

## Droit international des personnes et de la famille

Quel tribunal est compétent, quelle loi s'applique ?

# Sommaire

<b>Avant-propos</b>	<b>1</b>
<b>Introduction</b>	<b>3</b>
I. Le champ du droit international privé	3
II. Le raisonnement à suivre pour utiliser cette note pratique	3
III. L'application en France des grands principes du droit international privé	4
<b>L'état du droit par thèmes</b>	<b>7</b>
<b>1. Capacité des personnes</b>	<b>8</b>
I. Protection des mineurs	8
II. Âge de la majorité et protection de l'enfance	9
III. Protection des majeurs	10
<b>2. Mariage</b>	<b>11</b>
I. Les règles de validité du mariage	11
II. Le régime matrimonial	14
<b>3. Divorce</b>	<b>17</b>
I. Juridiction compétente	17
II. Loi applicable	19
<b>4. Filiation et autorité parentale</b>	<b>23</b>
I. L'établissement de la filiation	23
II. L'adoption	24
III. Le nom de l'enfant	26
IV. L'autorité parentale	28
V. L'enlèvement international d'enfant	29
<b>5. Obligations alimentaires</b>	<b>32</b>
I. Juridiction compétente	32
II. Loi applicable	32
<b>6. Successions</b>	<b>34</b>
I. Droit communautaire	34
II. Droit commun	34
<b>Les règles d'exécution en France des jugements étrangers : l'exequatur</b>	<b>36</b>
I. Droit communautaire	37
II. Droit commun	38
<b>Lexique</b>	<b>41</b>

# Droit international des personnes et de la famille

Quel tribunal est compétent, quelle loi s'applique ?

## Avant-propos

Cette publication s'adresse aux praticiens du droit ainsi qu'aux particuliers qui, à propos de problèmes de droit privé pouvant concerner aussi bien des Français que des étrangers, se posent ces questions :

- Quelle est la loi qui s'applique dans telle affaire ? Est-ce la loi française ? La loi d'un autre pays ? Et lequel ?
- Quelle juridiction est compétente ? Faut-il s'adresser à un tribunal français ou étranger ? Est-ce que telle décision prise par une juridiction étrangère s'applique sur le sol français ?

On croit trop souvent que la nationalité française, ou la résidence en France, entraînent automatiquement la compétence des juridictions françaises et l'applicabilité de la loi française. Or il n'en est rien. Selon les types de litiges, les ressortissants français et les étrangers qui résident habituellement en France relèvent soit de la loi française (loi de la résidence habituelle), soit de la loi du pays dont ils ont la nationalité (pour les Français ce sera dans ce cas la loi française), soit encore d'une loi tierce.

La question de savoir quelles règles de droit vont s'appliquer se pose dès que, dans une situation nécessitant un traitement juridique, on peut relever la présence d'un élément d'extranéité, c'est-à-dire aussi bien la nationalité étrangère de l'une des personnes concernées qu'un mariage célébré à l'étranger, un divorce prononcé à l'étranger, la résidence à l'étranger de l'une des parties, etc.

La discipline qui permet de répondre à cette question est le droit international privé (on abrège usuellement par « DIP »). C'est le DIP qui détermine les règles qui vont régir le droit des personnes et de la famille et qui va permettre de dire à la loi de quel pays se rattache la situation d'une personne, quel tribunal, quelle juridiction doit être saisi(e), ou quelle est, en France, la valeur, c'est-à-dire l'efficacité juridique d'une décision étrangère.

Selon les cas, le « facteur de rattachement » d'une personne à la loi française ou à une loi étrangère sera ou sa nationalité, ou sa résidence habituelle, ou même le lieu de célébration du mariage, le lieu du premier domicile conjugal, le lieu du dernier domicile du défunt, etc. Un étranger résidant habituellement en France peut ainsi se voir appliquer la loi d'un pays qui n'est ni celui dont il a la nationalité, ni la France. Le DIP permet de savoir quelle loi va s'appliquer, au moyen de règles dites « *règles de conflit de lois* ».

De même, la compétence des tribunaux dépend elle aussi de critères variables : un tribunal français pourra avoir à statuer selon une loi étrangère, tandis que le cas d'un ressortissant français ou celui d'un étranger résidant habituellement en France pourra être du ressort d'un tribunal étranger. Il s'agira alors de savoir si la décision prise par la juridiction étrangère peut être immédiatement exécutée en France ou si elle doit d'abord être entérinée par un tribunal français. Là encore, le DIP tranche au moyen de « *règles de conflit de juridictions* ».

Enfin, la loi qui va s'appliquer n'est pas nécessairement celle du pays où se trouve le tribunal compétent : les juridictions françaises, de même d'ailleurs que les administrations françaises, peuvent être amenées à appliquer des lois étrangères.

Cette note pratique présente ces règles de conflit par thèmes, (minorité/majorité, mariage, droits et obligations des époux, règles d'héritage...) telles que les aborde le droit international privé. Elle ne dispense évidemment pas de consulter les manuels de droit et les sources textuelles, de même que la jurisprudence la plus récente et ses commentaires dans les revues spécialisées. Mais elle expose le mode de raisonnement à adopter pour résoudre un problème concret.

# Introduction

## I. Le champ du droit international privé

Au cours de l'histoire, chaque société, qu'elle soit ou non constituée en Etat, s'est dotée de règles sur le statut des personnes, par exemple selon leur âge, leurs liens de famille, dans certaines sociétés selon leur sexe, leur place dans une fratrie, voire leur rang. De ces statuts découlent des droits et obligations différents. Aujourd'hui, lorsque les droits ou les obligations d'une personne ne sont pas les mêmes selon les règles de deux Etats avec lesquels cette personne a un lien, même indirect, il y a conflit entre deux lois potentiellement applicables, entre lesquelles il faut trancher.

Le droit international privé s'attache à résoudre ces conflits de droit sur de nombreux sujets, que l'on peut classer en trois grands chapitres :

- le statut personnel proprement dit
- les obligations entre les personnes
- le droit patrimonial

1. *La notion de « statut personnel »* recouvre tout ce qui a trait à la situation personnelle, à l'état civil d'une personne : la « capacité » (c'est-à-dire son aptitude juridique, son besoin ou non de protection), le mariage, le divorce et toutes les formes de séparation entre époux, l'établissement de la filiation et les conséquences qui découlent de cette filiation.

2. Le chapitre des *obligations entre les personnes* comprend des obligations qui peuvent être liées à un contrat mais aussi à la responsabilité entre deux personnes non liées entre elles par un contrat (un parent par rapport à son enfant, par exemple).

3. *Le droit patrimonial* concerne tout ce qui a trait aux biens, à leur possession et à leur transmission : les régimes matrimoniaux, les règles de succession...

## II. Le raisonnement à suivre pour utiliser cette *note pratique*

– Les thèmes abordés dans cette note n'épuisent pas l'ensemble des sujets traités par le DIP ; ils ont été sélectionnés parce qu'ils sont ceux sur lesquels les professionnels ou les militants qui conseillent en droit des étrangers sont le plus souvent interrogés.

– Comme il est expliqué plus loin, il n'existe pas en droit international privé français une règle unique par thème permettant de désigner, pour une question précise, la juridiction compétente et la loi applicable, mais plusieurs règles : chaque thème (« le mariage », ou « la filiation ») est donc à son tour subdivisé en sous-catégories et c'est à chaque sous-catégorie que correspond le cas échéant une règle de conflit de juridictions et une règle de conflit de lois.

Pour le thème de la filiation, par exemple, les règles de conflit sont différentes selon qu'il s'agit des sous-catégories suivantes :

- l'établissement de la filiation
- l'adoption
- la transmission du nom
- la dévolution et l'exercice de l'autorité parentale
- l'enlèvement international.

Ainsi, pour un problème pratique donné, il faudra dans un premier temps identifier le thème pertinent, et le cas échéant la sous-catégorie.

– Si la solution varie en fonction du thème et de la sous-catégorie, elle varie aussi en fonction de la sphère géographique intéressée : les personnes concernées sont-elles des citoyens de l'Union Européenne, des ressortissants d'Etats tiers à l'UE ? Est-ce que ces personnes résident habituellement dans l'un des pays de l'Union, ou seulement certaines d'entre elles ?

Dans un second temps, il faudra identifier la zone géographique intéressée.

Pour un thème ou pour une sous-catégorie donnés, selon la réponse à ces questions sur la ou les zone(s) géographique(s) intéressée(s) – intra ou extra-communautaire –, on trouve la règle de conflit de juridictions et la règle de conflit de lois applicables.

### III. L'application en France des grands principes du droit international privé

– L'application de la loi étrangère en France est maintenant obligatoire en matière de droit des personnes et de la famille.

La jurisprudence a peu à peu évolué en France, prenant en compte de plus en plus fréquemment le droit étranger dans le domaine du droit des personnes et de la famille, jusqu'à une décision de la Cour de cassation qui rend cette prise en compte obligatoire.

Il s'agit d'un arrêt en date du 28 juin 2005, par lequel la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation considère qu'« *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* » (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, pourvoi n° 02-14686, *Recueil Dalloz* 2005 n° 28 page 1882).

Reste que, contrairement à d'autres Etats, la France n'a pas encore codifié son droit international privé, c'est-à-dire qu'il n'existe pas à l'heure actuelle en France un Code unique rassemblant toutes les règles de droit international privé.

La difficulté majeure du droit international privé français réside ainsi dans la variété de ses sources :

- le Code civil,

- le nouveau Code de procédure civile,
- la jurisprudence (pour partie organisée et commentée sous l'article 3 du Code civil),
- les règlements communautaires (c'est-à-dire de l'Union européenne),
- les conventions internationales de La Haye,
- les conventions bilatérales...

C'est pourquoi nous nous sommes efforcés ici d'exposer avec la plus grande clarté possible les sources des normes en vigueur.

Remarque : Il est impératif de vérifier, dans chaque cas, s'il existe une convention bilatérale en vigueur, applicable en matière de divorce, d'état des personnes, d'autorité parentale... Les conventions bilatérales sont toutes recensées et exploitables sur la Base Pacte accessible depuis le site [www.diplomatie.gouv.fr/pacte](http://www.diplomatie.gouv.fr/pacte)  
Les conventions de La Haye sont disponibles sur le site [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

– Pour chaque sous-catégorie, sont présentés le droit communautaire et le droit commun.

