

LE DROIT ETRANGER DANS LE PROCÈS CIVIL POLONAIS

Tadeusz Ereciński

Le développement des contacts internationaux de la Pologne, l'élargissement de l'étendue des échanges de personnes et de marchandises provoquent une animation dans les rapports internationaux de droit civil. L'apparition dans les rapports juridiques de l'élément étranger crée la nécessité de voir cette question du point de vue du choix du système de droit du fond qui sera compétent dans la solution d'une affaire civile concrète. La fonction de régulateur est remplie ici par les règles de conflit qui décident de la compétence du système de droit déterminé. Par l'intermédiaire de points de rattachement requis, la règle de conflit du droit international privé polonais indique souvent la compétence du droit étranger. Le juge polonais est tenu alors d'appliquer le droit matériel étranger qui, en principe, lui est inconnu.

Dans l'application des règles du droit étranger les questions procédurales sont d'une importance essentielle. En effet, la plupart des décisions concernant la définition du contenu du droit étranger, de son interprétation, du contrôle d'instance et du rôle du juge dans le processus d'application de ce droit, ont un caractère de règles processuelles.

1. L'application du droit étranger dans le procès civil crée des problèmes de nature tant théorique que pratique. Tous ne peuvent être traités dans le cadre du présent article. Il semble pourtant indispensable de distinguer tout d'abord trois plans possibles des considérations de la problématique qui nous intéresse. Au premier plan devraient se situer les considérations téléologiques dans le cadre desquelles on cherche une réponse à la question de savoir pourquoi les tribunaux nationaux doivent appliquer le droit étranger. Au deuxième plan, les considérations concernant le fondement juridique de l'application du droit étranger. Enfin, au troisième plan (ontologique), l'analyse de la nature du droit étranger. Le dernier plan est lié le plus étroitement avec les questions procédurales.

La nécessité d'appliquer le droit étranger résulte du principe de la coexistence et de la coopération des États à systèmes juridiques différents. Les conditions politiques et sociales imposent le respect de la souveraineté

des autres États et le développement de la coopération internationale. L'application dans chaque cas du propre système juridique conduirait à l'injustice. Il faut donc chercher des solutions qui permettraient d'obtenir un résultat de l'affaire civile si non identique, tout au moins rapproché, indépendamment du lieu de l'ouverture de la procédure. Aussi longtemps que l'uniformisation des règles juridiques ou des solutions juridiques fondamentales à l'échelle mondiale sera impossible, la possibilité d'appliquer par les tribunaux nationaux le droit matériel étranger est l'un des principaux moyens d'acquisition des buts mentionnés plus haut.

Sur ce plan, la justification de l'application du droit étranger est très proche de la justification du fonctionnement des règles de conflit et du droit international privé en tant que tel.

La question du fondement de l'application du droit étranger est parfois examinée du point de vue de la souveraineté de l'État (comment se fait-il que les tribunaux nationaux obéissent en quelque sorte à la volonté du législateur étranger) ou bien, en formulant la question d'une autre manière, pourquoi la volonté d'une souveraineté étrangère produit des effets en dehors d'un territoire national déterminé. Je pense qu'il est entièrement suffisant de se référer au commandement de la règle de conflit (nationale ou conventionnelle). L'opinion que l'application des règles du droit étranger se base sur le commandement juridique de l'ordre juridique interne, est largement représentée dans la littérature¹. La règle de conflit désignant le droit étranger comme compétent exige le respect des dispositions de la législation étrangère conformément au principe de l'égalité des droits. Le caractère obligatoire de chaque système juridique est limité territorialement par la frontière de la souveraineté de l'État. Le législateur publie des dispositions juridiques qui lient uniquement ses propres organes, il ne peut, par contre, les imposer aux organes étrangers. La règle de conflit est donc une source d'application du droit étranger et un instrument à l'aide duquel le législateur autorise et ordonne d'appliquer des normes étrangères dans le cadre de l'ordre juridique interne. Il assure

¹ Cf. H. Dölle, *De l'application du droit étranger par le juge interne*, « Revue critique de droit international privé », 1955, p. 239 ; A. F. Schnitzer, *Die Anwendung einheimischen oder fremden Rechtes auf internationale Tatbestände*, « Zeitschrift für Rechtsvergleichung », 1969, p. 85 ; P. Kalensky, *Trends of Private International Law*, Prague 1971, p. 280 ; F. Rigaux, *La nature du contrôle de la cour de cassation*, Bruxelles 1966, p. 136 ; M. K. Yasseen, *Problèmes relatifs d l'application du droit étranger*, « Recueil des cours de l'Académie de la Haye », vol. II, 1962, p. 520 ; I. Zajtay, *The Application of Foreign Law*, dans : *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Tübingen-The Hague - Paris - New York 1972, chap. 14, p. 7.

une efficacité aux dispositions étrangères sur notre territoire. Les règles du droit étranger constituent toujours la base de la solution.

2. On s'efforçait avant tout de trouver la réponse à la question concernant le caractère du droit étranger dans le cadre de deux théories : des différentes variantes des théories réceptionnistes et de la théorie de la nature réelle du droit étranger.

