

## CONCLUSION DU MARIAGE PAR UN ETRANGER EN POLOGNE

*Krzysztof Pietrzykowski*

Ces dernières années de plus en plus nombreux sont les cas de conclusion, en Pologne, de mariages entre des étrangers et citoyens polonais ainsi qu'entre des étrangers. Cela est favorisé par l'accroissement des contacts mutuels entre les personnes et les peuples ainsi que par le développement de la coopération universelle internationale dans de nombreux et différents domaines, y compris dans le domaine humanitaire. Dans l'Acte Final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe a été inscrit le principe, conformément auquel « les Etats participants examineront avec bienveillance et humanité les demandes d'autorisation de sortie et d'entrée des personnes qui ont décidé de conclure un mariage avec des ressortissants d'autres Etats participants ». Les cas de plus en plus fréquents de conclure le mariage par des étrangers en Pologne conduisent à une augmentation de l'afflux, dans les tribunaux polonais, des affaires matrimoniales avec élément étranger. En témoigne surtout la plus récente jurisprudence de la Cour Suprême dans les affaires concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de présenter un certificat de capacité de contracter mariage selon sa loi nationale.

I. La question de la loi compétente pour contracter mariage a été réglée dans les articles 14 et 15 de la loi du 12 novembre 1965 portant droit international privé<sup>1</sup> ainsi que dans les dispositions de douze conventions bilatérales internationales, liant la Pologne, sur l'entraide judiciaire.

Conformément à l'art. 14 du droit international privé « la faculté de conclure le mariage dépend pour chaque partie de sa loi nationale ». Il résulte de cette disposition que les conditions de fond de la conclusion du mariage sont appréciées pour chacune des parties séparément, selon sa *lex patriae*, à moins que les deux parties sont ressortissants du même Etat. Le principe de l'application séparée de la loi nationales des futurs époux,

---

<sup>1</sup> Journal des Lois [cité ci-après : J. des L.] n° 46, texte 290 ; cette loi est citée ci-après : d.i.p.

cité à l'art. 14, ne signifie pourtant pas que la faculté de contracter mariage puisse être appréciée d'une manière abstraite, détachée de la personne de l'autre futur époux, puisque le mariage est, de par son essence, un rapport bilatéral et la faculté de sa conclusion est toujours une faculté relative. C'est pourquoi il est exigé que le certificat de capacité de contracter mariage, que l'étranger est tenu de présenter au chef de l'office d'état civil (art. 46 al. 1 du décret du 8 juin 1955 sur les actes d'état civil)<sup>2</sup>, cite la personne avec laquelle le mariage doit être conclu.

Les conditions de fond de la conclusion du mariage par une personne ne possédant la nationalité d'aucun État ou dont la nationalité ne se laisse pas déterminer, sont appréciées selon le droit de l'État où se trouve son domicile (art. 14 en relation avec l'art. 3 du d.i.p.). Cette solution ne correspond pas à la disposition de l'art. 46 al. 2 du décret portant droit sur les actes d'état civil qui statue que « les personnes à nationalité indéterminée contractent mariage selon les dispositions du droit polonais ». Dans la doctrine prédomine décidément l'opinion que l'art. 3 du d.i.p. a abrogé l'art. 46 al. 2 sur le principe de la *lex posterior derogat legi priori*<sup>3</sup>. La question est discutable. On peut en effet défendre le point de vue que l'art. 46 al. 2 ne peut, en tant que disposition spéciale, être abrogé par une loi postérieure<sup>4</sup>. Un tel point de vue *de lege lata* ne serait pas juste. Il semble douteux, en effet, que l'art. 46 al. 2 contienne une règle de conflit, donc, qu'il peut être traité comme disposition spéciale par rapport à l'art. 3 du d.i.p. Le décret sur les actes d'état civil est un acte à caractère de droit administratif, dont la tâche consiste en particulier à déterminer les fonctions des offices de l'état civil ainsi que leurs droits et obligations en matière d'établissement des actes d'état civil. On peut donc juger que l'art. 46 al. 2 contient seulement une disposition spéciale par rapport à l'ai. 1 de cet article, sa signification se ramène à ce que l'apatride n'est

<sup>2</sup> J. des L. n° 25, texte 151 avec les modifications ultérieures.

<sup>3</sup> J. Cagara, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa z obywatelem polskim [La procédure non contentieuse dans les affaires concernant la conclusion du mariage avec un citoyen polonais]*, « Nowe Prawo » [cité ci-après : NP] 1979, n° 2, p. 124; J. Jakubowski, *Glose à l'arrêt de la Cour Suprême du 22 juin 1972*, « Państwo i Prawo » [cité ci-après : PiP], 1974, n° 4, p. 168 ; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne [Droit international privé]*, Warszawa 1979, p. 159.

<sup>4</sup>J. Litwin (*Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz — Droit sur les actes de l'état civil. Commentaire*, Warszawa 1961, p. 445), dans la période de la force obligatoire de la loi du 2 août 1926 sur le droit compétent pour les relations internationales privées (J. des L. n° 101, texte 581), était d'avis que l'art. 46 al. 2 constituait la *lex specialis* par rapport à l'art. 1 al 1 de la loi de 1926, dont l'équivalent est actuellement l'art. 3 du d.i.p.

pas tenu à présenter au chef de l'office de l'état civil un certificat de capacité à contracter mariage.

Dans des cas exceptionnels, la faculté de contracter mariage par un étranger est appréciée non pas selon la loi nationale, mais selon un autre droit. En particulier, une telle situation peut avoir lieu lorsque la *lex patriae* étrangère dispose qu'on applique, pour apprécier les conditions de fond de la conclusion du mariage, une autre loi étrangère ou la loi polonaise (renvoi — l'art. 4 du d.i.p.).

