

Cycle de droit européen de la Cour de cassation

LA LIBRE CIRCULATION DE LA FAMILLE EN EUROPE

Le droit européen marque l'année 2007 à la Cour de cassation. L'audience solennelle de rentrée fut consacrée à « l'Europe de la justice », en présence de Franco Frattini, vice-président de la Commission européenne, et le rapport annuel pour l'année 2006, rendu public au mois d'avril 2007, présente pour la première fois une étude unique sur le thème : « La Cour de cassation dans la construction juridique européenne », œuvre collective dont le professeur Denys Simon a assuré l'avant-propos.

Un cycle de conférences entièrement dédié au droit européen se tient jusqu'en décembre sur des thèmes variés du droit communautaire institutionnel ou matériel. L'incidence du principe de libre circulation sur le citoyen européen, notamment, fait l'objet de plusieurs conférences. La première, consacrée à « la libre circulation de la famille », a été donnée le 5 mars 2007, dans la Grand'Chambre de la Cour de cassation, par Alegria Borrás, qui enseigne le droit international privé à l'Université de Barcelone. Cette communication a été introduite par Jean-Pierre Ancel, président de la première chambre civile de la Cour de cassation.

Qui pourrait douter que la famille circule librement en Europe ?

La directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 n'affirme-t-elle pas le droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ?

Le règlement européen du 27 novembre 2003 (dit Bruxelles II bis) ne règle-t-il pas les questions de compétence en matière de responsabilité parentale pour tous les types de famille, légitime ou naturelle, mais encore les questions concernant la protection de l'enfant ?

Le droit européen — qui se constitue — se fonde, essentiellement sur cette notion de libre circulation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice d'une Union européenne en voie de continuelle expansion.

Notre intervenante, Alegria Borrás, professeur de droit international privé à l'Université de Barcelone, va nous parler des règles de droit international privé de la famille de source communautaire, et des solutions adoptées par la création d'un véritable espace européen de justice.

Le sujet est, à vrai dire, immense, et je souhaiterais simplement évoquer — sans empiéter sur le sujet qui va être traité — quelques-unes des difficultés majeures que cette circulation des familles peut provoquer.

Ces difficultés tiennent tout autant à la disparité des législations nationales qu'aux échanges et aux flux des personnes dans l'espace européen. Si la personne a un statut juridique clairement défini par sa loi nationale, la famille, les événements qui la concernent, les bouleversements qui l'affectent, vont souvent susciter une situation de conflit, bien connue des praticiens du droit international privé. Il va donc falloir régler ces conflits, mais en recourant à quelles normes ? Nationales ? Européennes ? La question est des plus délicates.

Plusieurs exemples témoignent de cette difficulté, à propos de la création du lien familial, de son fonctionnement, et de sa dissolution.

I. La création du lien familial dans le cadre européen

L'actualité impose deux sujets : la question du mariage homosexuel et celle de l'adoption.

Sur le mariage homosexuel, l'on sait qu'en l'état actuel trois pays de l'Union l'ont admis : la Belgique, les Pays-Bas et l'Espagne. Dès lors, deux questions vont se poser quant à l'effet, en France, de mariages contractés dans ces pays : l'effet du mariage contracté entre ressortissants des pays permissifs, et l'effet du mariage contracté, dans un pays permissif, par deux Français.

Cette deuxième question peut paraître plus théorique que réelle, dans la mesure où, le mariage relevant du statut personnel et la loi française ne reconnaissant pas le mariage entre personnes du même sexe, un tel mariage aurait peu de chance de pouvoir être célébré dans un pays permissif entre deux personnes de statut personnel prohibitif. Et si d'aventure un tel mariage était réalisé à l'étranger, il risquerait fort d'être déclaré nul en France, par application du statut personnel des intéressés (l'on conçoit difficilement, en l'occurrence, l'application de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public international, qui supposerait acquis que le droit consacré à l'étranger l'a été « régulièrement », alors que la manœuvre s'apparente à une fraude à la loi française normalement applicable à des Français, même en territoire étranger).

Cependant, l'on note que les pays qui reconnaissent le mariage homosexuel ont tendance à permettre un tel mariage entre un ressortissant de leur pays et un étranger, quel que soit son statut personnel. La question de la validité de tels mariages « mixtes » se posera donc nécessairement. Pourra-t-on alors affirmer que ce mariage a été célébré « régulièrement » à l'étranger, pour avoir effet en France ?

Quoi qu'il en soit, il reste la question des effets en France d'un mariage homosexuel contracté à l'étranger entre personnes de statut personnel permissif (1).

