allemand et le droit matériel américain, tous les deux applicables, ne contiennent pas de règles de prescription. Peut-on les qualifier comme des règles matérielles en changeant ainsi leur caractère d'après la loi américaine ? Par conséquent, on les applique aussi en France ou en Allemagne.

Suivant une expression de Melchior il faut mettre "la matière juridique étrangère dans les classeurs mobiles de notre système du droit international privé".

La doctrine et la jurisprudence ont proposé quatre solutions sans tomber d'accord :

1°) L'opinion dominante, celle de Kahn et de beaucoup d'autres, préconise la qualification d'après la loi du fait. La jurisprudence a suivi expressément la doctrine, Le Reichsgericht (tribunal suprême du Reich) a qualifié les règles de prescription de la lettre de change dans la common law comme des règles matérielles.

On a justifié cet avis en disant, que le droit international privé est du droit national ; c'est pourquoi il utilise les mêmes catégories que les autres parties du droit national.

2°) Une autre opinion, dont le représentant le plus important est Martin Wolff propose de résoudre le problème par la qualification selon la *lex causae*, la loi du fond. Dans l'exemple cité ci-dessus on considèrerait les règles de prescription comme des règles procédurales qui sont par conséquent pas applicables en France ou en Allemagne.

3°) On n'était pas content de ces théories. Rabel s'opposait à la théorie classique. Premièrement, il prétendait que la qualification concerne une situation de fait et non des règles juridiques. Deuxièmement, les catégories de rattachement doivent convenir à des situations de fait à éléments internationaux ; c'est pourquoi elles ne peuvent pas être des catégories de droit interne, mais doivent constituer en quelque sorte la synthèse des catégories analogues des divers droits internes. L'étendue des règles de conflit ne peut être

connue que par une méthode basée sur l'étude approfondie du droit comparé. Les catégories de rattachement ne s'expliquent donc pas d'après la loi du for ; elles sont le résultat de l'étude du droit comparé.

Il est évident qu'il est extrêmement difficile de trouver ainsi des résultats convainquants. Rabel propose en somme plutôt une méthode de recherche qu'une véritable solution.

4°) Une partie de la doctrine (Neuner, Kegel) se prononce pour les thèses suivantes : il faut baser l'interprétation du droit international privé sur les intérêts sociaux légitimes. Il s'agit ici de l'application de la méthode de la "Interessenjurisprudenz", méthode dominante en Allemagne, qui considère comme la partie la plus essentielle d'une règle de droit son but social. Pour démontrer les effets de cette méthode je me permets de reprendre l'exemple cité ci-dessus : la prescription des lettres de change américaines.

On a le choix entre deux solutions : premièrement on peut dire que la prescription est toujours de nature matérielle. Cette qualification d'après la loi du for aboutit à l'application de la règle que la prescription est soumise à la même loi que la créance, en l'espèce à la loi américaine.

Deuxièmement, on peut dire que les règles de prescription sont de nature procédurale, cette qualification d'après la lex causae aboutit à l'application de la règle, que la procédure est toujours régie par la lex fori, en l'espèce par la loi allemande.

Il est arbitraire d'accepter en général une des deux solutions. De plus, il est impossible d'appliquer les deux règles à la fois. Un vrai choix entre les deux règles n'est que possible si l'on se demande, quel est leur but social.

Quel est le but social de la deuxième règle que la procédure est régie par la loi du for ? Il est évident qu'on veut épargner aux juges et aux avocats de faire une procédure d'après une loi qu'ils ne connaissent pas. On ne peut pas exiger d'eux de connaître toutes les formalités et les particularités d'une procédure étrangère tandis qu'il est bien possible pour eux de connaître une partie du droit matériel étranger.

Quel est le but social de la première règle selon laquelle la prescription est soumise au même droit que la créance ? La prescription ne met pas fin à l'existence de la créance comme le paiement d'une dette, mais elle a au moins pratiquement les mêmes conséquences. Toute la vie de la créance est soumise à une seule loi, pour éviter des contradictions. Il n'est pas raisonnable de faire

exception quand il s'agit de la prescription.

Il faut maintenant définitivement choisir : le but social des deux règles nous montre qu'il faut soumettre la prescription à la même loi que la créance c'est-à-dire la loi américaine. On peut sans difficultés écarter la règle qui dit que la procédure est régie par la loi du for car il est bien possible pour les juges et les avocats de connaître les règles de prescription .