La loi polonaise peut être compétente pour apprécier la faculté de contracter mariage par un étranger également en cas où l'application de la loi étrangère normalement compétente produirait des effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais (clause d'ordre public — art. 6 du d.i.p.). Selon que, dans le cas concret, la clause d'ordre public intervient dans le sens prohibitif ou concédant, on applique soit une disposition appropriée de la loi du 25 février 1964 — code de la famille et de la tutelle<sup>5</sup>, prévoyant un empêchement déterminé au mariage, soit les dispositions de la loi polonaise rejetant l'interdiction de mariage prévue par la loi étrangère. Dans la doctrine polonaise on indique quatre principes du droit de la famille justifiant l'intervention de la clause d'ordre public : le principe de la liberté de conclure le mariage indépendamment de la race, de l'origine sociale et de la confession ; le principe du mariage monogamique, le principe de la valeur sociale du mariage qui agit dans le sens prohibitif par rapport aux personnes liées par un lien familial<sup>6</sup>, ainsi que le principe de l'égalité des sexes<sup>7</sup>. On souligne également, que certains actes juridiques à caractère international, surtout les Pactes des droits de l'homme, doivent être reconnus à l'échelle internationale, comme un système commun des valeurs et peuvent jouer un grand rôle dans l'application de la clause d'ordre public<sup>8</sup>.

Les conventions bilatérales sur l'entraide judiciaire en matières civiles

<sup>5</sup> J. des L. n° 45, texte 234 avec les modifications ultérieures.

<sup>6</sup>M. Sośniak (dans) : M. Sośniak B. Wierzbowski, B. Walaszek, *Międzynarodowe prawo rodzinne [Droit international de la famille]*, Wrocław 1969, pp. 32 - 38 ; idem: *Précis de droit international privé polonais*, Wrocław 1976, pp. 169- 170.

<sup>7</sup>M. Sośniak, *Zasada równorzędności pici w zakresie zawarcia, unieważnienia i rozwiązania małżeństwa w socjalistycznych systemach prawa międzynarodowego prywatnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego [Le principe de l'égalité des sexes en matière de conclusion, d'annulation et de dissolution du mariage dans les systèmes socialistes du droit international privé, tenant particulièrement compte du droit polonais]*, « Studia Prawnicze », 1978, n° 3, p. 23.

<sup>8</sup>J. Jakubowski, *Pakty praw człowieka a prawo międzynarodowe prywatne [Les Pactes des droits de l'homme et le droit international privé]*, PiP 1977, n° 11, p. 23.

et familiales prévoient, de règle, la compétence de la loi nationale de chacun des futurs époux pour l'appréciation des conditions de fond de la conclusion du mariage. Cette question est réglée par les conventions liant la Pologne avec l'Autriche, la Bulgarie, Cuba, la France, la Hongrie, la Mongolie, la RDA, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie. L'art. 21 al. 2 de la convention avec la Finlande statue que les conditions de la conclusion du mariage sont soumises au droit de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle le mariage est conclu, si l'un des futurs époux est ressortissant de cette Partie Contractante ou possède son domicile sur son territoire. L'article 28 de la convention avec l'URSS soumet les conditions de fond de la conclusion du mariage à la compétence du droit de l'État sur le territoire duquel le mariage est conclu.

II. Conformément à l'art. 15 § 1 du d.i.p., « la forme de la conclusion du mariage est soumise à la loi de l'Etat où il est conclu ». Donc, si le mariage est conclu en Pologne, on applique la loi polonaise, en particulier les dispositions du code de la famille et de la tutelle, ainsi que du décret sur les actes de l'état civil. Les étrangers, de même que les citoyens polonais, peuvent conclure le mariage en Pologne seulement devant le chef de l'office de l'état civil (art. 1 du code de la famille et de la tutelle) ; la conclusion du mariage religieux peut avoir lieu uniquement après le mariage civil et remise au prêtre d'un extrait de l'acte de mariage (art. 50 al. 2 du décret sur les actes de l'état civil). En outre, le droit polonais définit, entre autres, l'admissibilité de contracter mariage sans comparution personnelle (mariage par procuration), l'obligation de produire les documents définis, ainsi qu'une déclaration écrite des futurs époux affirmant qu'à leur connaissance il n'existe pas d'empêchements au mariage, *tempus deliberandi* compté à partir de la remise de cette déclaration écrite, les cas où le mariage peut être contracté en dehors de l'office de l'état civil, la participation des témoins et autres personnes à la cérémonie du mariage, etc.

Le principe de la compétence de la *lex loci celebrationis matrimonii* pour apprécier la forme de la conclusion du mariage a été adopté dans les conventions bilatérales, liant la Pologne, sur l'entraide judiciaire dans les affaires familiales. La plupart de ces conventions ainsi que plusieurs conventions consulaires admettent pourtant la conclusion du mariage par des étrangers devant le consul ou le représentant diplomatique de leur Etat en Pologne. Dans ce cas, le consul ou le représentant diplomatique applique le droit de son Etat aussi bien pour l'appréciation des conditions de fond et de forme de la conclusion du mariage. Les dispositions conventionnelles mentionnées excluent l'application de l'art. 15 § 1 du d.i.p. conformément au principe que les dispositions de la loi portant droit international privé ne sont pas applicables dans les cas où une convention

internationale, dont la Pologne est partie, en dispose autrement (art. 1 § 1 du d.i.p.).

II. L'étranger qui désire contracter mariage devant le chef, de l'office de l'état civil, doit produire les documents cités à l'art. 42 du décret sur les actes de l'état civil : un extrait d'acte de naissance, un certificat de domicile ou autre document équivalent, une déclaration écrite affirmant qu'il n'existe pas d'empêchements au mariage, ainsi qu'une preuve de la dissolution ou de l'annulation de la précédente union, s'il contracte un second mariage. En outre, il est tenu de déposer un certificat de capacité à conclure le mariage selon sa loi nationale (certificat de capacité matrimoniale — art. 46 al. 1 du décret). Le certificat de capacité matrimoniale de l'étranger doit répondre avant tout aux conditions suivantes :

a) doit être délivré par l'autorité compétente de l'Etat de l'étranger ; du point de vue du droit polonais, le certificat peut être délivré aussi bien par l'organe national de l'Etat étranger que par son organe extérieur (diplomatique ou consulaire) ;

b) doit constater que l'étranger a la faculté de conclure le mariage selon sa loi nationale ;

c) doit définir la faculté de conclure le mariage par l'étranger avec la personne mentionnée dans le certificat ; il s'agit donc ici de la faculté relative de contracter mariage et non pas de la faculté abstraite de l'étranger selon sa loi nationale.