(1) V. Marc Mignot, *Libres propos*, in *JCP G.* n° 48 du 30 novembre 2005, act. 652 ; v. H. Fulchiron, *Le mariage à l'heure espagnole*, in *Dr. Famille*, n° 6, juin 2005.

S'agissant expressément d'un mariage, il n'existe pas de raison juridique de dénier à ce mariage la nature de mariage, au même titre que le mariage hétérosexuel français (2).

Dès lors, aux effets du mariage devrait être appliquée, soit la loi nationale commune des époux, soit, en cas de nationalité différente, la loi du domicile commun.

Quant au régime matrimonial, selon la règle de conflit consacrée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux — qui correspond à la règle française de conflit, la loi applicable sera, soit celle désignée par les époux, soit celle du pays de leur première résidence habituelle après le mariage — en fait, la plupart du temps, la loi du pays où le mariage a été célébré.

Pour ce qui est de la dissolution du mariage, c'est l'article 310 du Code civil qui doit s'appliquer, la loi française étant compétente dès lors que les époux sont domiciliés en France, ou si aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence.

Ainsi, les homosexuels valablement mariés dans leur pays (Belgique, Pays-Bas, Espagne) ne devront-ils pas être considérés comme époux en France ? Le refuser ne constituerait-il pas une discrimination prohibée dans l'espace européen ? C'est une question qui va certainement se poser sans tarder.

Du mariage homosexuel peut être rapprochée la question de l'homoparentalité, c'est-à-dire de la création d'un lien parental dans le cadre d'un couple homosexuel. Il s'agit là de la parenté sociologique, qui crée un lien affectif et éducatif de la compagne ou du compagnon homosexuel, avec l'enfant. Les tendances du droit européen conduisent à privilégier d'une part, l'intérêt de l'enfant (son intérêt supérieur, au sens de la Convention de New York sur les droits de l'enfant) et, d'autre part, l'effectivité des relations familiales (3).

C'est ainsi que la Cour de cassation a consacré, par un arrêt du 24 février 2006, le droit, pour la mère naturelle, de déléguer partiellement l'autorité parentale à l'égard de son enfant, à sa compagne, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant — il s'agissait d'une hypothèse où le droit interne, bien que n'ayant pas envisagé la parentalité homosexuelle, ne comportait pas de prohibition à cet égard.

Le cas de l'adoption mérite d'être évoqué, au regard des mêmes principes « européens ».

Dès lors que le mariage homosexuel est reconnu par certains pays, que l'union entre personnes du même sexe, hors mariage, est consacrée par la loi (4), il est prévisible que l'on ne pourra pas longtemps

résister à une évolution qui paraît inéluctable, vers la possibilité d'une adoption dans le cadre de l'homoparentalité, la seule exigence étant le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, ce que l'on a appelé le tourisme procréatif se développe, notamment en Europe, à la faveur des disparités de législations sur les sujets évoqués. Certains États autorisent l'adoption par des concubins hétérosexuels (Espagne, Pays-Bas), d'autres, plus nombreux, admettent l'adoption par des couples de même sexe (Pays-Bas, Suède, Royaume-Uni, Belgique). Devra-t-on refuser tout effet en France à de telles adoptions prononcées « régulièrement » à l'étranger ?

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale ne mentionne pas ce type de situations. Faudra-t-il, dans tous les cas, avoir recours à l'ordre public international pour écarter les effets de ces adoptions ?

Une juridiction française l'a fait, pour une adoption réalisée à l'étranger en faveur d'un couple hétérosexuel non marié (5). Le commentateur pose la question de la pertinence de ce mécanisme dans des cas comme ceux-là, spécialement par référence au droit comparé ; ne conviendrait-il pas — comme le suggèrent Henri Batiffol et Paul Lagarde, de « soumettre à un test de droit comparé les dispositions du droit étranger qui s'éloignent des dispositions du for et de leur opposer l'ordre public lorsqu'elles s'éloignent de manière essentielle d'un standard de droit comparé ». La proposition est séduisante, mais encore faut-il que ce fameux « standard » existe, mais il est vrai que la méthode a l'avantage d'être moins unilatéraliste, voire nationaliste, que le jeu de l'ordre public international dans sa conception traditionnelle.

En réalité, dans ces cas où un droit, obtenu à l'étranger, s'oppose radicalement aux conceptions juridiques du for, ne conviendrait-il pas de rechercher à consolider ces situations jugées illicites, en faisant intervenir l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de la Convention de New York (6).

La même approche pourrait être utilisée à propos des inséminations artificielles illicites réalisées à l'étranger, ou au sujet du difficile problème de la maternité de substitution, réalisée dans un pays permissif (certains États des États-Unis, par exemple).