De plus, la solution contraire aboutit à l'imprescriptibilité de la créance ce qui correspond ni à la volonté du droit allemand, ni à celle du droit américain.

Cette méthode aboutit en général à des résultats équitables. Elle a le désavantage qu'on ne peut souvent pas prévoir la décision du tribunal.

Cette méthode est de plus la seule possible pour résoudre le soi-disant problème de l'adaptation (Angleichung). De quoi s'agit-il ici ?

Pour poser le problème il faut donner un exemple :

En Angleterre, le régime légal est la séparation des biens. Si le mari meurt, la femme reçoit une partie de l'héritage, elle est héritière légitime, même s'il y a des enfants communs.

En France, le régime légal est la communauté des meubles et acquêts. Après la mort du mari, la femme reçoit la moitié des biens communs ; s'il y a des enfants, elle n'est pas héritière.

Il est possible qu'un couple anglais devienne français. Selon le droit international privé allemand le régime des époux est régi par la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage. La succession est cependant régie par la loi nationale du défunt au moment de sa mort.

Si le mari anglais est devenu Français, la femme ne rien : le régime anglais, applicable jusqu'à la mort, ne lui donne rien. Le droit de succession anglais n'est pas applicable, de même que le droit matrimonial français. Le droit de succession français est applicable mais ne sert à rien.

Si à l'inverse , un mari français est devenu anglais, la femme reçoit deux fois ce qui lui convient : le régime français applicable lui donne la moitié des biens communs ; le droit de succession anglais, applicable parce que le mari ~~était~~ Anglais au moment de sa mort, lui donne encore une fois une grande partie des biens de son ~~mari~~.

Il est évident, que ces deux résultats ne sont pas satisfaisants parce qu'ils correspondent ni à la volonté du droit français ni à la volonté du droit anglais.

Il ne s'agit pas du problème de la qualification. Tout le monde est d'accord, que la règle du droit anglais qui donne à la femme certains droits sur les biens de son mari défunt appartient au droit de succession. De même, on ne conteste pas que c'est en France, uniquement le droit des régimes matrimoniaux qui attribue certains droits à la veuve. Il s'agit ici du soi-disant problème de l'adaptation. Il faut adapter les deux lois l'une à l'autre pour trouver un moyen d'arriver à une solution équitable qui correspond aux deux droits.

Le but social des règles citées ci-dessus est de créer un certain ordre. La loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage est applicable parce qu'on veut éviter des changements de la nationalité dans le but d'améliorer les droits pécuniaires contre l'époux. La loi nationale du défunt au moment de sa mort régit la succession parce qu'on veut appliquer une seule loi à tout l'héritage.

L'application des deux règles de conflit aboutit à un résultat injuste. Pour arriver à un résultat équitable il faut écarter une de ces règles. Le chemin le plus simple est de changer la règle selon laquelle la succession est régie par la loi nationale du défunt au moment de sa mort. Son but peut être également atteint, si c'est la loi nationale au moment du mariage qui régit la succession. A l'inverse, le but de l'autre règle qu'on ne peut pas changer de nationalité pour obtenir un meilleur régime matrimonial, ne serait pas atteint si l'on disait que c'est la loi nationale au moment de la mort qui régit le régime matrimonial. On se décide par conséquent à modifier la règle de conflit sur la succession pour arriver à un résultat juste.

Si un Anglais est devenu Français, c'est la loi anglaise qui régit non seulement son régime matrimonial mais aussi sa succession. La veuve reçoit des droits d'après la loi anglaise de succession.

Si un Français est devenu Anglais, on garde la loi française. La veuve reçoit la moitié des biens communs mais ne reçoit rien comme héritière de la loi anglaise.

Malheureusement, il y a des situations où il faut chercher d'autres remèdes.

Prenons encore une fois un exemple :

La mère d'un enfant naturel est Allemand, le père est Russe. Les relations entre l'enfant et sa mère sont régies par la loi allemande. La mère n'a pas conséquent pas de puissance ~~paternelle~~ paternelle, qui est accordée entièrement au tuteur. Les relations entre l'enfant et son père sont régies par la loi russe, au moins

en ce qui concerne la puissance paternelle. D'après la loi russe, le père naturel a la puissance paternelle ensemble avec la mère naturelle, il n'en a que la "moitié".