## A. Les situations où intervient le droit communautaire

Si les protagonistes d'une situation sont citoyens européens, ou ont leur résidence habituelle respective dans un Etat-membre de l'Union européenne, ou si le défendeur au moins a sa résidence habituelle dans l'un des Etats de l'UE, ce sont les règlements européens, lorsqu'il en existe sur le sujet du litige, qui vont permettre de déterminer quelle juridiction est compétente (par exemple, dans le cas du divorce d'un couple franco-allemand, ou d'un litige à propos de l'autorité parentale sur un enfant né d'un couple franco-britannique).

Sauf convention bilatérale spéciale, les règlements communautaires en matière de compétence juridictionnelle s'appliquent aux étrangers ressortissants d'Etats-tiers qui résident habituellement dans l'Union européenne.

## B. Les situations régies par les règles de droit commun

L'ensemble des autres situations relèvent de règles qui résultent :

- d'une convention bilatérale (par exemple, pour le cas d'enlèvement d'un enfant issu d'un couple franco-algérien) ;
- à défaut, d'une convention internationale de La Haye (par exemple, en matière d'obligations alimentaires) ;
- à défaut, d'une loi française (par exemple, divorce, établissement de la filiation) ;
- à défaut, de la jurisprudence (par exemple, successions, transmission du nom...).

Cinq mécanismes décident en outre de l'application ou non d'une loi étrangère et de l'éventuelle compétence d'une juridiction étrangère.

Ils sont présentés ici afin d'explicitier le mode de raisonnement à adopter pour résoudre un problème pratique de droit international privé. On reviendra sur ces mécanismes, le cas échéant, lorsqu'ils interviennent à propos des thèmes abordés.

1. l'exception d'ordre public : elle peut être soulevée par l'une des parties au litige (l'une des personnes concernées, ou plutôt son avocat), lorsque le contenu de la loi étrangère déclarée applicable est contraire à la conception française de l'ordre public international. C'est la loi française qui s'appliquera alors, au lieu de la loi étrangère normalement applicable selon la règle de conflit. Les principes d'ordre public international seront évoqués dans cette note au cas par cas ;
2. les lois de police : ce sont des lois françaises impératives qui font échec à l'application des règles de conflit de lois du droit international privé. En effet, selon l'article 3 du Code civil, « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* [français] ». Contrairement à l'exception d'ordre public, ce mécanisme intervient en amont de la question de savoir quelle loi, française ou étrangère, aurait été applicable en vertu de la règle de conflit ; si la situation relève d'une des lois de police françaises, c'est cette loi qui s'appliquera.
3. l'exequatur : il s'agit d'une action portée devant le juge pour faire reconnaître un jugement étranger en vue de son exécution. Elle est soumise à des conditions particulières et fait l'objet de conventions internationales et bilatérales spécifiques, chaque pays ayant ses propres règles en matière d'exequatur. Les règles d'exécution des décisions de justice en France sont présentées dans le dernier chapitre de cette note pratique.
4. l'exception de litispendance : cet argument de procédure peut être soulevé par l'une des parties (en général le défendeur) devant une juridiction française lorsqu'une juridiction étrangère du même degré (tribunal de première instance ou cour d'appel) est déjà saisie du même litige : le tribunal français doit en principe se dessaisir au profit de la juridiction étrangère qui a été saisie en premier (cf. en droit français, l'article 100 du NCPC).

Exemple de rejet de l'exception de litispendance : un époux étranger saisit une juridiction étrangère pour demander un divorce ou une répudiation. L'épouse, avertie de cette procédure à l'étranger, peut saisir à son tour un tribunal français d'une demande en divorce. Si elle démontre que le jugement étranger obtenu par son époux ne sera pas susceptible d'être reconnu par les juridictions françaises (dans le cadre d'une procédure d'exequatur), même si l'époux soulève l'exception de litispendance, celle-ci sera rejetée, et le tribunal français statuera sur le divorce (voir par exemple Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999, pourvoi n° 97-13406).

5. le renvoi : le droit international privé des différents Etats n'adopte pas nécessairement les mêmes règles de rattachement pour une catégorie donnée. Il peut donc arriver que la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois française ne se reconnaisse pas applicable. La pratique habituelle en France consiste alors à appliquer la loi française si c'est la loi désignée par la règle de conflit étrangère (d'où le terme de « renvoi ») et, si la règle de conflit étrangère désigne une loi tierce (d'un troisième Etat), sera appliquée la loi étrangère initialement désignée par la règle de conflit de lois française.



# L'état du droit par thèmes

1. Capacité des personnes	8
2. Mariage	11
3. Divorce	17
4. Filiation et autorité parentale	23
5. Obligations alimentaires	32
6. Successions	34

## Rappel

Pour chaque thème traité et parfois pour chaque sous-catégorie, sont présentés :

> les règles qui fixent la juridiction compétente

– en droit communautaire

– selon le droit commun

> les règles qui fixent la loi applicable

– en droit communautaire

– selon le droit commun

# 1. Capacité des personnes

Définition : La notion de capacité recouvre l'aptitude juridique des personnes à contracter ou conclure des actes. En droit, on parle d'incapacité à propos des personnes qui n'ont pas cette aptitude : les mineurs, d'une part, et d'autre part les personnes reconnues psychiquement malades ou bien ne pouvant seules prendre soin d'elles et de leurs intérêts, dites « *incapables majeurs* », et donc placées sous tutelle ou curatelle.

La question de la capacité d'une personne peut se poser à l'occasion d'un litige relatif à la nullité d'un contrat, à la nullité du mariage ou pour décider du besoin de protection d'un mineur ou d'un majeur.

La question de la capacité sera tranchée par la juridiction qui aura à statuer sur le litige « principal » (c'est-à-dire sur la nullité d'un contrat, d'un mariage, etc.).

C'est la loi de la nationalité de l'individu qui détermine sa capacité, et plus précisément :

- les causes de l'incapacité (minorité, prodigalité, démence...);
- la nécessité ou non de l'intervention d'une autorité ;
- les actes qu'il est interdit à l'incapable d'accomplir seul ou qu'il peut accomplir avec l'assistance d'un tiers ;
- les sanctions de l'interdiction (nullité relative ou absolue, réduction de l'engagement...).

« *Les lois sur l'état et la capacité sont attachées aux personnes ; non seulement elles les régissent dans le pays de leur nationalité, mais encore elles les suivent en dehors de ce pays* » (pour la détermination de l'âge de la majorité : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 1990, Bull. n° 137).

On ne tient pas rigueur à une personne qui, de bonne foi, conclut un contrat avec une autre personne incapable selon sa loi nationale sans savoir que cette personne étrangère était en état d'incapacité. Dans ce cas, le contrat n'est pas nul.

Voir par exemple (Cass. Req. 16 janvier 1861), le cas d'un contrat conclu entre un Français et un Mexicain âgé de 22 ans et donc mineur selon sa loi nationale (l'âge de la majorité était de 25 ans au Mexique à l'époque).

La théorie dite « de l'apparence » est également appliquée lorsque le litige implique une femme mariée ayant conclu un contrat sans l'autorisation de son époux, alors que cette autorisation était requise par la loi étrangère applicable (Voir *Droit international privé*, Pierre Mayer et Vincent Heuzé, n° 525).

## I. Protection des mineurs<sup>[1]</sup>

La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 entrée en vigueur en France en 1972 concerne la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Cette convention ne distingue pas la juridiction compétente de la loi applicable, contrairement à l'habitude en droit international privé.

[1] Sur ce chapitre de la protection des mineurs, voir aussi le cahier juridique publié par le Gisti : « la protection des enfants étrangers »

La Convention de La Haye d'octobre 1961 s'applique ainsi en France à tous les mineurs qui résident habituellement en France et qui sont mineurs au regard tant de leur loi nationale que de la loi française de leur résidence habituelle.

– Lorsqu'un rapport d'autorité résulte de plein droit de la loi nationale du mineur (par exemple : autorité parentale des parents sur leur enfant), ce sont les autorités de l'Etat dont le mineur a la nationalité qui sont compétentes pour prendre des mesures de protection (sauf en cas d'urgence ou danger sérieux, voir ci-dessous).

– Lorsqu'en revanche aucun rapport d'autorité ne résulte de plein droit de la loi nationale du mineur, ou bien en cas d'urgence ou de danger sérieux sur la personne ou les biens du mineur, ce sont les autorités de l'Etat dans lequel le mineur a sa résidence habituelle qui sont compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens du mineur.

On peut noter que la Cour de cassation avait adopté dès 1964 le critère de la résidence habituelle en admettant le pouvoir d'intervention du Juge des enfants pour protéger tout mineur résidant en France, quelle que soit sa nationalité et celle de ses parents (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1964).

La Convention institue une coopération entre les autorités judiciaires et étatiques de l'Etat dont le mineur a la nationalité et de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle afin d'assurer la continuité du régime de protection applicable au mineur.

## II. Âge de la majorité et protection de l'enfance

La question des règles de détermination de la majorité – loi française de la résidence habituelle ou loi étrangère de la nationalité – est centrale puisqu'elle ouvre ou non le droit à la protection de l'enfance (articles 375 et suivants du Code civil).

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris de mai 2000 reflète la position actuelle, selon laquelle...

Les lois françaises de protection de l'enfance sont applicables à tous les mineurs de dix-huit ans, quelle que soit leur nationalité.

La Cour (Cour d'appel de Paris, 16 mai 2000, chambre 24 section B, RG n° 99/16403) a ainsi exclu du bénéfice de la protection due aux mineurs un jeune étranger, mineur selon la loi de son pays mais majeur pour la loi française : « *les dispositions relatives à l'enfance en danger sont des lois de police et de sûreté destinées à protéger une catégorie de citoyens. Par application de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, ces dispositions s'imposent sur le territoire français à tous les mineurs de moins de dix-huit ans, quelle que soit leur nationalité. L'âge de majorité est fixé par la loi personnelle et selon la loi rwandaise, la majorité est acquise à vingt et un ans. Dès lors l'appelant âgé de dix-neuf ans, majeur au regard de la loi française, ne peut bénéficier des mesures de protection des mineurs sur le territoire français* ». Dans cette décision, les juges ont en effet estimé qu'il fallait « *éviter, dans un souci de cohésion sociale, que des enfants ou des adolescents se voient appliquer des mesures différentes en raison de leur nationalité* ».