Le certificat de capacité matrimoniale de l'étranger remplit avant tout deux fonctions essentielles. Premièrement, il constitue, avec les autres actes exigés, un certificat de l'état civil de l'étranger ainsi que l'affirmation du contenu du droit étranger<sup>9</sup>. Deuxièmement, il signifie que le mariage est admissible selon la loi nationale de l'étranger et qu'en principe, il doit être reconnu valable dans l'Etat de sa nationalité ; on peut donc affirmer que le certificat de capacité matrimoniale remplit une fonction protectrice à l'égard des ressortissants polonais contractant mariage avec des étrangers<sup>10</sup>. A la lumière des remarques présentées, sous la notion de certificat de capacité matrimoniale de l'étranger il faut comprendre la déclaration expresse et déposée en bonne et due forme de l'organe compétent de l'Etat étranger, constatant que le mariage de son ressortissant avec la personne mentionnée est admissible selon la loi de cet Etat et sera reconnu valable<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Cf. K. H. Marquardt, *Le certificat de capacité matrimoniale en droit comparé*, Paris 1965, pp. 27 - 31.

<sup>10</sup> Cf. N. V. Orlova, *Brak i semja v mezhdunarodnom castnom prave*, Moskva 1966, p. 212.

<sup>11</sup> K. H. Marquardt, *op. cit.*, p. 15.

L'article 46 al. 1 parle du certificat de capacité matrimoniale de l'étranger selon sa loi nationale. Il faut cependant prendre en considération que la loi nationale de l'étranger peut renvoyer à une autre loi étrangère, p. ex. à la *legis domicilii*. Dans ce cas, l'étranger doit, en principe, présenter un certificat de capacité à contracter mariage délivré par les autorités de l'Etat dont le droit a été indiqué par la règle de conflit de la *lex patriae*. Cependant, si les autorités de cet Etat délivrent les certificats de capacité matrimoniale seulement à leurs propres ressortissants ou ne délivrent pas de tels certificats, de la faculté de contracter mariage par l'étranger décidera le tribunal polonais dans une procédure non contentieuse <sup>12</sup> (art. 46 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase du décret et art. 562 de la loi du 17 novembre 1964 — code de procédure civile)<sup>13</sup>. Les règles de conflit de la loi nationale de l'étranger peuvent aussi renvoyer au droit polonais en tant que *lex loci celebrationis* ou *lex domicilii*. Dans ce cas, le certificat de capacité matrimoniale délivré par l'organe de l'Etat dont l'étranger a la nationalité, est traité comme certificat de son état civil, par contre, de la possibilité de conclure le mariage doit décider, sur la base des dispositions du droit polonais, le chef de l'office de l'état civil ou — faute d'un tel certificat — le tribunal polonais, dans une procédure non contentieuse mentionnée plus haut.

Si l'étranger possède la nationalité de deux ou plusieurs Etats étrangers, il doit présenter un certificat de capacité à contracter mariage dressé par l'organe de l'Etat auquel il est le plus étroitement lié (art. 2 § 2 du d.i.p.). N'est pas tenu de déposer un certificat le ressortissant polonais, même dans le cas où le droit d'un autre Etat le considère comme ressortissant de cet Etat (art. 2 § 1 du d.i.p.).

Le certificat de capacité matrimoniale doit être légalisé (certifié conforme) par le poste consulaire polonais ayant son siège dans l'Etat dont l'étranger a la nationalité, à moins que le certificat ait été dressé par la représentation diplomatique étrangère ou l'office consulaire en Pologne ou bien par les autorités nationales de l'Etat qui a conclu avec la Pologne une convention bilatérale sur l'entraide judiciaire <sup>14</sup> ; actuellement, la légalisation d'un tel document n'est pas exigée par les conventions conclues par la Pologne avec l'Algérie, l'Autriche, la Bulgarie, Cuba, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, le Maroc, la Mongolie, la RDA, la Roumanie, la Tchécoslovaquie, l'URSS et la Yougoslavie.

La remise par l'étranger du certificat de capacité matrimoniale ne signifie pas que le chef de l'office de l'état civil est tenu de recevoir la déclaration des futurs époux concernant la conclusion du mariage. Le certi-

<sup>12</sup> J. Jakubowski, *Glose...*, p. 168.

<sup>13</sup> J. des L. n° 43, texte 296 avec les amendements ultérieurs.

<sup>14</sup> J. Cagara, *op. cit.*, p. 112.

ficat constitue, il est vrai, un certificat de l'état civil de l'étranger, cependant, si le chef de l'office de l'état civil connaît des circonstances excluant la conclusion du mariage, ou bien, si selon son opinion, l'application de la loi nationale de l'étranger porterait atteinte à l'ordre public polonais, il devrait — conformément à l'art. 5 du code de la famille et de la tutelle — refuser de recevoir les déclarations de la volonté de contracter mariage. Les futurs époux ont droit de former un recours contre une telle décision devant l'organe administratif de l'échelon supérieur (art. 127 du code de procédure administrative)<sup>15</sup> et, en cas de contradiction des décisions avec le droit — également un recours devant le tribunal administratif (art. 196 § 2 pt 5 du code de procédure administrative).

Selon l'art. 5 du code de la famille et de la tutelle, le chef de l'office de l'état civil en cas de doute concernant l'admissibilité de contracter mariage, demandera au tribunal de décider si le mariage peut être conclu. Le tribunal examine la requête du chef de l'office de l'état civil à l'audience par voie de procédure non contentieuse (art. 564 du code de procédure civile). Les futurs époux doivent être convoqués à l'audience en tant que personnes intéressées, de *lege lata* ils ne sont pas qualifiés à ouvrir une procédure. Le chef de l'office de l'état civil peut, après l'ouverture de la séance, retirer la requête, si ses doutes concernant la possibilité de contracter mariage ont été déjà éclaircis. L'efficacité du retrait de la requête dépend cependant du consentement des autres participants à la procédure (art. 512 § 1 du code de procédure civile) et de l'appréciation du tribunal (art. 203 § 4 en relation avec l'art. 13 § 2 du code de procédure civile). Après audience, le tribunal décide si le mariage peut être conclu. Dans les affaires concernant la possibilité de contracter mariage par un étranger, les doutes, dont il est question à l'art. 5 du code de la famille et de la tutelle, peuvent survenir surtout dans le cas où l'étranger a présenté un certificat de capacité matrimoniale, mais il est probable que l'application de sa loi nationale produira des effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais (art. 6 du d.i.p.)<sup>16</sup>.