Il y a ici une contradiction entre les deux lois. Il serait difficile de modifier les règles de conflit. On ne peut pas soumettre les relations entre l'enfant et la mère au droit russe.

De même, il serait peu raisonnable d'écarter la règle sur la puissance paternelle, car on ne l'écarter pas en Russie et les actes du tuteur ne seraient certainement pas considérés comme valables en Russie ce qui est contraire aux intérêts de l'enfant.

Il faut donc choisir la solution de modifier la loi matérielle. On donne au tuteur seulement la moitié de la puissance paternelle qui remplace ainsi la mère dans le droit russe comme si elle était par exemple mineure. Cette modification du droit allemand aboutit aux résultats les moins injustes possibles.

Si, au contraire, la mère était Russe et le père Allemand, la mère russe a la moitié de la puissance paternelle et le père n'en a pas. Dans ce cas, il faut modifier un peu le droit russe ; celui-ci déclare que la mère a toute la puissance paternelle, si le père naturel est mort ou aliéné. Par application analogue de ces règles on donne toute la puissance paternelle à la mère.

De tels problèmes sont souvent discutés en Allemagne. En modifiant les règles de conflit ou les règles matérielles du propre droit ou du droit étranger, on trouve des solutions relativement équitables. Le but reste toujours d'apprécier la justice plus que des constructions juridiques.

Un problème discuté est celui de la question préalable (Vorfrage). Je me permets de donner encore une fois un exemple :

L'Italien A avait épousé l'Allemande B en 1910. De 1893 à 1900, A avait vécu à New-York dans une union libre avec l'Italienne X. A cette époque là, la loi de New-York n'exigeait aucune forme pour un mariage. Le fait de vivre comme des mariés suffisait. Puisque A et X n'avaient jamais demandé, le divorce le problème se posa, si le deuxième mariage était entaché de nullité à cause de bigamie. C'était le cas si l'union libre à New-York pouvait être considérée comme un mariage.

La question de la validité du deuxième mariage est appelée par la doctrine allemande "Haupt frage" "question principale". Le problème de l'existence d'un premier mariage - c'est la question préalable, la soi-disante Vorfrage.

La question principale est régie par la loi italienne, parce que le mari était Italien.

On est d'accord que la question préalable n'est pas régie automatiquement par la même loi que la question principale. Mais on discute si c'est en l'espèce le droit international privé allemand en tant que loi du for ou le droit international privé italien en tant que loi du fond qui désigne la loi applicable à la question préalable. C'est le soi-disant problème de la Vorfrage. La différence des solutions peut être considérable, si par exemple, la loi du for se prononce pour la forme du "locus acti" tandis que la loi du fond exige toujours l'observation de ses propres règles de forme.

L'opinion majoritaire en Allemagne préconise l'application du droit international privé allemand en tant que loi du for. L'opinion minoritaire prétend que la désignation de la loi étrangère porte sur tout le litige y compris la question préalable. Mais cette opinion aboutit à des conséquences désagréables. Elle méconnaît l'harmonie juridique. Il est bien possible qu'une certaine question préalable, par exemple, la question de la validité d'un mariage, se retrouve chez des différentes questions principales, qui sont régies par différentes lois. C'est pourquoi on trancherait la question préalable selon différentes lois si bien que dans l'exemple, le mariage existe quand il s'agit de la filiation légitime mais n'existe pas quand il s'agit de la succession. On évite cette conséquence peu satisfaisante en appliquant toujours le droit international privé allemand.

Abordons maintenant le problème du renvoi :

Ce problème a causé beaucoup de discussions en Allemagne, quoique la doctrine se trouvât dans une autre situation que la doctrine française : l'article 27 de la loi d'introduction dit qu'il faut suivre le renvoi au premier degré dans certains cas. Cet article a au moins pour conséquence d'écartier la possibilité d'un refus total du renvoi. Mais il reste beaucoup de questions pour être discutées : Est-ce que le renvoi est exclu dans les cas non-énumérés par l'article 27 ? Est-ce qu'on suit aussi le renvoi au deuxième degré ?