Les théories de réception n'expliquent pas pourquoi les règles du droit étranger sont incorporées dans l'ordre du for national et deviennent sa partie intégrale². Tout d'abord la question se pose de savoir sur quel fondement et de quelle façon a lieu la naturalisation du droit étranger. On peut également se demander pourquoi la réception devrait-elle être atteinte. Il ne semble pas que cela soit nécessaire. Le législateur national n'a aucun intérêt à considérer les règles étrangères comme règles de son propre système juridique, elles ne relèvent pas non plus de ses compétences. Il ne peut, en effet, changer, compléter ni reconnaître que le droit étranger n'est pas applicable. Le législateur national peut seulement limiter l'application du droit étranger par une clause d'ordre public ou modifier la norme de conflit et par cela exclure la compétence du droit donné. Cela indique que du contenu des règles du droit étranger et de leur structure décide le législateur du pays d'où ces normes proviennent. Le législateur du for, en revanche, est tenu seulement de permettre l'application de ces normes sur son territoire.

Les théories de réception se basent donc sur la fiction. Il ne s'agit pas, en effet, d'une réception comme, jadis, celle du droit romain en Allemagne. Pour nationaliser le droit matériel étranger il faudrait l'introduire légalement dans le droit national. Il serait nécessaire d'ouvrir une procédure parlementaire ordinaire. Aucun système juridique ne peut par contre absorber ou s'incorporer fictivement les normes juridiques étrangères uniquement parce qu'elles devraient être applicables par le tribunal en vertu des règles de conflit du for. Cela équivaldrait à l'absorption par chaque ordre juridique de l'ensemble des systèmes juridiques du monde. La seule fonction de la règle de conflit consiste à désigner le droit compétent dans une situation déterminée, cette règle ne peut ni nationaliser les règles étrangères applicables, ni produire dans le système du for des règles matérielles semblables aux normes étrangères. Ces théories sont aussi contraires au sens du droit international privé qui suppose la coexis-

² V. la critique de cette théorie, E. Rabel, *The Conflict of Laws*, vol. I, Ann Arbor 1958, p. 63 ; M. K. Yasseen, op. cit., p. 521 ; P. Kalensky, op. cit., p. 289 ; B. Vouil1oz, *Le rôle du juge à l'égard du droit étranger*, Fribourg 1964, p. 62.

tenue non seulement de différents États, mais de leurs systèmes juridiques. Enfin, une dernière conclusion qui est une conséquence de la théorie de réception : conformément au principe *iura novit curia* le tribunal serait censé connaître non seulement sa propre règle de conflit, mais aussi chaque règle étrangère à laquelle renvoie la règle de conflit. Il est inutile de dire que c'est là une pure fiction.

Dans de nombreux pays, une influence notable sur l'application du droit étranger par les tribunaux a été exercée par la théorie sur le « caractère de fait » du droit étranger³. Bien qu'à l'aide de cette théorie on s'efforçait de trouver une justification pour l'application du droit étranger, il n'en reste pas moins que les conséquences de l'examen de cette problématique dans les catégories droit—fait influaient très fortement sur les solutions procédurales^{3 4}.

Le point de départ de cette théorie réside dans la division des éléments du procès civil en deux catégories fondamentales : les normes juridiques et les faits. Ces deux catégories sont traitées différemment par le droit processuel (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Cette différenciation a une importance essentielle dans la procédure de la preuve, bien que dans le droit polonais comme dans le droit des autres États socialistes elle perd de son acuité.

En examinant le droit étranger dans les catégories droit—fait, il ne s'agit pas, en principe, de comprendre ces catégories du point de vue de la théorie du droit, mais du point de vue du droit positif. On considère en effet non pas la notion abstraite de la norme juridique, mais le droit en vigueur dans l'État donné, sur un territoire déterminé. Ces normes sont toujours l'expression de la volonté du législateur national. Le juge est censé connaître les dispositions du système juridique de son État, la preuve du contenu des dispositions de ce système n'est pas indispensable. Si l'on conçoit de cette façon la *lex fori*, le droit étranger, puisqu'il ne répond pas à ces exigences, ne peut être traité comme un élément de droit. Un syllogisme logique spécifique agit donc ici. Car le droit étranger ne fait pas partie du droit national, le droit étranger devient automatiquement *res facti*.

Mais, en réalité, par cela que le droit étranger ne fait pas partie du droit national, résulte-t-il qu'il devient un fait au sens processuel. On ne peut arriver à une telle conclusion que lorsque l'on reconnaît que la di-

³ Cf. J. Zajtay, op. cit., pp. 3 et suiv. ; T. Ereciński, *Zasada iura novit curia w międzynarodowym postępowaniu cywilnym* (Le principe *iura novit curia* dans la procédure civile internationale), « Studia Iuridica » (Warszawa), vol. V, 1976, pp. 87 et suiv.

⁴ J. Zajtay, op. cit., p. 4.

vision des éléments processuels en deux catégories mentionnées est une alternative et dès lors qu'un élément quelconque ne peut se situer dans la première catégorie, il doit faire partie de la deuxième. On souligne pourtant à juste raison dans la littérature qu'une telle approche est basée sur un malentendu et est l'expression de l'adoption d'une certaine fiction⁵. Il est hors de doute que le droit étranger dans le pays où il a été promulgué est un droit. Il est difficile de comprendre pourquoi ces normes juridiques, après leur application par le juge d'un autre pays, doivent changer leur nature ou leur rôle.