Ce serait, il est vrai, reconnaître les effets juridiques du tourisme procréatif, mais peut-on empêcher ce phénomène, qui ne fait qu'exprimer le plus profond de la nature humaine ?

Le juge est plus indulgent à l'égard de situations de fait créées à l'étranger, alors que dans l'ordre interne, il se doit d'être plus strict dans l'application de la loi.

C'est ainsi que la Cour de cassation vient de rejeter la possibilité,

[2] C'est le sens d'une réponse ministérielle, n° 41533, publiée au JOAN du 26 juillet 2005, p. 7437.

[3] V. A. Péliissier, *La réception de l'homoparentalité en droit européen*, in *AJ Famille* 2006, p. 406.

[4] C'est le cas de la loi française : article 515-8 du Code civil (loi du 15 novembre 1999) : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

[5] CA Pau, 26 janvier 2004, in *Dr. Famille*, n° 11, novembre 2004, comm. 214, par Michel Farge.

[6] V. La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant, par Guillaume Kessler, in *Dr. Famille*, n° 7, juillet 2005, Étude 16.

pour la compagne de la mère naturelle, d'adopter l'enfant de sa compagne, dès lors que le dispositif légal français conduisait, dans ce cas, à attribuer l'autorité parentale à la seule adoptante, la mère biologique s'en trouvant privée — situation pour le moins paradoxale. Le juge français s'est ici explicitement référé à l'intérêt supérieur de l'enfant de conserver le lien juridique de parenté avec sa mère.

Enfin, pour revenir aux effets d'une adoption internationale, il n'est pas sans intérêt de citer un arrêt de la Cour de cassation, qui reconnaît les effets, en France, d'une adoption internationale réalisée en Roumanie, bien que cette adoption ait été, en Roumanie, révoquée selon la loi locale. Donnant plein effet à la Convention de La Haye du 29 mai 1993, le juge français a décidé que cette révocation, intervenue à l'étranger à la seule demande des adoptants ne pouvait produire d'effets en France « compte tenu de la portée internationale de l'adoption reconnue dans les conditions de la Convention » (7).

II. Le fonctionnement du lien familial dans le cadre européen

Il s'agit ici de l'organisation de la vie familiale, spécialement en cas de séparation des parents.

Le règlement Bruxelles II bis (du 27 novembre 2003) apporte une innovation importante, en ce qui concerne les décisions judiciaires relatives au droit de visite ou au retour immédiat de l'enfant enlevé ; pour ces décisions, le règlement supprime l'exigence d'un exequatur, ce qui, bien entendu, facilite grandement leur exécution.

En ce qui concerne la question des obligations alimentaires, c'est le règlement Bruxelles I (du 22 décembre 2000), qui s'applique quant à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions. Mais également quatre conventions adoptées par la Conférence de La Haye de DIP, qui concernent la loi applicable et l'exécution des décisions. Et nous y retrouvons, pour la détermination de la loi applicable, le critère maintenant généralisé du lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg rappelle avec une belle constance que la rupture entre les parents doit sauvegarder l'intérêt de l'enfant. Le couple parental se doit de survivre au couple conjugal (ou au couple tout court). La Cour s'attache à la sauvegarde, à la fois, de l'intérêt supérieur de l'enfant — qui est de maintenir le lien parental binaire — et de l'effectivité de la vie familiale. Les États parties doivent donc prendre toutes mesures utiles en ce sens ; ce qui est fait par l'attribution conjointe de l'autorité parentale, et la reconnaissance d'un droit de visite au parent chez lequel l'enfant ne réside pas. Il y a, à cet égard, une grande convergence des législa-

tions des États membres de l'Union, ce qui va dans le sens de la libre circulation des membres de la famille en cas de séparation des parents et des enfants (8).

III. La dissolution du lien familial

Les conflits familiaux sont en voie d'internationalisation constante (9). Ainsi se crée un droit européen de la famille, avec des instruments de droit communautaire — telles les Conventions Bruxelles II et Bruxelles II bis — et l'imprégnation permanente de la Convention européenne des droits de l'homme, assortie de l'influence prépondérante de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

En matière de dissolution du mariage, l'objectif est de réunir le contentieux en recherchant le juge naturel des époux.

C'est à cette préoccupation que répondent les règlements Bruxelles II (2000) et Bruxelles II bis (2003), sur la compétence et la reconnaissance des jugements.

Si la question de la reconnaissance des jugements permet d'établir un système de libre circulation des décisions judiciaires dans l'espace européen, la question de la compétence donne lieu, malheureusement, à l'établissement de critères multiples de rattachement, source d'inévitables difficultés (pas moins de sept rattachements possibles : la résidence des époux — habituelle, dernière résidence commune, de l'un ou l'autre époux, du défendeur, et même du demandeur !).