Cet arrêt est un exemple de mise en œuvre du mécanisme d'application des lois de police. L'assistance éducative est d'ailleurs considérée comme une loi de police par la Cour de la Haye elle-même (décision du 28 novembre 1958) : « *en raison de la nécessité de protéger la société contre les dangers de la mauvaise éducation, de l'hygiène défectueuse ou de la perversion morale de la jeunesse* », elle s'impose à tous les mineurs en danger, que le pays dont ils ont la nationalité connaisse ou non un tel régime de protection.

### III. Protection des majeurs

La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, qui a été signée par la France en 2001, n'a pas été ratifiée, et elle n'est encore entrée en vigueur dans aucun Etat.

Pour les majeurs, c'est en principe la loi de leur nationalité qui s'applique.

Un exemple récent rappelle ce principe de l'applicabilité de la loi de la nationalité du majeur : il s'agissait de la mise sous tutelle d'un ressortissant canadien. La loi canadienne normalement applicable retenait l'application de la loi du pays de la résidence habituelle, en l'espèce la France. Le juge français a donc mis en oeuvre le mécanisme du renvoi et a appliqué la loi française désignée par la loi canadienne (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 septembre 2005, pourvoi n° 04-10217 – voir commentaire de l'arrêt *Recueil Dalloz* 2006 n° 25 pages 1726 et suivantes).

Un étranger majeur qui réside habituellement en France peut faire l'objet d'une mesure de protection.

Le juge français appliquera la loi nationale du majeur incapable étranger et y apportera le cas échéant quelques adaptations en cas d'intervention d'un organe de protection (juridiction étatique ou administration).

Par exemple, le juge français peut présider un conseil de famille, nommer ou révoquer un tuteur selon la loi étrangère (Req., 25 avril 1939 ; Civ. 19 mai 1958, *Rev. Crit. du Droit international privé* 1958.700) ; de même, des juridictions françaises ont dû substituer à l'organisation musulmane comprenant le *cadi*, tuteur, et le *mokhadem*, agent exécutif du *cadi*, l'organisation française composée du juge, du conseil de famille et du tuteur.

## 2. Mariage

### I. Les règles de validité du mariage

#### A. Juridiction compétente

##### Droit communautaire

Ce sont les dispositions de l'article 3 du Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (dit Règlement « Bruxelles II bis ») qui déterminent la juridiction compétente pour statuer sur la validité du mariage des personnes qui relèvent du droit communautaire (cf. lexique). Ces dispositions sont étudiées plus loin, à propos du divorce, puisque les règles de conflit de juridictions sont les mêmes en matière de validité/nullité du mariage et de divorce.

#### B. Loi applicable

##### 1. Droit communautaire

Il n'existe pas de règlement communautaire contenant des règles de conflit de lois concernant la validité du mariage. C'est donc le droit commun du droit international privé français qui s'applique.

##### 2. Droit commun

Le droit international privé français distingue les conditions de fond et les conditions de forme du mariage. Il y a donc deux règles de conflit de lois.

« La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français », a dit la Cour de cassation en 1955 (arrêt Caraslanis : Civ 1<sup>ère</sup>, 22 juin 1955, *Revue Critique du Droit international privé* 1955, p. 723)

###### a. Conditions de fond

Les conditions de fond de la validité d'un mariage tiennent à :

- la capacité des futurs époux (TGI Paris, 15 mars 1972)
- leur consentement (CA Paris, 7 juin 1973)
- leur comparution personnelle (article 146-1 Code civil)

La règle est simple lorsque les deux époux sont de même nationalité. La Cour de cassation juge que « les conditions de validité au fond du mariage sont déterminées par la loi personnelle des époux », [c'est-à-dire la loi de leur nationalité] (Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1956 ; CA Paris, 14 janvier 1994).

Lorsque les futurs époux sont de nationalités différentes, en revanche, les règles « *s'apprécient distributivement selon la loi nationale de chacun des époux* » (CA Paris, 9 juin 1995 et 14 juin 1995). La validité de leur union au titre des conditions de fond de validité de leur mariage s'appréciera alors pour chacun au regard de la loi de sa propre nationalité.

Deux étrangers peuvent donc se marier en France en se prévalant de leur loi nationale respective, dès lors qu'ils apportent la preuve du contenu de ces lois : l'Officier d'état civil français, pour connaître la loi étrangère, exige un certificat de coutume (cf. lexicque), ou un certificat de capacité matrimoniale.

Ainsi, même si la loi française du 4 avril 2006 a fixé l'âge légal du mariage pour l'homme comme pour la femme à 18 ans (art. 144 du C. civ), si une étrangère âgée de 17 ans rapporte la preuve que selon sa loi nationale, elle peut se marier (soit parce qu'elle est majeure selon la loi étrangère, soit parce que le consentement des parents d'une mineure est requis), alors l'Officier d'état civil français devra célébrer le mariage, une fois vérifié que les conditions posées par la loi étrangère sont remplies.

#### > Nouveauté : L'audition préalable commune

Dans leur rédaction actuelle issue des lois des 4 avril et 14 novembre 2006, les articles 63 et 171-3 du Code civil introduisent une nouvelle condition de validité des mariages, qu'ils soient célébrés en France ou à l'étranger, c'est-à-dire par les autorités locales étrangères ou par les autorités consulaires françaises : les (futurs) époux, « *sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire* », doivent être reçus pour une audition commune, soit lors de la demande de publication des bans, soit lors de la délivrance du certificat de mariage, soit en cas de demande de transcription du mariage par le ressortissant français.

#### > Quelques exemples de raisonnement juridique à propos des conditions de fond de la validité des mariages en droit international privé français :

– Un mariage célébré à l'étranger en l'absence de l'un des époux est nul, si ce dernier possède la nationalité française (art. 146-1 C. civ). En effet, la présence d'un Français à son mariage contracté à l'étranger constitue une condition de fond du mariage régie par sa loi nationale. A noter cependant que la Cour de cassation a récemment (Cass. Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-10072) approuvé la Cour d'appel qui avait retenu qu'un époux possédant les nationalités algérienne et française a pu croire que son mariage célébré par procuration en Algérie était valable, ce mode d'expression du consentement au mariage étant admis par la loi algérienne.

– Si la loi nationale de l'un des futurs époux interdit les unions incestueuses, ou la bigamie, l'interdiction s'impose aux deux futurs époux même si cet interdit n'existe pas dans la loi nationale de l'autre futur époux. (Explication « technique » : l'interdiction de l'inceste ou de la bigamie, étant liée à un principe d'ordre public, l'emporte sur le principe d'application distributive de la loi de chacun des époux : les cas d'empêchement au mariage prévus dans des lois nationales différentes sont ainsi respectés).

– Si la loi étrangère contrevient à un principe de l'ordre public international français (loi autorisant le mariage entre alliés, ou la polygamie, ou n'exigeant pas le consentement personnel des deux futurs époux...), le maire refusera de célébrer le mariage (par exemple s'il s'agit d'une union incestueuse au regard du droit français, ou si l'un des futurs époux est déjà marié) ou substituera la loi française à la loi étrangère (en exigeant par exemple que les deux époux consentent personnellement au mariage). En cas de difficulté, l'Officier d'état civil doit saisir le Procureur de la République.

– Si la loi nationale (étrangère) de l'un des époux interdit le mariage entre époux de religions différentes, cette prohibition, qui est contraire à l'ordre public international français (lequel ne s'intéresse qu'au mariage civil et pas au mariage religieux), ne peut être prise en compte par un Officier d'état civil français (Cour d'appel de Paris, 9 juin 1995, *Recueil Dalloz* 1996, sommaire 171, observations Audit).

#### > Quelques précisions sur divers types d'union :

*Les unions polygames* : La monogamie est d'ordre public en France. Cela signifie que même si la loi nationale de chacun des époux autorise la polygamie, l'Officier d'état civil français ne pourra pas célébrer le mariage d'une personne déjà mariée : « si certains effets peuvent être reconnus en France lorsque le statut personnel polygamique est commun aux deux, la conception française de l'ordre public s'oppose à ce qu'un étranger marié contracte en France un nouveau mariage avant la dissolution du premier, même si cette union est conforme à son statut personnel » (TGI de Paris, 28 avril 1968, Clunet).

*Les mariages d'homosexuels* : Si un mariage entre deux personnes du même sexe, dont l'un des deux au moins est de nationalité française, a été célébré à l'étranger, il ne pourra pas donner lieu à transcription à l'état civil français. Cependant, dans certains cas, les effets de l'union pourront être pris en compte par le droit français.

*Les unions civiles* : Lorsque la loi de la nationalité de deux étrangers prévoit un régime d'union civile, c'est-à-dire un régime d'union différent d'un mariage, comme le PaCS en France, cette union produira en France les effets du PaCS.

#### b. Conditions de forme

La validité formelle d'un mariage s'apprécie au regard de la loi du lieu de célébration du mariage : « *La règle de conflit française désigne la loi du lieu de célébration pour régir les conditions de forme du mariage* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1982 et 21 juillet 1987, Bull. n° 240).

La qualité de celui qui célèbre le mariage, le nombre de témoins, la publicité de l'union, les justificatifs à fournir sont des conditions de forme.

Le caractère laïc ou religieux du mariage a également été classé parmi les conditions de forme, selon plusieurs décisions (Civ., 22 juin 1955 ; CA Paris, 23 février 1996).

Il peut arriver que la loi nationale de l'étranger qui se marie en France pose une condition de fond au mariage qui selon le droit français n'est qu'une condition de forme du mariage. Dans cette hypothèse, le mariage est célébré selon la loi fran-

çaise, loi du lieu de célébration du mariage. On a vu que les futurs époux doivent en principe produire un certificat de coutume de façon à vérifier que la célébration du mariage ne heurte pas leur statut personnel. L'Officier d'état civil français les informera du risque de nullité du mariage dans le pays de leur nationalité (et au moins du risque de non-transcription du mariage à l'état civil du ou des pays dont ils ont la nationalité) : ce mariage en effet, bien que conforme aux règles françaises, peut ne pas l'être au regard de leurs lois nationales respectives.

Enfin, il convient de souligner qu'en cas d'annulation du mariage pour non-respect d'une condition de forme ou de fond, c'est « *la loi qui annule le mariage [qui] règle les conséquences de la nullité* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1998, Bull. n° 250), notamment les conséquences sur la filiation, légitime ou naturelle, des enfants issus de l'union.

## II. Le régime matrimonial

En vertu des lois de police, les époux étrangers qui résident en France, à l'instar des époux français, ont des droits égaux.