D'abord, une question de terminologie : quand il s'agit d'un renvoi au premier degré, on parle en Allemagne d'une Rückverweisung ou l'on emploie le mot français "renvoi". Le renvoi au second degré est désigné du mot Weiterverweisung" qui exprime d'une façon claire qu'il s'agit d'un renvoi à la loi d'un troisième Etat.

Le premier problème qui se pose est si la référence de la règle de conflit à un droit déterminé, est toujours faites aux dispositions matérielles

de ce droit par opposition à celles sur les conflits, s'il s'agit donc d'une "Sachnormverweisung" ou d'une "Gesamtverweisung". L'article 27 de la loi d'introduction prouve qu'au moins dans les cas cités, la désignation de la loi étrangère est une désignation de l'ordre juridique étranger dans sa totalité, y compris les règles de conflit. Dans les autres cas il faut accepter le même résultat, car l'art. 27 ne les traite pas de la seule raison, parce qu'ils sont des règles unilatérales qui sont interprétées par la jurisprudence comme des règles multilatérales. On doit en conclure, que la référence à un droit étranger, concerne toujours la loi étrangère dans sa totalité.

Mais il reste un autre problème : est-ce que la désignation de la loi allemande par un droit international privé étranger se rapporte aux dispositions matérielles ou au droit allemand dans sa totalité ? Evidemment, cela dépend de l'interprétation des règles de conflits. On accepte en Allemagne l'interprétation que les tribunaux étrangers donnent à leurs propres règles de conflit.

Si une règle de conflit désigne les dispositions matérielles du droit allemand, on accepte ce renvoi et on applique le droit allemand. C'est la conséquence de l'article 27 de la loi d'introduction.

Si une règle de conflits désigne la loi allemande dans sa totalité, on se trouve en face de beaucoup d'opinion. Il faut en distinguer deux qui sont les principales ; la jurisprudence et une partie de la doctrine interprètent l'article 27 de la loi d'introduction d'une façon extensive et appliquent la loi allemande.

De plus, on constate qu'il faut trouver une solution si tous les deux pays se prononcent pour l'application du droit de l'autre pays dans sa totalité. On choisit naturellement le chemin le plus confortable en appliquant sa propre loi.

Une autre partie de la doctrine a pratiquement adopté la "foreign-court- theory" d'origine anglaise, la "théorie de la cour <sup>étrangère</sup>". Cette théorie veut dire qu'il faut appliquer la même loi que le tribunal étranger applique. Prenons un exemple : un argentin de 21 ans, domicilié en Allemagne a acheté des bijoux à Francfort. L'article 7 de la loi d'introduction au code civil allemand déclare applicable la loi nationale quand il s'agit de la capacité. La loi argentine dispose que les Argentins sont incapables jusqu'à leur 22ème année. En appliquant la loi argentine, désignée par le droit international privé allemand, la vente des bijoux serait entachée de nullité, surtout si le vendeur a connu la règle argentine.

Je voudrais encore faire allusion aux problèmes qui cause un droit étranger qui est divisé d'après les Pays ou les Provinces. Je pense aux Etats-Unis, à la Pologne entre les deux guerres et à l'Alsace-Lorraine jusqu'à 1925. S'il existe un seul droit de conflit interlocal ou interprovincial, c'est lui et non le droit interlocal allemand qui décide, si le droit de la province A ou le droit de la province B est applicable.

La situation est beaucoup plus difficile, si les différents pays d'une nation étrangère ont de différents droits internationaux privés. C'est le cas notamment aux Etats-Unis. Pour arriver à une solution, il faut distinguer :

Si le point de rattachement dans le droit international privé allemand est un point géographique (par exemple, locus delicti commissi) on applique le droit du pays, où ce lieu se trouve. Un délit commis à New-York est soumis à la loi de l'Etat de New-York.

Si le point de rattachement est la nationalité, ce qui est souvent le cas en Allemagne, on ne peut pas appliquer le droit de conflit étranger parce qu'il y en a plusieurs. Il faut recourir au droit interlocal allemand dont l'application analogue est préconisé par la doctrine.

Un autre problème a été discuté par la jurisprudence et la doctrine, sans atteindre l'importance des autres questions traitées tout à l'heure : la fraude à la loi.