On peut démontrer par de nombreux exemples l'indépendance des règles processuelles de la qualification théorique du droit étranger. En voici quelques-uns. Dans le droit de la R. F. A., la disposition du § 293 ZPO ordonne de traiter le droit étranger comme un droit. Malgré cela, la violation des dispositions de la loi étrangère, conformément au § 549 ZPO, n'est pas soumise au contrôle de la Cour Suprême. Les dispositions du droit étranger sont effectivement l'objet de la preuve non seulement dans les systèmes qui traitent le droit étranger comme un fait. De même, l'interprétation des dispositions de ce droit ne dépend pas des points de vue sur le fondement et la justification de l'application du droit étranger. Dans nombre de systèmes juridiques qui considèrent le droit étranger comme un droit, le principe *iura novit curia* ne s'applique pas aux dispositions du droit étranger (les pays socialistes, certains représentants de la doctrine italienne). Dans le système anglo-américain où traditionnellement le droit étranger est considéré comme un fait, les questions concernant la preuve du contenu du droit étranger sont tranchées non pas par le jury des assises (comme cela a lieu d'ordinaire pour les autres faits) mais par le juge lui-même⁶.

En réalité, la théorie sur la nature réelle du droit étranger n'est donc pas une conception théorique, et d'autres raisons justifient le maintien de la fiction que le droit étranger est un fait. Il semble que les considérations pratiques en ont décidé avant tout. Le juge, en principe, a de la difficulté à connaître le contenu des dispositions de la loi étrangère. Puisqu'il ne connaît pas ces normes, il base souvent ses connaissances sur ce que lui allèguent et prouvent les parties au procès. En ayant recours au caractère de fait du droit étranger (donc à une certaine fiction), on cherche de cette façon des règles déterminées qui répondent au traitement **

⁵ I. Zajtay, *L'application du droit étranger : science et fictions*, « Revue internationale de droit comparé », 1971, p. 49.

⁶ V. T. Ereciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym* [Le droit étranger dans la procédure civile], chap. II, sous presse.

processuel du droit étranger⁷. La nécessité d'alléguer le contenu ou de prouver les normes du droit étranger résulte en effet non pas de ce qu'elles sont des faits du procès, mais qu'elles sont partie des normes du droit étranger. Les faits exigent en principe d'être prouvés dans le procès judiciaire, le contenu du droit étranger doit, lui aussi, être prouvé, mais il n'en doit pas résulter que le droit étranger est un fait. La thèse sur la nature réelle du droit étranger constitue cependant dans de nombreux systèmes juridiques une base commode à l'appui de laquelle on peut décrire et expliquer les difficultés liées à l'application du droit étranger au cours du procès civil.

Comme il a déjà été souligné, dans un État étranger, dans lequel fonctionne un ordre juridique déterminé, les normes qui composent ce système juridique agissent et sont appliquées comme normes juridiques. Ne changeant pas son caractère, la norme juridique peut perdre sa force obligatoire tant dans le temps que dans l'espace. En ce qui concerne l'action dans le temps, la norme juridique n'agit pas, en principe, sur les faits qui sont nés avant l'entrée en vigueur de la norme donnée (conformément à la règle *lex retro non agit*) ainsi qu'après la perte de sa force obligatoire. Par rapport au territoire, le système juridique ne produit pas d'effet en dehors du territoire de l'État dont le législateur a édicté la loi donnée. Le fondement juridique d'application du droit étranger est la volonté du législateur national concrétisée dans la règle de conflit. Le droit étranger appliqué conformément à l'étendue prévue dans les règles de conflit de la *lex fori* ne perd pas son caractère de norme juridique. Ce sont toujours en effet des normes abstraites et générales reconnues par notre État et dont le respect est garanti par l'appareil de contrainte étant à la disposition de l'État du for. Du point de vue de la conception théorique des normes juridiques les normes étrangères devraient donc être traitées à l'égal de la *lex fori*. Que les normes définies soient des normes juridiques ou non, en décide non pas le législateur du for mais le législateur de cet État étranger.

Lorsqu'il vient à appliquer les normes juridiques étrangères dans notre ordre juridique, le droit étranger est cependant, sous certains égards, traité autrement que le droit propre. Par exemple : les dispositions du droit national sont appliquées directement, les dispositions du droit étranger exigent le recours à la règle de conflit ; les effets de l'application des normes étrangères peuvent être écartés par le recours à la clause de l'ordre public ; on admet que, dans certaines situations, le contenu des lois étrangères ne peut pas être établi. Le droit étranger ne peut non plus être traité identiquement au droit national dans les catégories proces-

⁷ J. Zajtay, *L'application...*, p. 50 ; M. K. Yasseen, *op. cit.*, p. 519.

suelles. Il s'agit ici des différences concernant la connaissance, la possibilité d'obtenir des informations sur le contenu du droit étranger, sur son interprétation et le contrôle de son application par le tribunal d'instance supérieure. Les principes régissant la procédure judiciaire décident de la connaissance plus ou moins bonne du contenu des lois étrangères et de la pratique judiciaire.

Le droit étranger n'a donc pas tous les attributs qu'a le droit national et lors même que le caractère du droit propre et étranger est semblable, sur le plan de l'application judiciaire des normes du droit étranger se manifestent déjà des différences dans le nombre des qualités attribuées au droit propre et étranger.