Quel que soit le régime matrimonial d'un couple (communauté de biens, séparation de biens ou tout autre régime), tous les couples résidant en France doivent respecter les dispositions des articles 212 à 226 du Code civil. La Cour de cassation a en effet érigé ce socle de dispositions en lois de police : « *Les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux énoncées aux articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1987, Bull. n° 265). C'est par exemple le cas des devoirs de secours et d'assistance, et de l'obligation de pourvoir à l'éducation des enfants. C'est surtout le cas de l'égalité contractuelle de chacun des époux, de la liberté d'exercer une profession, de percevoir ses gains et salaires, ou encore du droit au compte bancaire personnel. Ces principes (qui ont été reconnus en France en 1965) méritent d'autant plus d'être soulignés que les étrangers concernés peuvent être originaires de pays où le statut personnel repose sur la prédominance juridique du « chef de famille » : du seul fait de leur résidence en France, ils jouissent de l'égalité de droits inscrite dans le Code civil français.

### A. Les règles applicables au choix du régime matrimonial

S'agissant du choix ou de l'application par défaut d'un régime matrimonial, c'est la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, conclue le 14 mars 1978 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992, qui constitue les règles du droit international privé français.

– En premier lieu, la Convention prévoit que les futurs époux peuvent, avant leur mariage, choisir la loi de l'Etat qui régira leur régime matrimonial. Ce choix est toutefois restreint ; il se limite à six lois (au maximum) : celle de la nationalité de l'un des époux (2 lois si les époux sont de nationalité différente), celle de l'Etat où l'un des époux possède sa résidence habituelle (2 lois si les futurs époux résidaient chacun dans un pays différent), enfin celle de l'Etat où l'un des époux résidera à titre habituel après le mariage (2 lois si les époux résident dans deux pays différents, notamment pour des raisons professionnelles).



– En second lieu, la Convention prévoit, à défaut de choix des époux, que la loi applicable à leur régime matrimonial est la loi de l'Etat où les époux établiront leur premier domicile conjugal immédiatement après le mariage. S'ils choisissent la France, ce sera donc le régime de la communauté légale – régime de la communauté réduite aux acquêts (articles 1400 et suivants du Code civil).

– En dernier lieu, la Convention prévoit que les époux pourront choisir une nouvelle loi applicable à leur régime matrimonial au cours de leur union, soit la loi de la nationalité de l'un des époux, soit la loi de l'Etat dans lequel l'un des époux possède sa nouvelle résidence habituelle.

Exemple récent concernant le régime matrimonial applicable par défaut (Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, pourvoi n° 02-18297) : les époux se sont mariés sans contrat en Algérie selon le rite malékite devant le Cadi ; le mariage a été transcrit à l'état civil ; ils sont restés plus de huit ans en Algérie où ils ont fixé leur premier domicile conjugal ; ils y ont vécu jusqu'en 1962, date à laquelle ils se sont installés en France en optant pour la nationalité française. La Cour a jugé que le régime matrimonial applicable était celui du droit local, en l'occurrence la séparation de biens.

## B. Les textes

### > Les dispositions les plus importantes de la *Convention de La Haye* du 14 mars 1978

#### Article 3

*« Le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.*

*Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :*

- 1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;*
- 2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;*
- 3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.*

*La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.*

*Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation. »*

#### Article 4

*« Si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.*

*Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux :*

1. lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet Etat et que son effet n'est pas exclu par l'alinéa 2 de cet article ;
2. lorsque cet Etat n'est pas Partie à la Convention, que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage :
  - a) dans un Etat ayant fait la déclaration prévue par l'article 5, ou
  - b) dans un Etat qui n'est pas Partie à la Convention et dont le droit international privé prescrit également l'application de leur loi nationale ;
3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage.

*A défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même Etat et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits. »*

#### Article 6

*« Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.*

*Les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :*

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

*La loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens.*

*Toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents ou par l'article 3, ils peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation. »*

### > Transposition en droit français de la Convention de La Haye

#### Article 1397-2 du Code civil

*« Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4 du Code civil ».*

A noter, pour conclure : la Commission européenne a ouvert le 17 juillet 2006 une consultation publique, sous forme d'un livre vert, sur les règles de conflit de lois, la compétence et la reconnaissance en matière de régimes matrimoniaux. Une proposition de règlement devrait voir le jour dans les prochains mois ou les prochaines années.

## 3. Divorce

### I. Juridiction compétente

#### A. Droit communautaire

Ce sont les règles posées par le Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005 (et qui a abrogé le règlement CE n° 1347/2000), règlement dit « Bruxelles II bis », qui déterminent la juridiction compétente en matière de divorce, de séparation de corps et de validité / annulation du mariage.

Sont compétentes les juridictions de l'Etat dont les deux époux possèdent la nationalité (dans l'hypothèse d'époux de même nationalité) ou de l'Etat dans lequel résident habituellement les époux.

Il est précisé que l'époux qui a la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne ou qui, sans être ressortissant communautaire, possède sa résidence habituelle dans un Etat membre, ne peut être « attiré », c'est-à-dire assigné à comparaître, devant les juridictions d'un autre Etat membre qu'en vertu des dispositions des articles 3, 4 et 5 de la convention.

> Les dispositions les plus importantes du Règlement n° 2201/2003 :

#### Article 3

##### *«Compétence générale*

1. *Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'Etat membre :*

a) *sur le territoire duquel se trouve :*

- la résidence habituelle des époux, ou*
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou*
- la résidence habituelle du défendeur, ou*
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou*
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou*
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'Etat membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile" ;*

b) *de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun. »*

#### Article 6

*« Caractère exclusif des compétences définies [dans les autres articles de la convention]*

*Un époux qui :*

*a) a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre,*

*ou*

*b) est ressortissant d'un Etat membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, a son "domicile" sur le territoire de l'un de ces Etats membres, ne peut être attiré devant les juridictions d'un autre Etat membre qu'en vertu des articles 3, 4 et 5. »*

Exemples de décisions sur la compétence des juridictions françaises dans des affaires de divorce :

– Un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 2005, pourvoi n° 02-20409 - commentaire au Recueil Dalloz 2005 n° 22 pages 1459 et suivantes) reconnaît la compétence d'une juridiction française pour prononcer le divorce de deux époux français ayant leur résidence habituelle en Islande (Etat ne faisant pas partie de l'Union Européenne).

– Par un arrêt (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2006, pourvoi n° 04-11088, Dalloz 2007 pages 780 et suivantes), la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de s'être déclarée compétente pour statuer sur la demande en divorce formée par une épouse. Les deux époux étaient tous deux de nationalité française. L'époux, qui avait saisi une juridiction ivoirienne, faisait valoir qu'il avait la double nationalité franco-ivoirienne, que le mariage avait été célébré en Côte d'Ivoire et que les époux y avaient eu leur domicile commun jusqu'à leur séparation.

Consciente de la complexité de la mise en oeuvre du Règlement, la Commission européenne a élaboré un guide pratique de questions/réponses et de schémas disponible à l'adresse [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/ejn/parental\\_resp/parental\\_resp\\_ec\\_vdm\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_fr.pdf)

## **B. Droit commun**

Lorsque le droit communautaire ne s'applique pas, la règle de conflit de juridictions est posée par l'article 1070 du Nouveau Code de Procédure Civile :

*« Le juge aux affaires familiales territorialement compétent est :*

*– le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;*

*– si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;*

*– dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.*

*En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.*

*Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs.*

*La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée ».*

L'article 228 du Code civil précise que le Juge aux affaires familiales est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause (divorce par consentement mutuel, divorce pour faute, etc.), pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement.

Exemple de compétence du juge français : dans une affaire concernant des époux de nationalité algérienne mais ayant leur domicile commun en France, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de s'être déclarée incompétente au profit des juridictions algériennes au motif que les époux avaient tous deux la nationalité algérienne, ce qui créait un lien caractérisé avec l'Algérie (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-16705, Dalloz 2007 pages 780 et suivantes). La résidence commune des époux en France aurait dû entraîner la compétence du juge français.

Cas particulier : La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, entrée en vigueur le 13 mai 1983, prévoit que la juridiction compétente pour prononcer le divorce est la juridiction de l'Etat dont les époux ont la nationalité et, lorsque les époux ne sont pas de même nationalité, la juridiction de l'Etat où les époux ont établi leur (dernier) domicile commun (article 11).

## II. Loi applicable

### A. Droit communautaire

Il n'existe pas pour le moment de règlement communautaire contenant des règles de conflit de lois concernant le divorce.

Toutefois, le 19 avril 2007, les ministres de la Justice des Etats-membres de l'Union Européenne se sont mis d'accord sur les grands principes qui serviront de base à la poursuite des discussions relatives à un règlement sur la compétence judiciaire et la loi applicable en matière matrimoniale (« Rome III »).

### B. Droit commun

La règle de conflit de lois en matière de divorce figure à l'article 309 du Code civil (nouvelle numérotation issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006) :

« *Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :*

- *lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;*
- *lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;*
- *lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».*

Remarque : En cas de double nationalité (française et étrangère) d'un époux, les tribunaux français feront prévaloir la nationalité française.

Ces dispositions ont été « bilatéralisées », ce qui signifie que lorsque deux époux étrangers résidant en France ont la même nationalité, c'est en principe leur loi nationale commune qui s'applique en matière de divorce, même lorsqu'ils vivent tous les deux en France, et ce afin de faciliter la reconnaissance de ce divorce (exequatur) dans le pays dont ils ont la nationalité.

Cependant, la loi nationale des époux ne sera appliquée que si le droit international privé de l'Etat dont les époux sont les ressortissants la reconnaît applicable (cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1983, *Clunet* 1984 p. 329 et Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1986, *Revue Critique de Droit international privé* 1987, p.103). Il est possible en effet que cet Etat étranger considère que doit s'appliquer au divorce de ses ressortissants la loi de l'Etat dans lequel les époux ont fixé leur résidence habituelle. Si cet Etat de résidence habituelle des époux est la France, le juge français ne pourra pas appliquer la loi étrangère « contre son gré » ; il appliquera donc la loi française (Voir le mécanisme du « renvoi » exposé en introduction).

Il convient de préciser que le ou les époux étranger(s) ne soulève(nt) pas toujours l'application de la loi étrangère et sollicite(nt) fréquemment le prononcé du divorce par application de la loi française. Dans ce cas, il arrive que le Tribunal applique le droit français, par commodité ou par méconnaissance des règles du droit international privé français. La Cour de cassation rappelle cependant régulièrement aux magistrats français qu'ils sont en principe tenus d'appliquer le droit étranger, lorsqu'il est désigné par la règle de conflit de lois.