Entre les deux guerres beaucoup d'Israélites de nationalité polonaise qui étaient domiciliés en Allemagne, sont allés à Bodenbach en Tchécoslovaquie pour se marier devant le rabbin. Cette forme de mariage ne suffisait pas en Allemagne parce que depuis 1875 il faut se marier devant le fonctionnaire de l'état civil. Ils voulaient éviter un mariage civil parce qu'il fallait une attestation polonaise qui dépendait de conditions difficiles. En Tchécoslovaquie le mariage religieux suffisait. Parfois les fiancés n'ont séjourné que quelques heures à Bodenbach.

Ses mariages ont toujours été considérés comme valables en Allemagne. L'article 8 de la loi d'introduction dispose, que la forme du "locus acti" suffit pour tous les actes juridiques. Une fois seulement, la jurisprudence s'est demandée, si ces mariages n'étaient pas une fraude à la loi allemande, ce qui était nié par la cour d'appel de Berlin.

Cet exemple prouve qu'on est en général très libéral en ce qui concerne la fraude à la loi. Seulement une atteinte grave à l'autorité de la loi peut causer la nullité d'un acte juridique. La fraude aux dispositions sur

le divorce est plus grave. Le divorce est régi en droit allemand par la loi nationale du mari. Si par exemple, un mari devient Turc pour se débarrasser de sa femme en lui envoyant une lettre de divorce, le divorce ne serait pas considéré comme valable en Allemagne. Mais s'il devenait Suédois pour arriver à un divorce par consentement mutuel, le divorce serait valable, parce que l'atteinte à l'autorité des lois allemandes est moins grave. Si l'on admet une fraude à la loi, on dit en général, que la nullité de l'acte juridique existe parce qu'un tel acte juridique est contraire à l'ordre public.

La fraude à la loi ne joue pas un grand rôle en Allemagne, parce qu'il est difficile de changer de nationalité - point de rattachement principal en droit international privé allemand - et parce que les dispositions matérielles correspondent aujourd'hui, en général, aux besoins des citoyens.

Maintenant, je voudrais parler de l'ordre public international allemand.

La loi d'introduction au code civil allemand contient dans son article 30, la règle suivante : l'application d'une loi étrangère est exclue si elle est contraire aux bonnes moeurs ou au but d'une loi allemande. On appelle cet article "Vorbehaltsklausel", clause de réserve, ou "Ordnungspublic-Klausel (clause de l'ordre public)".

La première partie de cette règle qui fait allusion aux bonnes moeurs n'a pas causé de difficultés pour la doctrine et la jurisprudence. On a cependant discuté longtemps sur la deuxième partie étant donné que chaque loi a un certain but. Aujourd'hui, on est d'accord, que la deuxième partie vise seulement les lois allemandes qui ont "une volonté de validité générale, qui doivent être toujours appliquées". Ce sont les lois qui expriment les principes fondamentaux du droit allemand. Une règle du droit étranger n'est pas appliquée seulement si elle heurte les bases mêmes du système juridique, social et éthique allemand.

A côté de la clause générale, il y a des clauses spéciales ne se rapportant qu'à une règle de conflit déterminé. C'est ainsi que l'article 12 de la loi d'introduction déclare qu'on ne peut faire valoir qu'un Allemand est condamné de payer des dommages à la suite d'un acte illicite commis à l'étranger, des droits plus importants que ceux qui résultent de la loi allemande. De même, l'article 17 de la loi d'introduction dit qu'un divorce ne peut être prononcé en Allemagne en vertu d'une loi étrangère que si à cette loi et la loi allemande l'admettent. On applique la loi étrangère ; mais on restreint cette application par les causes de divorce allemandes. D'après l'ar-

ticle 21, ni la mère ni l'enfant naturel peut faire valoir plus de droits contre le père naturel allemand que ceux qui lui seraient reconnus par la loi allemande, tandis qu'en général, les obligations des pères naturels sont régies par la loi nationale de la mère. Ces clauses spéciales ne sont pas justifiées ; la doctrine propose de les supprimer (de lege ferenda) et de se borner à la clause générale de l'article 30.