Dans la jurisprudence de la Cour Suprême, il manque de solutions qui témoigneraient de l'application pratique de l'art. 5 du code de la famille et de la tutelle. Comme il semble, « les doutes » du chef de l'office de l'état civil sont tranchés par lui-même, p. ex. sous forme de consultation avec l'organe administratif de l'échelon supérieur. Le postulat d'instruction de toutes les affaires matrimoniales dans la procédure judiciaire plaide, comme il semble, en faveur de l'amendement de l'art. 5 du code de la

<sup>15</sup> Loi du 14 juin 1960 d'après les termes donnés par la loi du 31 janvier 1980 ; texte unique : J. des L. de 1980 n° 9, texte 26.

<sup>16</sup> J. Jakubowski, *Glose...*, p. 170.

famille et de la tutelle en vue d'attribuer aux futurs époux la qualité pour agir en, justice en cas de refus, par le chef de l'office de l'état civil, de recevoir les déclarations de volonté de contracter mariage.

IV. Le législateur, tenant compte que dans certains cas l'étranger ne pourra produire à l'office de l'état civil un certificat de capacité matrimoniale parce que sa loi nationale ne prévoit pas la délivrance de tels certificats ou que leur obtention est impossible ou difficile, accorde dans l'art. 46 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase du décret sur les actes de l'état civil, la dispense de l'obligation de produire le certificat mentionné. Le tribunal décide en cette matière dans une procédure non contentieuse. Il est donné suite à la demande de l'étranger, lorsque le tribunal établit que la condition, définie à l'art. 46 al. 1, conformément à laquelle « l'obtention du document est difficile », est remplie. Peuvent entrer ici en jeu les situations suivantes <sup>17</sup> :

a) l'Etat dont l'étranger a la nationalité ne prévoit pas la délivrance de certificats de capacité matrimoniale ou délivre des documents ne répondant pas aux exigences posées par le droit polonais ;

b) la loi nationale de l'étranger indique la compétence de la loi d'un autre Etat qui, soit ne délivre pas les certificats mentionnés, soit les délivre seulement à ses ressortissants ;

c) l'étranger ne peut obtenir de certificat, car il jouit en Pologne du droit d'asile ou a rompu tous contacts avec son Etat d'origine ;

d) la communication postale avec l'Etat donné est rompue par suite d'émeutes internes ;

e) l'étranger ne peut obtenir de certificat en raison de l'existence d'empêchement au mariage contraire à l'ordre public polonais.

L'établissement que l'obtention par l'étranger du certificat de capacité à contracter mariage selon sa loi nationale est entravée, ne préjuge pas encore de la solution de l'affaire. L'article 46 al. 1 du décret sur les actes de l'état civil prévoit expressément, en effet, que le tribunal peut, dans ce cas, « dispenser l'étranger de l'obligation de produire un tel document ». La prise en considération ou le rejet de la demande de l'étranger dépend de la constatation par le tribunal que l'étranger a la possibilité de contracter mariage selon sa loi nationale ou selon un autre droit étranger, indiqué par la règle de conflit *lex patriae*. Le tribunal doit en outre examiner si l'application du droit étranger n'aura pas d'effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais.

La décision du tribunal, passée en force de chose jugée, dispensant

<sup>17</sup>Paragraphe 85 de l'Instruction sur les rapports juridiques avec l'étranger en matières civile et pénale, Journal Officiel du Ministère de la Justice de 1970 n° 4, texte 14; Cf. aussi J. Cagara, *op. cit.*, p. 114 ; J. Litwin, *op. cit.*, pp. 440 -441; V. MâsiIko, *Mezinârodní právo rodinné*, Praha 1979, pp. 12 - 13, 15.

l'étranger de l'obligation de déposer le certificat de capacité à contracter mariage remplace ce document. Le chef de l'office de l'état civil peut cependant refuser de recevoir la déclaration des futurs époux de leur volonté à contracter mariage, si des empêchements au mariage lui sont connus. Dans ce sens la décision mentionnée ne lie pas le chef de l'office de l'état civil, de même d'ailleurs, que le document de capacité à contracter mariage présenté par l'étranger. Le chef est, par contre, lié par les décisions du tribunal en matière de constatation du contenu du droit étranger. En particulier il ne peut interpréter ce droit de façon différente à l'interprétation effectuée par le tribunal.

V. Ces dernières années, la Cour Suprême a pris position dans quelques arrêts, en matière de l'application de la clause d'ordre public dans les affaires concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de produire à l'office de l'état civil le certificat de capacité matrimoniale. Dans ces arrêts, l'objet de la solution était l'appréciation de l'admissibilité d'application en Pologne du droit d'un Etat étranger qui, soit défend à ses ressortissants de contracter mariage avec des étrangers, soit admet la conclusion de mariages polygamiques. Cette question était maintes fois analysée par la doctrine polonaise. Il faut souligner que le point de vue de la doctrine, façonné surtout sous l'influence des déclarations significatives de J. Jakubowski et M. Tomaszewski, est en principe uniforme, par contre les opinions de la Cour Suprême subissent des changements progressifs.