Cette pratique consistant à appliquer d'office la loi française est susceptible de poser problème lorsque les époux étrangers feront transcrire le divorce à l'état civil du pays dont ils ont la nationalité ou lorsqu'ils solliciteront la reconnaissance (exequatur) du jugement de divorce dans le pays dont ils ont la nationalité. En effet, le juge étranger peut refuser d'accorder l'exequatur au jugement français au motif que le divorce d'époux étrangers de même nationalité aurait dû, selon la loi étrangère, relever de leur loi nationale étrangère commune. Dans ce cas de refus d'exequatur (ou de refus de transcription à l'état civil), les époux seront toujours considérés comme mariés dans le pays dont ils ont la nationalité.

C'est la loi appliquée au divorce, et non la *Convention de La Haye* sur les obligations alimentaires, qui régit les conséquences pécuniaires (prestation compensatoire, pension alimentaire...) du divorce : la Cour de cassation juge ainsi qu' « *il résulte de l'article 8 de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 que la loi appliquée au divorce régit les conséquences pécuniaires de la rupture du mariage* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juillet 1992 et 7 novembre 1995, Bull. n° 391).

> Le traitement de cas particuliers : les conflits entre droit français et droit d'inspiration musulmane en vigueur dans certains Etats en matière de divorce.

– La jurisprudence de la Cour de cassation est abondante sur les « *répudiations* », c'est-à-dire les divorces prononcés de façon unilatérale, tels qu'ils sont parfois pratiqués dans des pays de droit musulman. Les répudiations sont contraires à la conception française de l'ordre public international. Lorsqu'ils sont appelés à prononcer le divorce, les juges français peuvent soit écarter la loi étrangère applicable selon la règle de conflit et appliquer la loi française, soit refuser de reconnaître un juge-

ment étranger de divorce (dans le cadre de la procédure d'exequatur) lorsque ses dispositions sont estimées contraires à l'ordre public international français.

Un certain nombre de points, à la fois sur la procédure et sur le fond, ont été reconnus d'ordre public :

- la présence ou la représentation (par avocat) de l'épouse dans le cadre de la procédure de divorce ;
  - à défaut, la circonstance que l'assignation en divorce lui a été valablement signifiée avant le début de la procédure ;
  - le droit à l'équivalent d'une prestation compensatoire (pour elle-même), d'une pension alimentaire (pour la contribution à l'entretien des enfants) ou de dommages-intérêts (en réparation d'un préjudice spécial subi par l'épouse).
- La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 entrée en vigueur le 13 mai 1983 prévoit que « *le divorce est prononcé selon la loi de celui des deux Etats dont les époux ont tous deux la nationalité à la date de la présentation de la demande. Si à cette date, l'un des époux a la nationalité de l'un des deux Etats et le second celle de l'autre, le divorce est prononcé selon la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun* » (article 9).

La loi étrangère qui ne prévoit aucune conséquence pécuniaire au divorce peut être écartée par le juge français au profit de l'application de la loi française, plus favorable : « *Est incompatible avec l'ordre public français et doit être écartée au profit de la loi française la loi étrangère (marocaine) qui ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire, ni dommages-intérêts pour l'épouse en cas de divorce* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 novembre 1995, Bull. n° 391).

C'est pourquoi la convention franco-marocaine n'est guère plus appliquée par les juridictions françaises (voir à titre d'exemple récent : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 octobre 2005, pourvoi n° 03-20845).

L'appréciation des juridictions pourrait toutefois évoluer dans les prochaines années du fait de la réforme de la Moudawana (Code de la famille marocain) en date du 3 février 2004, le nouveau Code étant plus respectueux des droits des femmes et prévoyant même des règles particulières applicables aux ressortissants marocains qui résident à l'étranger.

– De même, les juridictions françaises refusent de reconnaître les répudiations prononcées en Algérie (cf. cinq arrêts de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 2004 – Bull. n° 256 à 260).

Il est ainsi jugé que « *La décision étrangère constatant une répudiation unilatérale du mari qui s'effectue sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial est contraire au principe d'égalité des époux reconnu par l'article 5 du protocole du 22 novembre 1984 n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction et donc [contraire] à l'ordre public international réservé par l'article 1<sup>er</sup> d) de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que les deux époux ou la femme sont domiciliés sur le territoire français* ».

Contrairement à la Convention franco-marocaine de 1981, qui pose des règles de conflit de lois et de juridictions notamment en matière de « *dissolution du mariage* » (articles 9 et 11), la Convention franco-algérienne de 1964 fixe les conditions de reconnaissance en France des jugements rendus en Algérie « *en matière civile et commerciale* » (et donc en matière de divorce), et inversement la reconnaissance en Algérie de jugements rendus en France (voir chapitre sur l'exequatur).

La Cour de cassation, dans l'arrêt ci-dessus, applique l'article 1<sup>er</sup> d) de la Convention franco-algérienne relatif à l'exception d'ordre public international qui peut s'opposer à la reconnaissance, en France, d'une décision rendue en Algérie, et inversement.

Attention : Les divorces prononcés au Maroc et en Algérie notamment, y compris les divorces unilatéraux tels que les répudiations, ne se voient pas systématiquement refuser l'exequatur en France. Le juge doit vérifier à chaque fois que les conditions de l'exequatur (voir chapitre sur l'exequatur *infra*) sont remplies et il ne rejettera la demande d'exequatur du jugement étranger que s'il détecte un manquement aux règles.



## 4. Filiation et autorité parentale

### I. L'établissement de la filiation

La filiation de l'enfant doit être établie avant de pouvoir résoudre la question de la nationalité de l'enfant : la transmission par filiation, des parents à leur enfant, d'une ou plusieurs nationalités dépend de l'établissement de cette filiation à l'égard de l'un et/ou l'autre de ses parents.

#### Loi applicable

##### A. Droit communautaire

Il n'existe pas de règlement communautaire contenant des règles de conflit de lois concernant l'établissement de la filiation.

##### B. Droit commun

Aux termes de l'article 311-14 du Code civil, « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ».

Un exemple de décision concernant l'application de cet article est offert par un récent arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-18593), qui a dit que la loi étrangère, béninoise en l'occurrence, devait s'appliquer.

C'est donc la loi nationale de la mère de l'enfant qui permet de déterminer :

- si l'enfant est naturel ou légitime <sup>[2]</sup> (notamment en matière de computation des délais, lorsque l'enfant est conçu avant le mariage et naît pendant l'union, ou bien lorsque l'enfant est conçu pendant l'union mais naît après la dissolution du mariage par le prononcé du divorce ou le décès du père) ;
- lorsqu'il est naturel, si une action en recherche de paternité peut être engagée à l'encontre du père présumé de l'enfant (voir par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 18.11.1992, pourvoi n° 90-15275 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 03.06.1998, pourvoi n° 95-17384 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 14.11.2000, pourvoi n° 98-22356).

La Cour de cassation a jugé à cet égard que « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1988, Bull. n° 298). Cela signifie que ne sera pas écartée au profit de la loi française la loi étrangère qui empêche l'établissement de la filiation naturelle à l'égard du père notamment, si cette loi étrangère permet de poursuivre le père afin qu'il verse une pension alimentaire au profit de l'enfant.

[2] Les discriminations entre enfant légitime/naturel ont disparu du droit interne français (ordonnance du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006), mais les notions d'enfant légitime (né d'un couple marié) ou naturel (nés de parents non mariés) restent en usage.

En revanche, le droit international privé français interdit de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation : « *Sont contraires à l'ordre public international français les lois étrangères qui ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1993, Bull. n° 64). Ainsi, pour ces enfants, si la loi étrangère prohibe l'établissement de leur filiation, elle sera écartée au profit de la loi française.

Exemple récent : le juge français a rejeté l'action en recherche de paternité naturelle exercée par une ressortissante algérienne agissant en qualité de représentante légale de sa fille née et résidant habituellement en Algérie, à l'encontre du père présumé qui résidait en France (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2006, pourvoi n° 05-10299). Si en revanche l'enfant était née en France ou y avait résidé habituellement, le juge aurait accueilli la demande.

La reconnaissance de l'enfant naturel est régie par l'article 311-17 du Code civil, qui dispose que « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant* ».

Un arrêt tout récent de la Cour de cassation admet que la simple mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant permet de tenir pour établie la filiation maternelle, sans qu'une reconnaissance soit nécessaire (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 2006, pourvoi n° 05-13006). Par cet arrêt, intervenu dans le cadre d'une action déclaratoire visant à faire reconnaître la nationalité française du requérant, la Cour de cassation opère un revirement de sa propre jurisprudence, sous l'influence de la réforme du droit interne français. En effet, « *la filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant* » et « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* », depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006 (qui a modifié l'article 310-3 du Code civil et créé l'article 311-25 du Code civil).

Notons enfin que l'article 311-15 du Code civil relatif à la possession d'état d'enfant légitime ou naturel, c'est-à-dire le fait de se croire, de bonne foi, enfant de tel et tel parent, est applicable aux enfants de parents étrangers. Si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état a toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.

## II. L'adoption

Il faut distinguer entre, d'une part, la règle s'appliquant aux adoptants et, d'autre part, celle s'appliquant aux adoptés.

### A. Loi applicable aux adoptants

Aux termes de l'article 370-3 du Code civil modifié par la loi du 6 février 2001, « *les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union* ».

La loi applicable au couple d'adoptants est donc :

- si les époux sont de même nationalité, leur loi nationale commune,

– s'ils sont de nationalités différentes, la loi du pays où ils ont leur domicile commun.

Le même article 370-3 du Code civil précise que « *l'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe* ».

Ce sera en particulier le cas des Algériens, des Marocains ou des Iraniens, qui ne peuvent adopter en France ni voir reconnaître en France un jugement d'adoption étranger. Les législations de ces Etats interprètent en effet le Coran (Sourate 33) dans le sens d'une opposition à toute création d'un nouveau lien de filiation entre deux individus. Certains pays où l'islam tient une place importante admettent cependant l'adoption : c'est le cas de la Tunisie, de la Turquie, et de l'Indonésie.

Attention : voir ci-dessous ce qui concerne les actes de kafala.

## B. Loi applicable aux adoptés

L'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Ce consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. Cette exigence, prévue à l'article 370-3 in fine du Code civil, est d'autant plus importante que, tous les pays ne connaissant pas une institution comparable à l'adoption plénière, des parents étrangers peuvent avoir consenti à confier leur enfant sans souhaiter rompre tout lien juridique avec lui.