Certains auteurs (p. ex. G. Kegel ou F. Schwind) accentuant avant tout le traitement différent du droit étranger dans la technique de la procédure admettent que le droit étranger est un *tertium processuale* mais non un *tertium materiale ou reale*⁸ ⁹. C. David, par contre, ne voulant pas renoncer à reconnaître le droit étranger comme un droit et persuadé en même temps de certaines ressemblances du traitement du droit étranger et des circonstances de fait dans la procédure judiciaire, s'efforce de justifier l'affirmation du droit étranger comme un *tertium genus*⁹. Je pense que ces deux directions de raisonnement vont trop loin. Les différences dans le traitement du droit étranger ne se limitent pas exclusivement à la sphère processuelle ; d'autre part, la création d'une troisième catégorie à côté du droit et du fait est une solution apparente, car dans la phase décisive de la procédure judiciaire le droit étranger doit être traité comme un droit.

Par conséquent, il ne semble pas nécessaire d'attacher une trop grande importance, dans les considérations procédurales, à l'antinomie droit—fait. La qualification du droit étranger à l'une de ces catégories, comme il l'a été dit, ne donne nullement une solution prête dans la sphère processuelle. L'établissement que le droit étranger est un droit et qu'il est, à certains égards seulement, traité autrement que le droit national, devrait influencer par contre sur l'interprétation des dispositions processuelles et sur l'interprétation des institutions facilitant l'application des normes étrangères. Cette interprétation ne peut en effet faire abstraction du caractère juridique du droit étranger.

⁸ *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, t. X, Berlin - Tübingen 1968, p. 215. De même P. Mayer, *Droit international privé*, Paris 1977, p. 149.

⁹ C. Dawid, développe cette conception dans sa monographie *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris 1965,

3. Selon l'opinion unanime de la science polonaise, le droit étranger qui devrait être appliqué par le tribunal polonais, doit être traité comme un droit et doit être appliqué d'office, que les parties au procès aient invoqué ou non la nécessité d'appliquer dans la situation concrète les dispositions du droit étranger^{10 11}. Par droit étranger il faut entendre le droit étranger écrit et coutumier, c'est-à-dire tout droit en vigueur dans l'État étranger.

L'application des dispositions du droit étranger ne dépend pas de la réciprocité. Le manque de réciprocité ne produit aucune exclusion dans la prise en considération du contenu des lois étrangères ». De même, la reconnaissance de l'État (du gouvernement) dont le droit doit être appliqué dans l'affaire, n'influe pas sur l'application ou la non-application du droit étranger. L'existence ou la non-existence de relations diplomatiques avec cet État n'a pas non plus d'importance.

En vertu de l'art. 227 du code de procédure civile (c.p.c.), l'objet de la preuve sont les faits d'importance essentielle pour la solution de l'affaire. Le droit, en principe, n'est pas l'objet de la preuve. Pourtant, s'il s'agit du droit étranger, le principe *iura novit curia* n'est pas applicable¹², il est donc nécessaire d'établir le contenu des normes étrangères requises. Dans ces conditions, la question se pose de savoir si le droit étranger devient par cela l'objet de la preuve. La disposition de l'art. 1143 du c.p.c. ne donne pas à cet égard de réponse précise, en employant le terme « constatation du contenu du droit étranger ». Dans la doctrine, on expri-

¹⁰ Cf. K. Przybyłowski, *Polskie prawo międzynarodowe prywatne. Część ogólna* [Le droit international privé polonais. Partie générale], Lwów 1935, p. 189 ; M. Waligórski, *Podstawy kasacyjne procesu cywilnego w świetle różnicy pomiędzy faktem i prawem* [Fondements de cassation du procès civil à la lumière de la différence entre le fait et le droit], Lwów 1936, p. 103 ; W. Siedlecki, *Zasady wyrokowania w procesie cywilnym* [Les principes de jugement dans le procès civil], Warszawa 1957, p. 290 ; W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne* [Le droit international privé], Warszawa 1971, pp. 95-96 ; B. Walaszek, M. Sośniak, *Le droit international privé*, Warszawa 1968, p. 129 ; E. Wierzbowski, *Międzynarodowy obrót prawny w sprawach cywilnych* [Rapports juridiques internationaux dans les affaires civiles], Warszawa 1971, p. 200.

¹¹ Cf. L. A. Lune, *Mezhdunarodnoe castnoe pravo. Obscaja cast'*, Moskva 1973, p. 356 ; R. Bystrický, *Zaklady mezinarodniho prava soukromeha*, Praha 1958, p. 115 ; P. H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen 1976, p. 341. Ce point de vue ne concerne pas, évidemment, la question de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères.

¹² V. T. Ereciński, *Zasada iura novit curia* [Le principe *iura novit curia*], pp. 88 et suiv.

me à ce propos différents points de vue ¹³. Il semble que cette intéressante question théorique n'a pourtant pas d'importance essentielle pour l'application pratique du droit étranger dans le procès civil. Aussi bien lorsque nous admettons que le droit étranger devient l'objet de la preuve dans la procédure civile ou lorsque nous arriverons à la conclusion qu'il s'agit uniquement d'une institution spécifique de constatation du contenu du droit étranger, l'essentiel est d'établir quelles institutions du droit de preuve ou quelles normes concernant la preuve peuvent être appliquées pour connaître le contenu des normes du droit étranger et la méthode de leur application dans la pratique judiciaire.

Les moyens par lesquels on constate dans le procès le contenu du droit étranger doivent être adaptés à cette fin, qualitativement différente de la preuve des circonstances de fait. De cette constatation il ne résulte pas qu'en établissant la qualité et le contenu des normes étrangères, on ne puisse employer des moyens de preuve utilisés par le système juridique donné lors de l'établissement des faits de l'affaire. Il faut donc appliquer les moyens qui peuvent contribuer objectivement à constater le contenu du droit étranger.