Car il s'agit d'organiser la circulation des personnes et des jugements dans le cadre européen. Et, une fois unifiée la compétence et réglée la question de l'exécution des jugements, il reste l'obstacle de la diversité des règles de conflit de lois applicables au divorce.

Une tentative est en cours, pour l'élaboration d'une règle de conflit de lois communautaire en matière de divorce, sous la forme d'un nouveau règlement (dit Rome III). En effet, l'harmonisation des règles de conflit de lois apparaît comme le complément naturel de l'harmonisation des règles de conflit de juridictions (10).

La question essentielle est celle du critère de rattachement le plus utile pour désigner le droit applicable, afin que soit appliqué celui avec lequel la situation litigieuse présente les liens les plus étroits (on reconnaît ici une nouvelle application du principe de proximité, qui connaît une grande faveur dans la doctrine — et la pratique — récentes du droit international privé).

Deux rattachements peuvent être retenus, ils sont traditionnels : la nationalité commune des époux, ou leur dernière résidence commune. Et pourquoi pas revenir à la jurisprudence française Rivièrre, avec des rattachements alternatifs et hiérarchisés : nationalité commune, à défaut résidence, à défaut, *lex fori* ?

[7] Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2005, Bull. civ. I, n° 210.

[8] V. L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants, par Patrice Hilt, in AJ famille 2004, p. 384.

[9] V. La Convention « Bruxelles II » : du droit judiciaire au droit européen de la famille, par Jacques Raynard, in RTD civ., 1990, p. 1010.

[10] Selon l'expression employée par H. Fulchiron : Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? (À propos du Livre vert de la Commission sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce), in AJ famille 2005, p. 390.

Quoi qu'il en soit — très prochainement, semble-t-il — restera la question de l'intervention éventuelle de l'exception d'ordre public international. Entre pays de l'Union, les occasions seront rares d'opposer l'ordre public — sauf, peut-être, de la part des pays les plus restrictifs (Pologne, Irlande) vis-à-vis de lois plus permissives. Mais il faut songer à l'application de lois extérieures, car la circulation de la famille en Europe ne se limite pas aux familles européennes. Et il se pourrait que le juge européen soit contraint d'opposer l'ordre public international à l'application d'une loi qui heurterait profondément la conception européenne de la famille et de la rupture du lien conjugal.

C'est exactement ce qui s'est passé, en France, à l'égard des répudiations de droit musulman. La Cour de cassation française s'est appuyée sur la Convention européenne des droits de l'homme et son protocole additionnel n° 7 consacrant l'égalité des époux pour refuser de reconnaître les décisions marocaines ou algériennes fondées sur la seule volonté de rupture du mari, en vertu d'une loi inspirée de la charia. Une telle solution a été rendue possible par le

fait que la protection de la Convention européenne doit bénéficier à toute personne se trouvant sur la territoire européen, quel que soit son statut personnel — ce qui ne fait que confirmer la prééminence de la Convention européenne sur tout autre texte susceptible d'être appliqué à la famille en situation de conflit.

La question de la circulation des familles en Europe recouvre — on le voit — des questions diverses et complexes, du fait de la disparité des législations ayant vocation à être appliquées, des difficultés de désignation du juge compétent, et de l'extrême mobilité des personnes. Devant de telles difficultés, l'on se prend à rêver d'une harmonisation radicale, celle du droit international privé, par l'élaboration d'un Code de droit international privé européen (11). Mais, nous n'en sommes pas là.

Jean-Pierre ANCEL

*Président de la première chambre civile
de la Cour de cassation*

(11) Suggérée par H. Fulchiron, préc. note 10.

CIVIL
COMMERCIAL
TRAVAIL
SOCIÉTÉS
FISCAL
FAMILLE
CONSTRUCTION
INTERNATIONAL
BOURSE
CONCURRENCE
PUBLIC
IMMOBILIER
ASSURANCE
MÉDIAS
TRANSPORTS
EUROPE

Découvrez

la 1^{re} Revue transversale en droit des contrats

COMITÉ DE RÉDACTION

Denis MAZEAUD
Directeur scientifique

Thierry REVET
Directeur éditorial

Emmanuelle FILIBERTI
Rédactrice en chef

AU SOMMAIRE

Chroniques

Pratiques

Recherches

Débats

L.G.D.J

Bénéficiez, avec votre abonnement, d'une invitation gratuite au prochain colloque annuel

RENSEIGNEMENTS AU 01 56 54 16 22 - www.revuedescontrats.com