Quatre arrêts de la Cour Suprême concernent la question de l'intervention de la clause d'ordre public dans le sens prohibitif dans les affaires définies à l'art. 46 al. 1 du décret sur les actes de l'état civil dans le cas où le droit national du requérant admet la bigamie et n'assure pas à la femme des droits matrimoniaux égaux à ceux de l'homme. Dans la thèse de l'arrêt du 22 juin 1972<sup>18</sup>, la Cour Suprême a exprimé l'opinion, approuvée dans la doctrine et confirmée dans la jurisprudence ultérieure, que la capacité de l'étranger à contracter mariage doit être appréciée non seulement selon sa loi nationale, mais aussi en conformité de ce droit avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais. Dans les motifs de cet arrêt, la Cour Suprême a constaté, entre autres, que du point de vue de l'application de la clause de l'ordre public le plus important est d'établir, quel sera le statut du citoyen polonais contractant mariage avec un étranger, en matière des rapports personnels et patrimoniaux entre les époux selon la loi étrangère, compétente sur la base de l'art. 17 du d.i.p. Ce point

<sup>18</sup> *Jurisprudence de la Cour Suprême. Chambre Civile et Administrative et Chambre du Travail et des Assurances Sociales* [cité ci-après : OSNCP], 1973, n° 4, texte 52.

de vue a été confirmé dans l'arrêt du 26 août 1974<sup>19</sup>, rendu dans l'affaire sur requête d'un ressortissant de Mali en dispense de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale. Dans la procédure judiciaire il a été établi que le requérant est célibataire et que sa loi nationale, prévoyant la polygamie, admet l'option pour la monogamie, qui a un caractère obligatoire, mais pour autant annulable, qu'avec l'accord de l'épouse, le mari peut conclure de nouveaux mariages. De l'avis de la Cour Suprême, la demande devrait être absolument rejetée si dans le pays du requérant existait exclusivement la polygamie. Cependant, même dans la situation où le droit national de l'étranger lui permet d'opter pour la monogamie, l'application du droit malien, en vertu duquel la position de la femme dans le mariage est plus mauvaise qu'en Pologne, serait contraire aux principes du droit matrimonial polonais. Une telle contradiction du droit national de l'étranger avec les principes fondamentaux de l'ordre public polonais constitue — de l'avis de la Cour Suprême — un empêchement dirimant au mariage.

Les opinions de la Cour Suprême, dont la justesse suscite des doutes, ont été appréciées d'une manière critique par la doctrine<sup>20</sup>. Il convient de souligner que l'exclusion de l'application du droit étranger ne peut intervenir que lorsque la disposition déterminée de la *lex patriae* de l'étranger produirait des effets contraires à l'ordre public (art. 6 du d.i.p.). Or, la Cour Suprême, dans les arrêts précités, a apprécié la conformité avec l'ordre public polonais des dispositions du droit étranger admettant la polygamie, bien que dans la situation où l'étranger n'est pas engagé dans les liens d'un mariage valide, ces dispositions n'entrent pas en jeu. Pour ces mêmes raisons il n'est pas justifié de se référer à la contradiction, avec l'ordre public, des dispositions du droit étranger réglant les rapports personnels et patrimoniaux entre les époux.

La conséquence normale de l'intervention de la clause de l'ordre public

<sup>19</sup> *Jurisprudence des Tribunaux Polonais et des Commissions d'Arbitrage* [cité ci-après : OSPiKA], 1976, n° 7-8, texte 141.

<sup>20</sup> J. Cagara, *op. cit.*, p. 118; J. Jakubowski, *Glose...*, pp. 167 - 172; S. Madaj, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach małżeńskich* [La procédure non contentieuse dans les affaires matrimoniales], Warszawa 1978, pp. 86 - 87 ; J. S. Piątkowski, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (za rok 1976)* [Revue de la jurisprudence de la Cour Suprême en matière du code de la famille et de la tutelle (pour l'année 1976)], NP 1977 n° 5, pp. 678 - 679 ; K. Pietrzykowski, *Glose à l'arrêt du corps de sept juges de la Cour Suprême du 20 janvier 1983*, n° 9/10, pp. 252 - 253; M. Tomaszewski, *Glose à l'arrêt de la Cour Suprême du 26 août 1974*, OSPiKA 1976, n° 7/8, texte 141 ; K. Zawada, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym* [Clause d'ordre public dans le droit international privé], NP 1979, n° 4, pp. 80-82.

en matière d'appréciation des conditions de fond de la conclusion du mariage est l'exclusion de l'application des dispositions respectives du droit étranger et l'application, à la place de celles-ci, du droit en vigueur dans l'Etat du tribunal statuant. De la thèse et des motifs de l'arrêt mentionné de la Cour Suprême du 26 août 1974, il résulte qu'à l'exclusion étaient soumises les dispositions du droit étranger admettant la polygamie et créant une position de l'épouse dans le mariage plus mauvaise que dans le droit polonais. Le tribunal n'a pourtant pas indiqué quelles dispositions du droit polonais devaient être appliquées à la place des dispositions écartées du droit malien et devaient en conséquence décider du refus d'accorder au ressortissant de la République du Mali la dispense de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale. Il n'y a d'ailleurs pas de telles dispositions dans le droit polonais, car aucune disposition de la législation en vigueur, en particulier l'art. 13 § 1 du code de la famille et de la tutelle, établissant l'empêchement de la bigamie, n'interdit pas à l'étranger célibataire de contracter mariage en Pologne du fait seulement que sa loi nationale admet la polygamie et prévoit une position de l'épouse dans le mariage plus mauvaise que dans le droit polonais. La Cour Suprême n'indique aucune disposition du droit matériel polonais qui pourrait constituer une base juridique pour trancher l'affaire, elle constate par contre que seule la contradiction du droit étranger avec l'ordre public polonais constitue un empêchement dirimant au mariage. Cette opinion reste en nette contradiction avec le principe exprimé dans l'art. 17 du code de la famille et de la tutelle, que le mariage ne peut être annulé que dans des cas strictement définis dans la loi. Cette disposition n'admet aucunes exceptions à la règle du catalogue des empêchements au mariage. Cela signifierait que ledit « empêchement dirimant au mariage » crée seulement la prohibition du mariage (*impedimentum impediens*), mais ne provoque pas sa nullité, toutefois, de tels empêchements au mariage ne sont pas connus du droit polonais en vigueur.