> Cas particulier : l'adoption des enfants nés dans les pays « de droit musulman »

Depuis la loi de février 2001, considérant que le statut personnel des enfants des pays « *de droit musulman* » doit être respecté, les juridictions françaises ne peuvent plus reconnaître les adoptions d'enfants de statut personnel musulman.

L'article 370-3 du Code civil dit ainsi que « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi nationale le prohibe, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ».

Dans certains pays où le droit est d'inspiration musulmane, comme l'Algérie et le Maroc, il existe une forme d'adoption nommée kafala, recueil légal d'un enfant qui formalise « *l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils* ». A la différence d'une adoption telle qu'elle se pratique par exemple en France, la kafala est révocable. (Voir par exemple pour le droit algérien : [www.mjustice.dz/?p=kafala](http://www.mjustice.dz/?p=kafala))

La Cour de cassation refuse de prononcer l'adoption d'enfants recueillis en vertu d'un acte de kafala. Voir deux arrêts récents : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 octobre 2006, pourvois n° 06-15264 (kafala marocaine) et 0615265 (kafala algérienne). Extrait de la décision concernant une kafala marocaine :

« *Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ; Attendu que les époux B. ont obtenu un agrément pour l'adoption ; que l'enfant R. né*

au Maroc et déclaré abandonné leur a été confié par une décision marocaine de kafala ; que les époux ont saisi le juge français et sollicité le prononcé de l'adoption ;

*Attendu que pour prononcer l'adoption simple, la Cour d'appel, après avoir relevé que 'l'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation', retient, comparant les effets de l'adoption simple et de la kafala, que cette dernière met à la charge des tuteurs désignés les obligations parentales du droit français, qu'il s'agisse de l'entretien, de l'éducation ou de la protection de l'enfant abandonné, et que l'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation ; Qu'en statuant ainsi, alors que la loi marocaine interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

Des observations sur l'évolution de la jurisprudence en la matière, et sur l'application de la loi du 6 février 2001, ont été publiées au *Recueil Dalloz* 2007, pages 816 à 821. Outre un commentaire de la jurisprudence, l'article expose ce qu'est la kafala en droit musulman.

Remarques : 1. Pour les enfants recueillis par leurs grands-parents ou leur oncle/tante via un acte de kafala, il reste possible de demander la reconnaissance (« *conversion* ») en France de cet acte de kafala, reconnaissance qui n'aura la valeur que d'une simple délégation d'autorité parentale. Soulignons toutefois qu'en principe, l'exequatur d'une kafala n'est pas nécessaire, en vertu du principe selon lequel « *les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de tout exequatur, sauf dans la mesure où ils impliquent des actes d'exécution matérielle sur des biens ou de coercition sur des personnes* ». L'acte de kafala doit donc pouvoir produire en France un certain nombre d'effets sans jugement d'exequatur (attribution de l'autorité parentale, droit au regroupement familial, à des prestations familiales...).

2. Les accords franco-algériens permettent expressément à l'enfant recueilli par un acte de Kafala de bénéficier du regroupement familial et d'être admis au séjour en France. Il faudra cependant que les parents « adoptifs » soient de nationalité algérienne et non française.

3. Aux termes des Accords franco-algériens, la kafala doit impérativement avoir été prononcée par une juridiction et non pas seulement établie devant notaire.

### III. Le nom de l'enfant

Là encore, il faut distinguer entre les règles de transmission du nom à l'enfant, d'une part, et les possibilités de changement de nom, d'autre part.

#### A. Loi applicable à la transmission du nom

La règle de détermination du nom est différente selon qu'il s'agit d'un enfant légitime ou naturel.

##### 1. Enfant légitime

La Cour de cassation (7 octobre 1997, pourvoi n° 95-16933) juge que « *la loi des effets*

*du mariage est compétente pour régir la transmission du nom aux enfants légitimes* ». Il s'agit de la loi nationale commune des époux de même nationalité et, à défaut, lorsque les époux sont de nationalité différente, de la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux.

## 2. Enfant naturel

C'est la loi nationale de l'enfant naturel qui régit la transmission du nom (TGI Paris, 9 novembre 1982).

Les parents devront justifier de la nationalité étrangère de l'enfant et présenter la preuve du contenu de sa loi nationale par un certificat de coutume indiquant la forme que doit prendre le nom de l'enfant en vertu de sa loi nationale.

Si les parents ne demandent pas l'application de la loi nationale de l'enfant ou n'apportent pas les preuves exigées, la loi française relative au choix du nom s'appliquera par défaut.

Si les parents choisissent de donner à l'enfant un double nom, composé de l'accolement de leurs deux noms, les noms des parents qui seraient composés sont présumés indivisibles sauf si la loi étrangère en dispose autrement. Dans ce cas les parents devront fournir un certificat de coutume ou une attestation consulaire justifiant cette possibilité.

Précision : si les parents venaient à choisir pour leur enfant né en France un nom autre que celui déterminé par sa loi nationale (double nom ou nom de la mère au lieu du nom du père par exemple), l'enfant portera néanmoins le nom déterminé par sa loi nationale aux yeux des autorités de son pays en application de son statut personnel. Ainsi, il pourra exister en pratique une différence entre le nom de l'enfant tel qu'il figure sur son acte de naissance établi par l'Officier d'état civil français et le nom de l'enfant qui figurera sur son passeport établi par le Consulat du pays dont il a la nationalité.

> Possibilité de choix du nom pour un enfant dont les parents deviennent français, et qui naîtra ou deviendra lui-même français :

L'article 311-22 du Code civil prévoit que la faculté de choix du nom est applicable à l'enfant qui devient Français par application des dispositions de l'article 22-1 du Code civil et de l'effet collectif en cas de naturalisation (lorsque les parents sont naturalisés alors que l'enfant est encore mineur ou même avant sa naissance, sous réserve, dans le cas de l'enfant mineur, qu'il soit mentionné dans le dossier de naturalisation de ses parents).

## B. Loi applicable au changement de nom.

Les règles issues du Code civil relatives au changement de nom ne peuvent s'appliquer à un étranger.

En effet la Convention CIEC n° 4 signée à Istanbul en 1958 et relative aux changements de noms et de prénoms précise que les Etats signataires -dont la France-

« s'engagent à ne pas accorder de changement de noms (...) aux ressortissants d'un autre Etat contractant saufs s'ils sont également ses propres ressortissants ».

Ainsi le changement de nom d'un enfant naturel qui peut en principe avoir lieu lors de l'établissement du second lien de filiation postérieurement à l'établissement du premier lien de filiation à la date de la déclaration de la naissance (article 311-23 du Code civil) n'est pas possible si l'enfant dispose déjà d'un nom en vertu de la loi étrangère de sa nationalité, sauf si la loi nationale étrangère de l'enfant prévoit la faculté de changement de nom.

## IV. L'autorité parentale

### A. Jurisdiction compétente

#### Droit communautaire

Le règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2005 contient des règles de conflit de juridictions en matière de « *responsabilité parentale* ».

La question de l'autorité parentale (attribution, exercice, droit de garde, de visite et d'hébergement) est traitée différemment selon qu'elle se pose ou non dans le cadre d'un divorce.

1) Lorsque la question de l'autorité parentale se pose à l'occasion d'une procédure de divorce, le règlement prévoit que les juridictions compétentes pour statuer sur la demande en divorce (en vertu de l'article 3 du Règlement) sont également compétentes pour statuer sur toute question relative à l'autorité parentale si trois conditions sont remplies :

- si l'un des époux au moins exerce l'autorité parentale sur l'enfant,
- si la compétence de ces juridictions a été acceptée par les époux et le cas échéant par les titulaires de la responsabilité parentale à la date à laquelle la juridiction est saisie,
- si elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant (article 12).

En matière d'autorité parentale, la compétence de la juridiction statuant sur la demande en divorce prend fin lorsque la décision est définitive (on dit « *passée en force de chose jugée* »). Par la suite, ce sont les juridictions compétentes en dehors de toute procédure de divorce qui statueront sur l'autorité parentale (voir ci-dessous).

2) Lorsque la question relative à l'autorité parentale ne s'inscrit pas dans le cadre d'une procédure de divorce (par exemple lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel), le règlement dispose que sont compétentes pour statuer sur l'autorité parentale les juridictions de l'Etat où l'enfant réside habituellement : « *les juridictions d'un Etat-membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat-membre au moment où la juridiction est saisie* » (article 8). Le règlement prévoit qu'en cas de déménagement de l'enfant dans un autre Etat membre, les juridictions de l'Etat où l'enfant avait jusqu'alors sa résidence habituelle demeurent compétentes pendant trois mois à compter du démé-

nagement pour modifier une décision rendue sur le droit de visite avant le déménagement, à condition que le titulaire du droit de visite en vertu de cette décision continue à résider dans cet Etat-membre (article 9).

## B. Loi applicable

La loi applicable en matière d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale est soit la loi de la résidence habituelle du mineur, soit sa loi nationale.

cf. *supra* (Chapitre 1.1. de la présente note), la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

Remarque : La Convention de La Haye du 19 octobre 1996, qui fixe des règles concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants n'est pas entrée en vigueur en France. (Cette Convention, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002, n'est pas entrée en vigueur en France qui l'a signée le 1<sup>er</sup> avril 2003).

## V. l'enlèvement international d'enfant

En matière d'enlèvement international d'enfant, la réglementation applicable repose sur plusieurs conventions internationales :

- la Convention de La Haye du 25 octobre 1980,
- le Règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale,
- la Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988.

Particularité de ces conventions : elles instaurent des procédures, sans distinguer règles de conflit de juridictions et règles de conflit de lois.

## Jurisdiction compétente

Le Règlement communautaire n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale fait référence à la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue le 25 octobre 1980 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1983.