L'article 1143 du c.p.c. parle nettement de deux moyens de constatation du contenu des normes du droit étranger : la possibilité de demander au Ministre de la Justice de fournir le texte de la loi et d'expliquer la pratique judiciaire étrangère ainsi que de recourir à l'opinion d'experts. La question se pose de savoir si, dans le droit polonais, ce sont là les seules méthodes admissibles de la preuve du droit étranger et si leur utilisation est obligatoire. L'observation de la pratique permet en effet de constater que les tribunaux polonais bénéficient avant tout de la possibilité de demander une information au Ministre de la Justice* ¹⁴, la preuve par opinion de l'expert est utilisée sporadiquement. D'autre part, il convient de souligner qu'il advient que les tribunaux s'adressent aux repré-

¹³ Cf. E. Wengerek, *Glose au jugement du Tribunal de voïvodie pour la ville de Varsovie du 4 mars 1965*, 11 Cr 795/64, » Państwo i Prawo », 1966, n° 4/5 ; W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie [Précis de procédure civile]*, Warszawa 1972, p. 303 ; W. Skierkowska, *Międzynarodowe postępowanie cywilne w sprawach alimentacyjnych [La procédure civile internationale dans les affaires d'alimentation]*, Warszawa 1972, p. 101 ; J. Klich-Rump, *Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia sądowego w procesie cywilnym [Fondement de fait de la solution judiciaire dans le procès civil]*, Warszawa 1977, pp. 28/30.

¹⁴ L'information obtenue du Ministre de la Justice est un document officiel (certificat officiel). Le contenu de ce document est soumis à la libre appréciation du tribunal, et les parties au procès peuvent contester l'authenticité de l'information du ministre.

sentations consulaires étrangères en Pologne et admettent aussi des opinions et des documents élaborés à l'étranger.

Dans la littérature, on reconnaît d'un commun accord que la source de constatation du contenu du droit étranger et de la pratique judiciaire étrangère peuvent être également des moyens non mentionnés dans l'art. 1143 du c.p.c.¹⁵ Le contenu de cette disposition donne à entendre qu'il laisse au tribunal l'entière liberté quant au choix des moyens assurant la connaissance du contenu de la loi étrangère, tout en attirant l'attention que si le droit étranger n'est pas connu du tribunal par d'autres sources, il peut alors recourir à deux moyens facultatifs et équivalents indiqués dans cette norme.

Le tribunal peut acquérir des informations sur le contenu des normes juridiques étrangères par toutes les sources qui lui sont accessibles. Si le juge ne connaît pas les normes requises ni la pratique judiciaire, ces sources sont : les journaux étrangers des lois et autres recueils de textes juridiques, les publications concernant la jurisprudence des tribunaux étrangers, la littérature du sujet (ouvrages théoriques, commentaires), les documents officiels nationaux et étrangers.

Il convient de souligner le rôle particulier de la coopération du tribunal avec les parties au procès. L'établissement de l'existence ou de la non-existence d'une disposition adéquate du droit étranger est, il est vrai, une obligation du tribunal qui doit agir d'office, mais puisque le principe *iura novit curia* n'englobe pas le droit étranger, la coopération et l'aide des parties au procès ont une importance particulière. Le tribunal peut demander à la partie de fournir le texte du droit étranger et même l'opinion d'un expert concernant l'interprétation de ce droit. La non-exécution de cette ordonnance ne provoque pourtant aucune conséquence négative processuelle pour les parties. Ce n'est donc qu'une *favor probandi* des parties et des participants à la procédure.

Dans le but de constater le contenu du droit étranger et de la pratique judiciaire étrangère, le tribunal peut demander l'opinion d'experts. L'expert peut être une personne individuelle, le tribunal peut aussi demander l'opinion d'un institut scientifique ou d'un centre d'études scientifiques. La possibilité de demander l'opinion d'un institut scientifique est malheureusement dans la pratique illusoire. **

¹⁵ Cf. E. Wierzbowski, op. cit., p. 202 ; W. Skierkowska, op. cit., pp. 101 et suiv. ; W. Ludwiczak, op. cit., p. 96 ; W. Siedlecki, *Zasady wyrokowania...*, p. 287.

¹⁶ Cela est souligné maintes fois dans la littérature étrangère. Cf. J. Zajtay, dans : *International Encyclopedia...*, p. 16; C. David, op. cit., pp. 188 et suiv.; F. Rigaux, op. cit., p. 131.

Le tribunal statuant a la pleine liberté de décider quels moyens de preuve et dans quel ordre successif seront-ils utilisés pour résoudre l'affaire donnée. Rien n'empêche que ces moyens soient utilisés cumulativement. L'étendue des moyens utilisés doit dépendre du caractère et de l'importance de l'affaire instruite. La spécificité de la procédure concernant l'établissement du droit étranger exclue par contre l'admissibilité de tels moyens de preuve, comme la preuve par dépositions de témoins ou par audition des parties. N'est également pas admis l'aveu de la partie, car un tel aveu peut concerner exclusivement les circonstances de fait, mais jamais les normes juridiques.