Les opinions exprimées par la Cour Suprême conçoivent trop largement la fonction de l'art. 6 du d.i.p., traité dans la situation examinée non pas comme une règle de conflit contenant la clause d'ordre public, mais comme norme matérielle du droit international privé qui peut constituer la base juridique directe de la solution de l'affaire. Dans la doctrine on a souligné, à ce propos, que l'opinion particulière sur la fonction de la clause d'ordre public s'exprime dans ce que la Cour Suprême n'ordonne pas d'appliquer le droit polonais à la place du droit étranger écarté, mais en conséquence reconnaît le mariage comme inadmissible<sup>21</sup>. Il a également été constaté que le but de la clause d'ordre public ne consiste pas à interdire la con-

---

<sup>21</sup> J. Jakubowski, *Glose...*, p. 169.

elusion du mariage, mais à écarter l'application des dispositions du droit étranger normalement compétent, qui sont contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais

L'acceptation du point de vue adopté par la Cour Suprême dans les arrêts examinés conduirait à l'interdiction de la conclusion de mariages par les citoyens polonais avec des ressortissants de nombreux Etats étrangers, surtout des Etats en voie de développement. Une telle interdiction pourrait influencer négativement sur les relations politiques et économiques de la Pologne avec ces Etats et être subjectivement ressentie par leurs citoyens comme un genre de discrimination<sup>23</sup>.

Dans deux arrêts suivants, la Cour Suprême a renoncé partiellement à l'opinion représentée auparavant. Dans l'arrêt du 11 octobre 1974<sup>24</sup>, la Cour Suprême a renoué à la thèse de l'arrêt du 22 juin 1972 et a constaté que l'interprétation du droit dans l'esprit de laquelle le tribunal est tenu d'apprécier la capacité de l'étranger à contracter mariage non seulement selon sa loi nationale, mais aussi du point de vue de la conformité de ce droit avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais, ne peut être comprise de telle façon que — en tant que principe — il est interdit aux citoyens polonais de contracter mariage avec des ressortissants d'autres Etats dans lesquels le régime juridique et coutumier admet la polygamie ; du point de vue considéré, devrait être, en tout état de cause, traitée de façon négative la situation où le ressortissant d'un Etat étranger ayant l'intention de contracter mariage avec une citoyenne polonaise, est déjà engagé dans des liens de mariage. L'opinion de la Cour Suprême est tout à fait régulière. La disposition du droit étranger, admettant la conclusion de mariages polygames, ne peut en effet être appliquée, en tant que contraire à l'ordre public polonais, que lorsque l'étranger est déjà engagé dans les liens d'un mariage valide. Au lieu du droit étranger écarté, on applique dans ce cas l'art. 13 § 1 du code de la famille et de la tutelle, selon lequel « ne peut contracter mariage la personne qui est déjà engagée dans les liens d'un mariage valide ».

Dans l'arrêt du 28 décembre 1979, III CRN 253/79, la Cour Suprême a souligné l'importance de l'Acte Final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe ainsi que des Pactes des droits de l'homme en matière d'application de la clause d'ordre public concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale. De l'avis de la Cour Suprême, la possibilité abstraite de par elle-même de contracter mariage par un étranger au statut polygame ne peut<sup>22</sup>

<sup>22</sup> M. Tomaszewski, *Glose...*, p. 321.

<sup>23</sup> J. Jakubowski, *Glose...*, p. 172; M. Tomaszewski, *Glose...*, p. 322.

<sup>24</sup> OSPiKA 1976, n° 7/8, texte 142

être généralement reconnue comme un empêchement à la conclusion du mariage avec une citoyenne polonaise. Dans chaque cas, il faut avant tout éclaircir si, selon le droit de l'Etat respectif, son ressortissant peut s'engager efficacement devant son partenaire à ne pas contracter de nouveaux mariages. Il faut également établir dans quel Etat et dans quel milieu les futurs époux envisagent de s'établir et — suivant les circonstances de l'affaire particulière — nombre d'autres questions<sup>25</sup>.

L'arrêt susmentionné de la Cour Suprême du 28 décembre 1979 mérite d'être approuvé dans ce sens qu'il rompt avec la thèse représentée auparavant, selon laquelle la contradiction du droit étranger avec l'ordre public polonais constitue à elle seule un empêchement dirimant au mariage. Est également juste l'opinion concernant l'obligation d'examiner par le tribunal l'état juridique et les coutumes régnant dans l'Etat étranger, dans lequel les futurs époux envisagent de s'établir, donc le plus souvent dans l'Etat d'origine de l'étranger déposant la requête en dispense de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale. La citoyenne polonaise doit être en effet exactement informée sur son statut juridique au cas où elle habiterait, après la conclusion du mariage, dans l'Etat d'origine de son époux. Par contre, il convient de souligner, qu'intépendamment du fait, si la *lex patriae* de l'étranger lui permet d'opter pour la monogamie et de s'engager efficacement devant son partenaire à ne pas conclure de nouveaux mariages et, si les futurs époux envisagent l'habiter dans l'Etat d'origine de l'étranger ou dans un autre Etat étranger, le tribunal ne peut rejeter la demande, citée dans l'art. 46 al. 1 du décret portant droit sur les actes de l'état civil, en raison de la clause d'ordre public, que lorsque le requérant est déjà engagé dans les liens d'un mariage. L'application de la clause d'ordre public est, par contre, inadmissible si le mariage envisagé n'est que potentiellement polygame. Les raisons tant juridiques que sociales plaident en cette faveur, tout comme le besoin du développement harmonieux de la coopération internationale multilatérale de la Pologne avec les Etats en voie de développement.

VI. Deux arrêts de la Cour Suprême concernant la question de l'appréciation, du point de vue des principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais, du droit étranger qui institue la prohibition des mariages par les personnes soumises à ce droit avec des ressortissants d'autres Etats. Dans l'arrêt du 16 novembre 1971 <sup>26\*</sup>, la Cour Suprême a exprimé l'opinion

---

<sup>25</sup> Cet arrêt est cité par J. Jodłowski dans : *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych z elementem zagranicznym [Jurisprudence de la Cour Suprême dans les affaires civiles avec élément étranger]*, Biblioteka « Palestry », supplément IV, 1984, pp. 17 - 18.