L'article 10 du Règlement détermine la juridiction compétente :

« En cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat membre et que

*a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour*

*ou*

*b) l'enfant a résidé dans cet autre Etat membre pendant une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, que l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement et que l'une au moins des conditions suivantes est remplie :*

*i) dans un délai d'un an après que le titulaire d'un droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour n'a été faite auprès des autorités compétentes de l'Etat membre où l'enfant a été déplacé ou est retenu ;*

*ii) une demande de retour présentée par le titulaire d'un droit de garde a été retirée et aucune nouvelle demande n'a été présentée dans le délai fixé au point i) ;*

*iii) une affaire portée devant une juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites a été close en application de l'article 11, paragraphe 7 ;*

*iv) une décision de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant a été rendue par les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites ».*

– Dans son Chapitre III, la Convention de La Haye institue un mécanisme de coopération entre les autorités étatiques afin d'organiser le retour de l'enfant dans l'Etat où il possédait sa résidence habituelle avant d'être enlevé. Le principe est que le retour doit être ordonné si l'enlèvement a eu lieu depuis moins d'un an (article 12). Cependant, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

*a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ;*

*ou*

*b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.*

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Notons pour mémoire que c'est sur le point b) (risque de danger physique ou psychique) que porte l'essentiel de la jurisprudence en la matière, un certain nombre de parents ayant enlevé leur enfant accusant l'autre parent d'appartenir par exemple à un mouvement sectaire.

Exemple (CA Versailles, 20 juin 2006, RG n° 05/05910, *Juris-Data* : 2006-308246) :



Le concubin de nationalité indienne et la concubine d'origine russe et naturalisée tchèque vivaient à Prague où ils ont eu deux enfants ; la concubine s'est installée en France avec les enfants sans l'accord du père, alors que le juge tchèque était saisi d'une demande visant à définir les modalités de l'autorité parentale. Le litige relatif au caractère licite du déplacement des enfants se situe dans le cadre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Dès lors que les enfants avaient leur résidence habituelle avec leurs deux parents à Prague, que le déplacement a eu lieu sans le consentement du père qui exerçait effectivement son droit de garde et qu'il n'existe aucun risque grave que les enfants soient exposés à un danger à leur retour, il s'agit d'un déplacement illicite et il y a lieu pour le juge français d'ordonner le retour des enfants à Prague.

La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1988 instaure un mécanisme comparable considéré comme très efficace.

Remarque : Sur la question des enlèvements d'enfants, on trouvera une documentation très complète sur le site internet de l'association SOS enlèvements internationaux d'enfants : [www.seie.org](http://www.seie.org)

## 5. Obligations alimentaires

### I. Juridiction compétente

#### – Droit communautaire

C'est le règlement communautaire n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui s'applique.

Aux termes de l'article 5.2 du règlement, « *une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée* [c'est-à-dire assignée à comparaître], *dans un autre État membre :*

*(...) en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une demande accessoire à une action relative à l'état des personnes, devant le tribunal compétent selon la loi du for pour en connaître, sauf si cette compétence est uniquement fondée sur la nationalité d'une des parties ».*

Autrement dit : le « *créancier d'aliments* », c'est-à-dire celui ou celle qui réclame le paiement d'une pension alimentaire, peut exiger que la personne à laquelle il demande de lui verser cette pension doive venir s'expliquer devant le tribunal de son pays à lui, créancier, sauf si la demande est faite dans le cadre d'une autre action judiciaire (un divorce par exemple).

Cette disposition est donc particulièrement favorable au créancier d'aliments.

Remarque : Une proposition de règlement communautaire relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires a été publiée le 15 décembre 2005.

Cette proposition a « *pour ambition de lever l'ensemble des obstacles qui s'opposent encore aujourd'hui au recouvrement des aliments au sein de l'Union Européenne* » et « *de créer un environnement juridique adapté aux aspirations légitimes des créanciers d'aliments. Ces derniers doivent pouvoir obtenir aisément, rapidement et, le plus souvent, sans frais, un titre exécutoire capable de circuler sans entrave dans l'espace judiciaire européen et d'aboutir concrètement au paiement régulier des sommes dues* ».

Le 19 avril 2007, le Conseil de l'Union Européenne a examiné un projet de règlement communautaire sur le recouvrement transfrontalier d'aliments. Il s'agira d'un règlement qui facilitera l'exécution, au sein de l'Union européenne, des jugements rendus en matière d'obligations alimentaires.

### II. Loi applicable

#### A. Droit communautaire

Il n'existe pas encore de règlement communautaire contenant des règles de conflit de lois concernant les obligations alimentaires (cf. ci-dessus la proposition de règlement du 15 décembre 2005).

## B. Droit commun

Le droit international privé français en cette matière est constitué par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires conclue le 2 octobre 1973 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1977.

D'application très générale, cette Convention s'applique aux « *obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant non légitime* » et vise à permettre la reconnaissance par les Etats contractants des décisions prises en ce domaine.

Le raisonnement juridique à mener est en trois étapes :

- 1) En principe, la loi applicable aux obligations alimentaires est la loi interne de l'Etat où le créancier d'aliments, c'est-à-dire celui qui réclame le versement d'une pension alimentaire, possède sa résidence habituelle (article 4 de la Convention). En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de l'Etat où il a établi sa nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu.
- 2) Lorsqu'en vertu de cette loi, le créancier n'est pas fondé à obtenir d'aliments du débiteur, c'est la loi nationale commune du créancier et du débiteur (à condition donc qu'ils soient de même nationalité) qui s'applique (article 5).
- 3) Enfin, lorsqu'aucune de ces deux lois ne permet au créancier d'obtenir la condamnation du débiteur, c'est la loi du for, c'est-à-dire la loi de l'Etat de la juridiction saisie, qui s'applique.

Autrement dit, s'appliquera la première des trois lois évoquées ci-dessus et examinées successivement qui permettra au créancier d'obtenir satisfaction.

Un exemple d'application des dispositions conventionnelles aux relations entre époux (contribution aux charges du mariage) est donné par une décision à laquelle on pourra se reporter : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 novembre 1990, Bull. n° 232.

### > Cas particuliers :

– il existe, en matière de pension alimentaire au profit de l'enfant, une dérogation à la règle de conflit posée par la Convention de La Haye telle qu'exposée ci-dessus : ainsi, l'article 311-18 du Code civil dispose que « *l'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur* ». Cette règle de conflit exclut l'application de la loi nationale commune de l'enfant et de son parent et de la loi de la juridiction saisie. Elle permet en revanche à l'enfant de choisir parmi les deux lois applicables celle qui lui est la plus favorable.

– unions polygames : en matière d'obligations alimentaires, le droit français laisse produire leurs effets aux unions polygames : « *la deuxième épouse d'un mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger a des droits alimentaires* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 février 1963).

## 6. Successions

### I. Droit communautaire

Il n'existe pas encore de règlement communautaire contenant des règles de conflit de lois concernant les successions.

Cependant, les institutions européennes se préoccupent de cette question. Ainsi, la Commission européenne a rendu public le 1<sup>er</sup> mars 2005 un livre vert relatif aux « *successions et testaments* », comportant des recommandations en matière de règles de conflit de lois et de juridictions. Puis la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a présenté le 15 novembre 2006 un rapport selon lequel il s'ouvrirait chaque année dans l'Union Européenne entre 50 000 et 100 000 successions qui présentent des aspects transnationaux. Les députés européens ont donc invité la Commission à rédiger, dans le courant de l'année 2007, une proposition de règlement destinée à régler les problèmes de successions transfrontalières.

Par ailleurs, la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> avril 1989 traite des successions mais elle n'est pas encore entrée en vigueur.

### II. Droit commun

En matière successorale, il convient de distinguer la loi applicable aux meubles (sommes d'argent et objets mobiliers) et celle applicable aux immeubles.

#### A. En matière mobilière

La loi applicable aux meubles est la loi de l'Etat où le défunt a établi sa dernière résidence habituelle : « *La dévolution des biens meubles est régie par la loi du dernier domicile du défunt* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 décembre 1970, Bull. n° 338).

Voir pour un exemple récent : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2005, pourvoi n° 02-15418, pour un Français vivant en Côte d'Ivoire et décédé en France où il était venu se faire soigner. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir appliqué à la succession mobilière la loi ivoirienne où le défunt avait ses attaches et le centre de ses intérêts.

#### B. En matière immobilière

La loi applicable est celle de l'Etat où se trouve le bien immobilier : « *les successions immobilières sont régies par la loi de la situation des immeubles* » (Civ. 5 juillet 1933), par bilatéralisation de l'article 3 alinéa 2 du Code civil selon lequel « *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française* ».

> Quelques précisions :

– Tout d'abord, « *la loi française est applicable aux immeubles situés en France, sous réserve de l'intervention de la loi du régime matrimonial déterminant les effets du ma-*

*riage sur la composition du patrimoine des époux* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 avril 1967, Bull. n° 124). Cela signifie que ce n'est pas la loi de l'Etat où se trouve l'immeuble qui détermine qui en est propriétaire : la loi du régime matrimonial détermine au préalable les masses (patrimoine de chacun des époux et le cas échéant patrimoine commun aux époux en indivision [cf. *lexique*]).

Exemple récent : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-15648 : il appartient à la loi du régime matrimonial (néerlandaise) de déterminer si les biens conjugaux sont propres ou communs et de fixer la part, éventuellement indivise, de chacun des époux. La loi française du bien immobilier ne s'applique pas à ce stade.

– En second lieu, lorsque des héritiers étrangers possèdent en indivision un immeuble sis en France, chacun d'entre eux peut provoquer le partage conformément aux dispositions du droit français, car « *nul ne peut être contraint de demeurer en indivision* » : Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 1985, Bull. n° 267 (pour des époux étrangers mariés sous le régime de la séparation de biens et possédant en indivision un immeuble sis en France).

– Enfin, « *la deuxième épouse d'un mariage polygamique régulièrement célébré à l'étranger a des droits successoraux, ainsi que ses enfants, sur les immeubles situés en France* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1980). Dans cette hypothèse, le droit français reconnaît les effets que produit la polygamie.

Voir aussi pour information, en matière de prestations sociales au profit de la veuve : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 janvier 2006 : « *attendu que si la convention franco-algérienne du 1er octobre 1980 prévoit le partage d'une même prestation [pension de réversion pour la veuve âgée de plus de 55 ans ou allocation veuvage pour la veuve âgée de moins de 55 ans] entre épouses, celle-ci n'autorise pas l'attribution cumulée de deux prestations ; qu'en outre, quel que soit le statut personnel d'un assuré, celui-ci ne peut créer d'obligations supplémentaires pour la caisse [CPAM], tiers au litige* » (cf. le commentaire éclairé de Christine Bidaud-Garon, *Recueil Dalloz* 2006 n° 35 pages 2454 et suivantes).

Cet arrêt mérite d'être mentionné, car en droit commun des prestations sociales, la loi française ne reconnaît qu'une seule épouse légitime (en pratique celle qui réside en France ou, lorsque les deux épouses résident en France, celle qui sollicite la première l'attribution d'une prestation), ainsi en matière d'assurance-maladie-maternité (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> mars 1973, pourvoi n° 71-12241, et 8 mars 1990, pourvoi n° 84-15703).