Il convient d'évoquer aussi les décisions des accords bilatéraux conclus par la Pologne, sur les rapports juridiques. Ils prévoient l'échange d'informations sur le droit étranger et sur la pratique judiciaire dans les affaires civiles^{17 18}. Malheureusement, toutes les conventions ne contiennent pas les décisions concernant l'interprétation des dispositions juridiques. Ne surestimant pas l'importance de cette source d'information sur le droit étranger, il y a lieu de souligner qu'elle donne la certitude d'acquérir des informations quelconques, facilite la connaissance des nouveaux actes normatifs, et garantit une crédibilité relativement grande des données acquises.

4. L'établissement du contenu de la norme juridique n'élimine pas encore le doute quant à son importance. Il est indispensable de se servir en outre de différentes directives d'interprétation qui indiquent la manière d'établir la valeur de la norme donnée. L'interprétation des normes du droit étranger en comparaison de l'interprétation des normes nationales suscite d'autres difficultés. La nécessité d'une interprétation requise des normes de la loi étrangère résulte, comme on le souligne souvent, de la règle nationale de conflit. Puisque la règle de conflit de la *lex fori* impose l'application du droit étranger, elle exige que ce droit soit appliqué convenablement. L'application du droit étranger serait illusoire si les règles de ce droit n'étaient pas comprises et interprétées de la manière dont elles sont admises dans l'ordre juridique étranger. Le juge doit donc agir et statuer comme le ferait le juge étranger¹⁹. Le juge doit prendre en considération non seulement le contenu de la disposition du droit étranger mais aussi l'interprétation et la pratique d'application de cette disposition dans le système juridique étranger. Si l'on se limitait à l'interpréta-

¹⁷ Cf. l'art. 61 de l'accord polono-autrichien de 1963, l'art. 4 de l'accord polono-tchécoslovaque de 1961, l'art. 12 de l'accord polono-hongrois de 1959.

¹⁸ Cf. M. K. Yasseen, *op. cit.*, pp. 574 et suiv. ; C. David, *op. cit.*, pp. 242 et suiv. ; K. Przybyłowski, *op. cit.*, p. 186.

tion purement verbale de la loi, le juge changerait la pratique établie d'application de la norme donnée. En résultat, cela signifie que le juge du for doit en quelque sorte se mettre à la place du juge étranger et interpréter les normes juridiques conformément aux principes en vigueur dans le système juridique étranger. Ce principe théoriquement simple n'est pourtant pas facile à réaliser dans la pratique.

Le juge national doit étudier la juridiction étrangère. Dans les systèmes juridiques basés sur le *common law*, les décisions judiciaires sont la source du droit. Le juge polonais doit donc respecter aussi le *judge made law* comme si c'était un droit écrit.

L'étroite liaison de l'interprétation du droit étranger avec les possibilités et les droits du juge étranger dans ce domaine fait que le juge polonais n'a pas la possibilité de corriger ni d'améliorer les normes juridiques étrangères. En particulier, l'interprétation ne peut constituer un essai d'atténuation des décisions étrangères et un éventuel essai d'exclusion de leur application. L'interprétation ne peut remplir les fonctions réservées à la clause de l'ordre public.

5. L'application du droit étranger dans les situations indiquées par la règle de conflit, comme on l'a déjà souligné, est une obligation du tribunal. Mais comment doit agir le tribunal s'il ne réussit pas à établir le contenu de la norme concrète du droit matériel étranger ? Une telle situation est réglée par l'art. 7 de la loi du 12 novembre 1965 portant droit privé international, qui stipule que lorsqu'on ne peut pas établir les circonstances dont dépend l'application de la loi étrangère déterminée ou lorsque le contenu de la loi étrangère ne se laisse pas déterminer, on applique la loi polonaise.

L'impossibilité d'établir le contenu de la norme étrangère résulte le plus souvent des difficultés de nature technique¹⁹ : impossibilité d'obtenir le texte du droit étranger, manque de personnes compétentes qui pourraient se prononcer au sujet du contenu des normes concrètes, caractère exceptionnel ou original du système juridique donné, etc. De ces conditions, il faut distinguer : premièrement, la constatation d'une lacune dans le droit étranger qui devrait être comblée par le juge polonais par voie d'une interprétation adéquate, et, deuxièmement, l'établissement que dans l'État dont le système juridique est désigné comme compétent par notre règle de conflit, il n'existe pas d'institution juridique concrète.

L'énumération des difficultés techniques possibles pour connaître les dispositions de la loi étrangère suscite l'observation que ces difficultés ne

¹⁹ Cf. I. Szaszy, *Private International Law in the European People's Democracies*, Budapest 1964, pp. 183 et suiv.

seront pas toujours la cause principale de l'impossibilité d'appliquer la loi requise. Le développement des moyens sans cesse meilleurs et plus efficaces de communication et de transmission des informations juridiques à côté de la due diligence du tribunal et des parties au procès, devrait faciliter l'accès à la plupart des normes du droit étranger recherché. La cause des difficultés dans l'application du droit compétent peuvent être et sont souvent les ennuis à établir les circonstances dont dépend l'application de la loi concrète. Cela consiste surtout à ne pouvoir appliquer le point de rattachement indiqué dans la règle de conflit.

L'article 6 du droit international privé proclame qu'une loi étrangère ne pourra être appliquée dans les cas où son application produirait des effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de la R. P. P. Grâce à l'existence de la clause de l'ordre public, le législateur, en décidant l'application des normes étrangères du droit matériel, n'a pas à craindre que pénètrent dans l'ordre juridique national ses effets inacceptables pour diverses raisons.