<sup>26</sup> OSNCP 1972, n° 5, texte 91.

que dans la procédure concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de déposer à l'office de l'état civil le certificat de capacité matrimoniale selon la loi nationale de cet étranger, le tribunal doit établir en particulier, si ce droit ne prévoit pas la prohibition du mariage par les ressortissants de l'Etat donné avec des ressortissants d'autres Etats et si ce droit n'est pas contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais (1<sup>re</sup> thèse). En cas de constatation que le mariage du citoyen polonais avec un étranger serait nul à la lumière du droit national de l'étranger, le tribunal lui refusera la dispense de la présentation du certificat dont il est question à l'art. 46 al. 1 du décret sur les actes de l'état civil (2<sup>e</sup> thèse).

L'opinion exprimée par la Cour Suprême dans la 1<sup>re</sup> thèse est régulière. L'obligation du tribunal, statuant dans l'affaire concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de déposer le certificat de capacité à mariage, d'apprécier le droit étranger du point de vue de la conformité de son application avec l'ordre public polonais n'éveille pas de doutes dans la doctrine et a été confirmée dans la jurisprudence ultérieure. Le tribunal doit en outre établir, si le droit de l'Etat étranger n'interdit pas à ses citoyens le mariage avec des ressortissants d'autres Etats et apprécier l'admissibilité d'application de cette prohibition en Pologne en égard à l'ordre public. La Cour Suprême, dans la 2<sup>e</sup> thèse de l'arrêt analysé arrive cependant à une conclusion contraire, elle constate en effet, qu'il faut refuser à l'étranger la dispense de l'obligation de déposer le certificat de capacité à mariage, si son mariage avec le citoyen polonais serait nul selon la loi nationale de l'étranger. Cela signifie que, de l'avis de la Cour Suprême, la clause d'ordre public peut intervenir seulement dans le sens prohibitif. L'arrêt examiné reste donc en contradiction avec l'art. 6 du d.i.p. L'effet de l'intervention de la clause d'ordre public peut être non seulement l'interdiction de la conclusion du mariage (action prohibitive), mais aussi l'exclusion de l'application en Pologne des empêchements au mariage prévus dans le droit étranger, qui violent la liberté de contracter mariage. Il s'agit ici surtout des prohibitions de mariages en raison de la différence de race, de nationalité, d'origine sociale ou de confession<sup>27</sup>. Parmi ces empêchements il faut compter aussi la prohibition du mariage par les citoyens de l'Etat déterminé avec des citoyens d'autres Etats, qui reste en contradiction avec les Pactes des droits de l'homme<sup>28</sup>. L'exclusion de l'application en Pologne de tels empêchements en égard à l'ordre public fait que le mariage peut être contracté indépendamment de la loi nationale de l'étranger (action concédante).

Dans la thèse de l'arrêt du corps de sept juges de la Cour Suprême du

---

<sup>27</sup> Cf. M. Tomaszewski, *Glose...*, p. 322.

<sup>28</sup> Cf. J. Cagara, *op. cit.*, pp. 121 - 122.

20 janvier 1983 <sup>29</sup> a été exprimée l'opinion que « la prohibition des mariages avec des étrangers, prévue par le droit national du requérant, ne constitue pas, par elle-même, un empêchement à le dispenser par le tribunal de la déposition à l'office de l'état civil du certificat de capacité à mariage selon ce droit ». Dans les motifs de l'arrêt, la Cour Suprême constate, entre autres, qu'il n'y a pas de contre-indication à refuser l'observation de la prohibition du mariage prévue dans le droit étranger, si cette prohibition, inconnue du droit polonais et ne concernant pas l'essence juridique du mariage, par ses effets, porte atteinte aux principes fondamentaux régissant le code polonais de la famille et de la tutelle. La Cour Suprême est d'avis que la fonction de la clause d'ordre public se réduit donc avant tout à l'action négative. Elle souligne cependant que l'action négative n'épuise pas la fonction de la clause d'ordre public, car à la base de l'introduction de la règle de l'art. 6 du d.i.p., se situe l'intérêt de l'Etat et des citoyens. Cela justifie, de l'avis de la Cour Suprême, le point de vue que la fonction de cette clause consiste également à empêcher la citoyenne polonaise — en égard à son intérêt — à contracter mariage en Pologne avec un étranger, si les rapports personnels et patrimoniaux futurs entre les conjoints devaient être soumis au droit étranger (art. 17 § 3 du d.i.p.). Dans les motifs suivants, la Cour Suprême constate que la défavorisation de la femme dans le mariage porte atteinte à la famille qui doit naître et, par là même, à l'intérêt de l'Etat. En conclusion, la Cour Suprême exprime l'opinion qu'en cas de constatation que l'étranger envisage de s'installer avec sa future épouse sur le territoire de l'Etat qui admet la polygamie et refuse à la femme des droits égaux dans le mariage avec l'homme, le tribunal doit, en principe — en raison de la contradiction du droit étranger avec l'ordre public polonais — refuser de dispenser cet étranger de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale.

La thèse de l'arrêt de la Cour Suprême est juste et mérite une pleine approbation. Il est digne de souligner, en particulier, la dérogation au point de vue adopté dans l'arrêt du 16 novembre 1971, conformément auquel, en cas de constatation que le mariage du citoyen polonais avec un étranger serait nul à la lumière du droit national de l'étranger, le tribunal doit lui refuser la dispense de l'obligation de déposer un certificat de capacité matrimoniale. Par contre, certains fragments des motifs de l'arrêt éveillent des doutes. On peut contester surtout les opinions de la Cour Suprême sur la question de la clause d'ordre public, qui renouent nettement au point de vue de l'arrêt du 22 juin 1972 et à la décision du 26 août 1974. En rapport avec cela, il convient de souligner que la clause d'ordre public remplit uniquement une fonction négative qui consiste à exclure l'appli-

---

<sup>29</sup> OSNCP 1983, n° 8, texte 197.