Ces clauses spéciales ne donnent pas beaucoup de questions à résoudre, la doctrine et la jurisprudence se sont beaucoup occupées de la clause générale. On est aujourd'hui d'accord, que ce n'est pas le contenu mais l'application de la règle du droit étranger en Allemagne qui doit être choquante pour les Allemands. Si par exemple, un musulman s'est marié avec trois femmes en Arabie-Séoudite, la deuxième et la troisième ont le droit de l'assigner devant les tribunaux allemands s'il ne les entretient pas (cf. l'arrêt de la Cour de Cassation française - Claret 1958, 778 note A P et Rev. critique 1958, 110 note Jambu-Merlin). L'application du droit musulman, qui autorise la polygamie, ne porte pas atteinte à l'ordre public allemand dans ce cas, tandis qu'un deuxième mariage d'un musulman en Allemagne est sans aucun doute contraire à l'ordre public allemand.

L'éviction de la loi étrangère par la clause de réserve est limitée dans son étendue. La clause d'ordre public est une disposition exceptionnelle et l'exception est de stricte interprétation. Le droit étranger normalement compétent ne doit être écarté que dans l'exacte mesure où il est contraire à l'ordre public allemand. Une décision du tribunal de grande instance de Hambourg, qui date de 1936, fournit un exemple : la loi roumaine qui interdit la recherche de la paternité était contraire à l'ordre public allemand. Cela n'a pas empêché le tribunal d'appliquer les règles de droit roumaines se rapportant à l'époque légale de la conception et de la présomption relative.

Malgré cette restriction, il arrive souvent qu'il y a une lacune à combler le droit compétent une fois écarté. Il se pose le problème, quelle loi doit combler cette lacune. Ce problème n'est pas encore résolu. On peut distinguer trois opinions :

L'opinion majoritaire reconnaît au droit étranger compétence pour combler cette lacune parce qu'on veut porter un minimum d'atteinte à la loi étrangère. L'exemple classique est celui d'un arrêt du R.G. qui date de 1922 (publié en France Rev. crit. 1926, 278) : une créance soumise au droit suisse était imprescriptible d'après celui-ci ; l'imprescriptibilité d'une créance

tombe en Allemagne sous le coup de l'article 30. La règle visée du droit suisse devait donc être écartée. Le R.G. n'a cependant pas appliqué le plus long délai de prescription allemand mais le plus grand délai de prescription suisse.

Cette opinion aboutit à ne pas réellement appliquer le droit suisse qu'on prétend respecter : en droit suisse la créance considérée est imprescriptible et il n'y a donc aucune règle qui fixe pour elle un délai de prescription (cf. la critique bien justifiée de Maury. L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand, Revue critique 1954, p. 7 - 27).

Une autre opinion préconise l'application de la lex fori étant donné que l'éviction de la loi étrangère ne sert qu'à la protection de la lex fori.

Une troisième opinion propose une solution assez originale : on fait un compromis entre la lex fori et la loi étrangère en créant des règles de droit matérielles qui sont encore tolérables pour les Allemands mais qui sont plus proches à la loi étrangère que la lex fori. Dans l'exemple cité ci-dessus, on accepterait par exemple une prescription de 50 ans qui est encore tolérable pour nous. Si une loi étrangère ne donne aucun droit à une portion alimentaire à l'enfant naturel - ce qui est contraire à l'ordre public - on lui attribue une rente alimentaire inférieure à celle du code civil allemand.

Enfin, je voudrais traiter quelques questions de procédure ; les tribunaux allemands peuvent rendre une décision seulement s'ils ont la compétence internationale. Cette compétence est réglée par l'article 606 du code de procédure civile allemand pour le divorce et par l'article 642 du code de procédure pour la constatation de la filiation naturelle. Dans les autres cas, la jurisprudence se déclare compétente, s'il y a une compétence locale d'après le code de procédure civile. Si par exemple le défendeur est domicilié en Allemagne, si un délit y a été commis, si un contrat doit y être rempli, les tribunaux allemands sont compétents. La doctrine va plus loin. Elle se prononce pour une compétence, si seulement le demandeur est Allemand ou s'il est domicilié en Allemagne. Un jugement rendu sans compétence internationale est cependant toujours valable.

La procédure elle-même est régie par la lex fori. On dispute cependant la question, si la charge de preuve est régie elle aussi par la loi du for. Les règles sur la charge de preuve font partie du code civil allemand ; c'est pourquoi on n'est pas d'accord si elles sont de nature procédurale ou non. Sur le plan du droit international privé, l'opinion majoritaire fait la distinction

suivante ; les déclarations des parties dans la procédure elle-même, comme l'aveu, destruction des moyens de preuve de l'adversaire ou le silence sont régies par la loi du for. Toutes les autres questions de la preuve sont régies par la loi du fond, la *lex causae*.