L'action de l'art 6. du droit international privé ne peut devancer le fonctionnement normal de la règle polonaise de conflit. La prise en considération de la clause de l'ordre public n'entre en jeu que lorsque sur la base de la règle polonaise de conflit (et éventuellement du renvoi au second degré) on établira que le droit essentiellement compétent est, dans la situation donnée, la loi étrangère concrète, et lorsque l'on arrivera à la conviction que l'application de la norme ou des normes juridiques étrangères risquerait d'aboutir à des effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais. Le contenu des normes juridiques étrangères différent de celui des dispositions de la loi polonaise ne justifie pas automatiquement leur exclusion. L'appréciation des effets de l'application de la disposition étrangère pour notre ordre juridique appartient exclusivement au tribunal statuant dans l'affaire. Il convient de souligner qu'il s'agit de l'inadmissibilité des effets de l'application des normes étrangères. Une disposition étrangère dont le contenu nous choque ne doit pas nécessairement aboutir à de tels résultats par suite de son application sur le territoire de la Pologne. La possibilité de recourir à la clause de l'ordre public doit être limitée aux cas où il s'agit des principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais qui ne suscitent aucun doute quant à leur importance fondamentale.

En cas d'application de la clause de l'ordre public contre la loi étrangère compétente, la question se pose de savoir quelles normes juridiques doivent être appliquées à la place des normes écartées. Le refus de l'application de la loi étrangère ne peut en effet signifier le refus de rendre un jugement de fond. On propose en principe deux solutions : l'application de la loi polonaise ou la recherche d'autres dispositions étrangères

conformes à notre ordre juridique. Selon l'opinion de nombreux auteurs, l'exclusion de l'application de la loi étrangère ne doit pas aboutir automatiquement à l'application du droit propre (c'est-à-dire des normes matérielles polonaises)²⁰. L'application de la *lex fori* à la place du droit écarté est pratiquement la plus simple et la plus facile. En présence d'un conflit avec ses propres principes le juge fait intervenir en quelque sorte automatiquement les dispositions de sa propre loi. L'application de la propre loi est cependant ici une solution fictive. Le droit polonais appliqué au lieu du droit étranger n'aura pas, en règle générale, de rattachement étroit avec la situation juridique donnée. La *lex fori* serait ici imposée artificiellement et ne pourrait servir la réalisation du but de la règle de conflit qu'est l'application, dans la situation juridique donnée, du système juridique auquel elle est le plus étroitement rattachée.

Lorsqu'une disposition du droit étranger ne peut être appliquée du fait que son application a des effets contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique polonais, la clause de l'ordre public exclue seulement l'application de cette seule disposition et non pas la compétence du droit étranger en tant que tel. La clause n'exclue pas le droit étranger dans son ensemble, mais seulement la possibilité de se fonder sur une norme concrète de ce droit. Il semble donc que la solution la plus adéquate est de rechercher le fondement juridique de la solution parmi les dispositions du droit étranger. Le caractère défensif de la clause de l'ordre public parle également en faveur de cette position. Le juge devrait ainsi connaître le contenu d'autres dispositions du droit étranger, tenant compte évidemment de leur conformité avec notre ordre juridique, concernant la matière donnée et de trouver parmi celles-ci la norme qui s'avère la plus proche, par son contenu et sa fonction, de la norme ou des normes écartées par la clause.

6. En ce qui concerne le contrôle d'instance de l'application du droit étranger dans l'affaire donnée, il faut distinguer la violation de la règle nationale de conflit et des normes du droit étranger compétent. Les règles de conflit constituent un élément de l'ensemble des normes du droit national, par conséquent toutes les erreurs possibles mènent à la violation des dispositions nationales. Par contre, la fausse application du droit matériel étranger exige une analyse plus précise.

L'article 368 al. 1 du c.p.c. constate que la révision peut être fondée sur la violation des règles du droit matériel. Cette règle ne fait pas de

²⁰ Cf. W. Ludwiczak, *op. cit.*, p. 84 ; J. Balicki, *Problemy kolizyjne prawa spadkowego (Les problèmes des conflits dans le droit successoral)*, Warszawa 1963, p. 78 ; P. Mayer, *op. cit.*, p. 171.

distinction entre le droit matériel polonais et étranger. *Lege non distinguante* la violation du droit matériel étranger applicable devrait être traitée à l'égal de la violation du droit polonais. La justesse de cette thèse peut être motivée par deux différents arguments. Premièrement, dès lors que l'on a reconnu le droit étranger comme un droit, c'est avec toutes conséquences fondamentales qu'il entraîne pour le procès. Donc, si la violation normale du droit polonais est soumise au contrôle, le droit étranger y est également soumis. Les cas d'application du droit étranger deviennent de plus en plus fréquents ; en outre, la solution judiciaire donnée étant basée sur le droit étranger, ses effets agiront en principe sur le territoire de notre pays, et de là vient le besoin d'apprécier le contrôle de l'application et de l'interprétation des dispositions juridiques étrangères. Deuxièmement, ont raison les auteurs qui affirment que l'ordre d'application du droit étranger ne sera exécuté que lorsque les normes étrangères données seront appliquées exactement. Néanmoins, dans le système juridique polonais, le fondement de la révision sera la violation du droit étranger en tant que tel et non pas de la règle nationale de conflit, car il n'est pas nécessaire de se référer à une justification plus compliquée. Enfin, on peut avoir recours au principe de la vérité objective en vigueur dans le procès civil polonais. L'établissement de l'état de fait réel conformément à l'art. 3 § 2 du c.p.c. consiste non seulement à expliquer le contenu réel des rapports de faits mais aussi des rapports de droit. Si le fondement juridique de la solution doit être le droit étranger, celui-ci doit être établi et appliqué conformément à ce principe. L'application erronée du droit étranger par le tribunal de première instance doit donc être corrigée dans le cours suivant de la procédure d'instance.