cation du droit étranger normalement compétent<sup>30</sup>. La clause mentionnée ne remplit, outre cela, aucunes fonctions supplémentaires, en particulier elle ne peut être considérée comme un instrument visant à entraver la conclusion du mariage par le citoyen polonais avec un étranger. Un point de vue opposé resterait en contradiction avec l'art. 6 du d.i.p. Il existe, en effet, une différence essentielle entre la fonction négative de la clause d'ordre public et les fonctions réalisées par les principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais. Dans le premier cas, il s'agit de définir la fonction de la règle de conflit d'un genre spécial, dans le deuxième cas — des fonctions réalisées par les principes fondamentaux du système juridique polonais. Dans le premier cas, il s'agit de définir la fonction de la règle de conflit d'un genre spécial, dans le deuxième cas — des fonctions réalisés par les principes fondamentaux du système juridique polonais indéfinis et changeant dans le temps. Les principes respectifs de l'ordre public sont d'ordinaire « découverts » par les organes appliquant le droit, dont en particulier par les tribunaux. Parmi ces principes on compte, entre autres, le principe de la monogamie ainsi que Légalité des droits de la femme dans le mariage. La fonction de ces principes se manifeste réellement dans l'assurance de la protection des ressortissants, de la famille et de l'intérêt de l'Etat, ils peuvent, pour cette raison, provoquer, grâce à la clause d'ordre public, l'exclusion de l'application du droit étranger normalement compétent, si l'affaire concerne p. ex. la possibilité de contracter mariage par un étranger marié, ou bien les rapports personnels entre les parties du mariage déjà conclu, ou la dissolution du mariage dans le cas où le droit étranger prive la femme des droits déterminés, soit limite ses droits. Les principes respectifs de l'ordre public ne peuvent, par contre, décider directement du mode de solution de l'affaire sur requête d'un étranger en dispense de l'obligation de déposer un certificat de capacité matrimoniale, car il n'y a pas, dans le droit polonais, de disposition qui, réalisant les principes mentionnés, interdirait au citoyen polonais d'épouser un étranger dont le droit national admet la polygamie ou refuse à la femme des droits égaux à ceux de l'homme dans le mariage. Donc, toutes les solutions judiciaires admettant un point de vue différent seraient dépourvues de fondement juridique.

Les considérations présentées incitent à formuler des propositions générales concernant la définition des cas dans lesquels le tribunal doit refuser à l'étranger la dispense de l'obligation de déposer le certificat de capacité à mariage. Entrent ici en jeu les situations suivantes :

<sup>30</sup> M. Sośniak, *Skutki zastosowania klauzuli porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym* [Les effets de l'application de la clause d'ordre public dans le droit international privé], « Studia Cywilistyczne », 1961, t. I, p. 206.

a) n'a pas été remplie la condition, prévue à l'art. 46 al. 1 du décret sur les actes de l'état civil, conformément à laquelle « l'obtention du document est difficile »,

b) le droit national de l'étranger prévoit un empêchement au mariage dont l'application n'aurait pas d'effets contraires à l'ordre public polonais,

c) l'étranger a la possibilité de contracter mariage selon sa loi nationale, mais une règle concrète du droit polonais, appartenant à l'ordre public, s'oppose à la conclusion du mariage par celui-ci en Pologne.

VII. On peut distinguer deux étapes dans le développement de la jurisprudence de la Cour Suprême concernant la dispense de l'étranger de l'obligation de déposer le certificat de capacité matrimoniale. La première étape, dans laquelle le point de vue de la Cour Suprême était très rigoureux, se caractérisait par la reconnaissance de la contradiction du droit étranger, admettant la polygamie et prévoyant une position de la femme dans le mariage plus mauvaise que dans l'ordre public polonais, comme une base suffisante pour rejeter la demande de l'étranger et par l'adoption de l'opinion qu'une telle demande doit être rejetée en cas de constatation que le mariage du citoyen polonais avec un étranger serait nul à la lumière du droit national de l'étranger. La deuxième étape se caractérise par un point de vue plus souple de la Cour Suprême qui, il est vrai, n'a pas entièrement rejeté les thèses catégoriques formulées antérieurement, mais a limité l'étendue de leur action. Dans la nouvelle jurisprudence, la solution de l'affaire sur requête de l'étranger concernant la dispense de l'obligation de déposer un certificat de capacité matrimoniale consiste en particulier à établir l'Etat dans lequel les futurs époux envisagent de s'établir. Ce point de vue — comme il a été indiqué plus haut — éveille toujours des doutes.

Dans tous les arrêts examinés, la Cour Suprême tranchait les affaires concernant la possibilité de contracter mariage par des citoyens polonais avec des étrangers. Cela signifie que dans la pratique, le problème de l'appréciation du droit étranger, du point de vue de l'ordre public polonais, se pose en principe dans les situations où les demandes de dispense de l'obligation de déposer un certificat de capacité matrimoniale sont adressées au tribunal par des hommes. Cela signifie également que la Cour Suprême, rendant les arrêts mentionnés, été guidée par le souci de l'intérêt des citoyennes polonaises contractant mariage avec des ressortissants des Etats étrangers dont les systèmes juridiques prévoient une conception du mariage différente de la polonaise. L'idée d'une telle protection est juste, elle ne peut cependant être réalisée par voie d'établissement d'une prohibition absolue du mariage également lorsqu'il résulte, du matériel rassemblé par le tribunal, que la citoyenne polonaise envisage de s'établir, après le mariage, dans l'Etat du mari. Dans ce cas, la conclusion du ma-

riage est liée avec un certain risque assumé par la femme. Pour cette raison, le tribunal doit informer la citoyenne polonaise sur le contenu des dispositions du droit étranger en matière de rapports personnels et patrimoniaux entre les conjoints et, dans la mesure du possible, sur les coutumes conjugales régnant dans l'Etat de son futur mari et lui présenter les conséquences négatives qui peuvent en survenir<sup>31 32</sup>. Dans la doctrine, on a proposé d'amender l'art. 4 du code de la famille et de la tutelle et de prolonger le délai d'attente prévu dans cette disposition en cas de demande de conclusion du mariage avec un étranger. Un tel *tempus delibrandi* servirait aux futurs époux à prendre mutuellement connaissance des règles juridiques, morales et coutumières, fonctionnant dans leurs Etats d'origine<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. M. Tomaszewski, *Glose...*, p. 323.

<sup>32</sup> J. Jakubowski, *Glose...*, p. 172.