Si le droit international privé allemand déclare applicable une loi étrangère, c'est le juge qui est obligé de trouver le contenu de cette loi. Les parties n'ont aucune obligation de "prouver" une disposition du droit étranger. Naturellement ils ont le droit d'aider le juge en apportant des expertises, de prononcer leur avis sur les questions du droit étranger.

En appliquant le droit étranger, le juge allemand est aussi libre qu'en appliquant la loi allemande. Si la jurisprudence étrangère ne constitue pas de vrai droit objectif, le juge n'est pas forcé de la suivre ; c'est ainsi que le R.G. a pris une autre attitude que le tribunal fédéral suisse et la cour suprême d'Autriche en appliquant le droit suisse ou Autrichien.

L'application de la loi étrangère se heurte parfois à deux difficultés premièrement, on ne peut constater le facteur de rattachement. On ne connaît par exemple pas la nationalité d'un défunt - ce qui est prévisible étant donné que la succession d'un défunt est régie par sa loi nationale. Si les deux ou plusieurs droits en cause mènent au même résultat, on permet à la jurisprudence de laisser ouverte la question de la loi applicable. Si ce n'est pas <sup>le cas,</sup> l'opinion majoritaire se prononce pour l'application de la loi de la dernière résidence connue.

Deuxième difficulté : le juge ne peut pas trouver le contenu de la loi applicable. On recourt alors à une solution vrai semblable : on applique une loi qui a beaucoup d'affinités avec la loi applicable. On a appliqué par exemple le droit français quand on n'a pas réussi à trouver le contenu du droit de Luxembourg. On croit que le droit français mène au même résultat parce que les deux droits sont très semblables. De plus on peut appliquer des principes généraux qui se retrouvent dans tous les droits des peuples civilisés, comme par exemple "pacta sunt servanda". Une fois le R.G. s'est tiré de l'embarras d'une façon assez original : en 1910 des matelots allemands avaient travaillé sur un bateau turc. Le capitaine les avait forcés de renoncer à une partie de leur salaire. Probablement, la loi turque était applicable, dont le contenu était presque impossible à trouver en 1910. D'après la loi allemande, ils pouvaient annuler leur renonciation ; le R.G. a déclaré, que, si ce n'est pas possible de le faire aussi d'après la loi turque, celle-ci serait contraire à l'ordre

public allemand. La renonciation était donc nulle sans que le tribunal eût connu le contenu de la loi applicable.

Si toutes ces méthodes ne mènent à aucune solution, on propose que le demandeur doit prouver le contenu sous danger de perdre son procès. Quand il s'agit d'un procès où le tribunal est obligé de trouver les faits d'office (divorce, filiation, interdiction) on propose d'appliquer la loi du for. Ces propositions ont cependant une signification théorique parce que jusqu'ici, la jurisprudence n'a jamais été forcée de recourir à ces règles.

La reconnaissance des jugements étrangers est réglée par l'article 328 du code de procédure civile allemand. Cet article pose plusieurs conditions pour la reconnaissance.

- 1°) Le tribunal étranger doit avoir la compétence internationale.
- 2°) Le jugement étranger ne doit pas porter atteinte à l'ordre public allemand.
- 3°) Les jugements allemands sont reconnus par l'Etat étranger.
- 4°) Si le tribunal étranger a appliqué une autre loi que celle désignée, par le droit international privé allemand et si un Allemand a perdu le procès à cause de l'application de cette loi, le jugement n'est pas reconnu en Allemagne.
- 5°) Si un Allemand défendeur a perdu son procès à cause d'un jugement par défaut et si ce n'est pas sa faute, le jugement étranger n'est pas reconnu en Allemagne.

Le droit allemand ne connaît donc pas une révision de fond. Les jugements étrangers sont reconnus de plein droit.

Il ne faut aucune constatation officielle de leur reconnaissance.

L'exequatur est cependant nécessaire pour l'exécution forcée en Allemagne. Il faut un jugement allemand qui déclare l'exécution forcée "recevable" (Zulässig). \_\_\_\_\_