Les erreurs commises dans l'application du droit étranger peuvent se manifester de la même manière que les erreurs dans l'application du droit matériel national. L'article 368 al. 1 parle en général de l'interprétation erronée du droit ou de son application impropre. Cela peut concerner le choix impropre de la norme étrangère, le fondement sur une norme non obligatoire ou annulée et, inversement, l'admission d'une disposition inexistante qui pourtant existe et est obligatoire, soit les erreurs commises en comblant les lacunes dans les dispositions étrangères, ou encore, ce qui se produit assez souvent, les erreurs de subsumtion, en relation parfois avec la solution inconvenable du problème de la qualification des notions juridiques. L'interprétation erronée de la disposition du droit étranger consi-

²¹ Cf. W. Siedlecki, J. Krajewski, *Naruszenie prawa materialnego jako podstawa rewizyjna według k.p.c.* [La violation du droit matériel en tant que fondement de la révision selon le c.p.c.], « Nowe Prawo », 1958, n° 10, pp. 5 et suiv.

ste en principe en la fausse compréhension du contenu ou de la signification de la norme donnée soit en la méconnaissance de la pratique judiciaire étrangère. L'application impropre du droit matériel, c'est aussi l'application des dispositions du droit polonais au lieu des dispositions compétentes du droit étranger.

Le refus non fondé de l'application du droit étranger dans l'affaire donnée se rattachera, de règle, aux constatations de fait erronées du juge. Le défaut d'éclaircissement des circonstances indiquées dans le point de rattachement ou l'admission d'un point de rattachement erroné provoque alors la violation de la règle conflit qui pour cette raison sera soumise au contrôle. Dans la pratique, cela n'aura pas de grande importance, car dans le système polonais la révision peut être basée tant sur l'exception des constatations de fait erronées que sur les erreurs se rapportant au fondement juridique de la solution.

Dans tous les cas de constatation de violation du droit matériel étranger, l'application exacte ou l'interprétation de ce droit est à la charge du tribunal statuant sur pourvoi en révision, qui peut alors rendre une décision réformatoire (art. 390 du c.p.c.). En règle générale, il ne sera pas utile d'envoyer l'affaire pour nouvel examen, à moins que le tribunal de première instance n'a pas ouvert la procédure en vue d'établir le contenu des normes juridiques étrangères et dans ce cas le tribunal de révision ne dispose d'aucun document prouvant le contenu du droit étranger ou la pratique judiciaire. S'il s'agit de modifier l'interprétation du droit étranger faite par le tribunal de degré inférieur ou seulement de compléter les preuves administrées, constatant le contenu du droit étranger, le tribunal de révision doit le faire dans le cadre de ses propres compétences. Ceci est justifié par l'économie et la rapidité de la procédure qui, de toute façon, dans les affaires avec un élément étranger, n'est pas satisfaisante.

La nécessité d'application du droit étranger peut résulter pour la première fois seulement devant le tribunal de révision. Si le tribunal de première instance tranchait l'affaire sur la base des dispositions du droit polonais, étant faussement convaincu que notre droit est compétent pour trancher le rapport juridique donné, et qu'au cours seulement de la procédure de révision il s'avérerait nécessaire d'appliquer le droit étranger, le tribunal de révision peut faire appel d'office à ce droit et rendre le jugement sur cette base. Il s'agit en effet de la base juridique des décisions du tribunal et une telle non-application du droit étranger est renfermée également dans la disposition de l'art. 368 al. 1 du c.p.c.

En cas d'application erronée du droit étranger, la requête civile en tant que moyen extraordinaire de recours ne sera pas en principe applicable, car cette institution dans le droit polonais se rapporte aux circon-

stances de fait du jugement ainsi qu'aux irrégularités de procédure. La requête civile peut donc avoir lieu dans l'affaire avec un élément étranger, où le droit étranger a été appliqué, mais non pour des causes liées à l'application erronée du droit étranger.

Il est possible par contre de profiter de l'institution de révision extraordinaire. En son temps, cette question éveillait des doutes dans la littérature socialiste²². L'application erronée du droit étranger enfreint aussi la légalité du pays dans lequel ce droit est appliqué, car le droit étranger est appliqué sur la base de l'ordre du législateur national. Les fondements de la révision extraordinaire exprimés dans l'art. 417 du c.p.c. ne donnent pas lieu à limiter là notion de violation manifeste du droit seulement à la violation du droit polonais. Par conséquent, il faut admettre que l'introduction d'une révision extraordinaire est admissible en cas de violation du droit étranger, dans un délai de 6 mois à partir du moment où la décision est passée en force de chose jugée, si l'effet de l'application du droit étranger peut être apprécié comme une violation manifeste de ce droit.

²² Cf. L. Réczei, *Internationales Privatrecht*, Budapest 1960, p. 355 ; I. Sza -
szy, *International Civil Procedure. A comparative Study*, Budapest 1967, p. 509.