# Les règles d'exécution en France des jugements étrangers : l'exequatur

L'exequatur est la procédure par laquelle le juge (français) reconnaît un jugement rendu par une juridiction étrangère en vue de lui faire produire ses effets en France et de permettre le cas échéant son exécution forcée.

L'exequatur est nécessaire pour qu'un jugement étranger puisse donner lieu en France « à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes » (Cass. Civ. 3 mars 1930).

Voir : CE, 24 novembre 2006, requête n° 275527 :

*« Sous réserve de leur régularité internationale, notamment de leur conformité à la conception française de l'ordre public international et de l'absence de fraude, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de tout exequatur, sauf dans la mesure où ils impliquent des actes d'exécution matérielle sur des biens ou de coercition sur des personnes. En l'absence de texte en disposant autrement, la validité et l'opposabilité en France d'un jugement de divorce rendu par un tribunal étranger ne sont pas subordonnées à la mention préalable de ce jugement en marge de l'acte de mariage ou à la transcription de celui-ci sur les registres de l'état civil français ».*

Par exemple, l'exequatur en France d'un jugement de divorce étranger concernant un époux français et un époux étranger permet à l'époux français de faire appliquer en France les dispositions pécuniaires (prestation compensatoire, pension alimentaire...) du jugement étranger et les dispositions relatives à l'autorité parentale et à la garde des enfants.

Précisons à cet égard que l'exequatur n'est pas indispensable si le jugement étranger se contente de prononcer le divorce sans l'assortir de mesures devant être exécutées (hypothèse du divorce par consentement mutuel sans prestation compensatoire d'un couple sans enfant). Dans ce cas, l'époux français adressera le jugement étranger (accompagné d'un certain nombre d'autres pièces : certificat de non-appel ou de non-pourvoi établi par le Greffe de la juridiction étrangère, procès-verbal de signification du jugement par huissier à l'autre époux, traduction certifiée conforme en langue française de tous les documents étrangers, etc...) au Parquet du Tribunal de Grande Instance de Nantes qui fera procéder à la transcription du jugement étranger à l'état civil de l'époux français.

La transcription du jugement étranger de divorce à l'état civil français est indispensable à l'époux français s'il veut pouvoir se remarier par la suite.

Par miroir, l'exequatur à l'étranger d'un jugement rendu en France permet de mettre en oeuvre son exécution forcée, notamment lorsque le débiteur possède des biens meubles ou immeubles à l'étranger que le créancier français veut faire saisir. Il est ainsi fréquent qu'un jugement soit dépourvu d'intérêt pratique dans le pays dans

lequel il a été rendu et acquière tout son intérêt dans un pays étranger où le débiteur est solvable.

## I. Droit communautaire

Le Règlement CE n° 2201/2003, dit « Bruxelles II bis », relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (qui a abrogé le règlement CE n° 1347/2000) s'applique aux procédures civiles relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage ainsi qu'à toutes les questions relatives à la responsabilité parentale.

Sont exclus du champ d'application du Règlement CE n° 2201/2003 :

- l'établissement et la contestation de la filiation ;
- les procédures civiles relatives aux obligations alimentaires qui relèvent du champ d'application du Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (et qui exclut de son champ d'application l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions) ;
- la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption ;
- les noms et prénoms de l'enfant ;
- l'émancipation ;
- les successions.

Le Règlement CE n° 2201/2003 garantit la reconnaissance automatique de toute décision judiciaire rendue par la juridiction d'un autre Etat-membre de l'Union Européenne sans nécessité d'une procédure intermédiaire et en énumérant limitativement les motifs de refus de reconnaissance, à savoir lorsque :

- la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public ;
- le défendeur est dans l'impossibilité de pourvoir à sa défense à cause d'une notification tardive de l'acte introductif d'instance (assignation ou requête) ;
- la reconnaissance est inconciliable avec une autre décision.

Pour les décisions en matière de responsabilité parentale, il y a deux motifs de non-reconnaissance supplémentaires, à savoir :

- l'enfant n'a pas eu la possibilité d'être entendu ;
- une personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale n'a pas eu la possibilité d'être entendue.

Une décision sur l'exercice de la responsabilité parentale peut être déclarée exécutoire dans un autre État membre à la demande d'une partie intéressée. La décision constatant cette force exécutoire peut faire l'objet d'un recours.

En ce qui concerne les décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, toute partie intéressée pourra demander à la juridiction qui a rendu la décision la délivrance d'un certificat.

Toute décision concernant le droit de visite et le retour de l'enfant qui a été prise conformément aux dispositions du Règlement est automatiquement reconnue et exécutée dans tous les États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque procédure (suppression de l'exequatur) pourvu que la décision soit accompagnée d'un certificat.

Le certificat délivré aux fins de faciliter l'exécution de la décision n'est susceptible d'aucun recours.

La procédure d'exécution est régie par le droit national de l'État membre où aura lieu l'exécution.

Il faut également distinguer la décision qui reconnaît le droit de visite et les modalités pratiques de l'exercice de ce droit. Le juge de l'État membre d'exécution peut déterminer les modalités pratiques de l'exercice du droit de visite si les modalités nécessaires n'ont pas été prévues dans la décision par les juridictions de l'autre État membre où la décision de droit de visite a été rendue. En déterminant les modalités pratiques, le juge doit toutefois respecter les éléments fondamentaux de la décision.

## II. Droit commun

Les conditions de l'exequatur sont posées par la jurisprudence, notamment les arrêts *Munzer* (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1964) et *Simitch* (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 1985).

Les cinq conditions de l'exequatur :

- la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision
- la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction étrangère (respect des droits de la défense)
- l'application de la loi désignée par la règle française de conflit de lois
- la conformité à l'ordre public international
- l'absence de toute fraude à la loi

### A. Compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision

S'agissant de cette 1<sup>ère</sup> condition, l'arrêt *Simitch* a précisé que « *toutes les fois que la règle française de conflit de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* ».

Voir pour des exemples récents :

- Cour d'appel de Bordeaux, 10 janvier 2005 (commenté au *Recueil Dalloz* 2006 n° 16 pages 1090 et suivantes) : pour le divorce prononcé par le tribunal Chérieh de Beyrouth entre un Syrien et son épouse Argentine, tous deux musulmans sunnites (il s'agissait non pas d'une répudiation mais d'un Khalilh, semblable à un divorce par consentement mutuel)
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-15344 : pour le divorce prononcé en Israël d'époux possédant tous les deux la double nationalité franco-israélienne et



résidant habituellement en Israël

## B. Régularité de la procédure suivie devant cette juridiction étrangère

Cette 2<sup>ème</sup> condition doit être traitée en relation avec la question des privilèges de juridiction posés par les articles 14 et 15 du Code civil aux termes desquels « *l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* » (article 14) et « *un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger* » (article 15).

Voir pour un exemple récent d'application de l'article 14 (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, pourvoi n° 04-20362) : compétence du tribunal français saisi par l'épouse française sur le fondement de l'article 14 du Code civil alors que l'époux marocain avait saisi un tribunal marocain

En substance, un ressortissant français qui se sera abstenu d'invoquer à son profit l'article 15 du Code civil devant la juridiction étrangère ne pourra par la suite s'opposer à l'exequatur de la décision étrangère au motif de l'irrégularité de la procédure et de la violation des droits de la défense.

Voir pour un exemple récent (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-20689) : la société de droit français non seulement avait omis d'invoquer l'article 15 du Code civil devant la juridiction étrangère, mais avait de surcroît formé une demande reconventionnelle devant le Tribunal de Ouagadougou (Burkina Faso) et avait épuisé toutes les voies de recours.

Les privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil peuvent par la suite constituer une entrave à l'exequatur de la décision judiciaire française à l'étranger lorsque les juridictions étrangères auraient été compétentes en vertu de leurs propres règles pour statuer sur le litige.

Ces privilèges de juridiction sont, pour cette raison, écartés dans le cadre des règlements communautaires étudiés par ailleurs qui reposent sur la confiance réciproque des Etats-membres dans les systèmes juridiques des autres Etats-membres.

## C. Application de la loi désignée par la règle française de conflit de lois

S'agissant de la 3<sup>ème</sup> condition, le juge français de l'exequatur devait jusqu'à présent vérifier que le juge étranger avait appliqué la loi désignée par la règle de conflit de lois française. La jurisprudence (Civ., 29 juillet 1929, *Drichemont*, *Clunet* 1930, p. 377) avait cependant admis que si le juge étranger avait donné au litige la même solution au fond que celle qui aurait été donnée par une juridiction française, le jugement étranger était régulier et pouvait produire ses effets en France.

Or, par un arrêt *Cornelissen* en date du 20 février 2007 (Civ. 1<sup>ère</sup>, pourvoi n° 05-14082,

*Dalloz 2007* pages 1115 et suivantes), la Cour de cassation abandonne le contrôle de l'application par le juge étranger de la loi désignée par la règle française de conflit de lois ou d'une loi conduisant à un résultat équivalent.

Cette jurisprudence toute récente aura vraisemblablement pour conséquence le renforcement du contrôle de la conformité du jugement étranger aux conceptions françaises de l'ordre public international. Le juge français devrait n'avoir plus à contrôler que la compétence du juge étranger, la conformité à l'ordre public international (sur le fond comme sur la procédure), et l'absence de fraude à la loi.

#### **D. Absence de toute fraude à la loi**

S'agissant de cette 5<sup>ème</sup> condition, il faut noter qu'un jugement de divorce obtenu à l'étranger par un époux pendant le cours de l'instance en contribution aux charges du mariage introduite en France par l'autre époux peut ne pas se voir accorder l'exequatur en France dans la mesure où l'obtention de ce jugement de divorce vise manifestement à empêcher la condamnation de l'époux étranger au versement de la contribution aux charges du mariage.

Voir pour un exemple récent (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 2006, pourvoi n° 04-14236) : la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si le choix de la juridiction algérienne n'avait pas été fait de manière frauduleuse pour échapper aux conséquences du jugement français à venir, l'épouse étant de nationalité française.

Enfin, il convient de souligner qu'il existe de nombreuses conventions bilatérales qui régissent les conditions d'obtention de l'exequatur, par exemple la convention franco-algérienne du 27 août 1964 (articles 1 à 10). Ces conventions reproduisent peu ou prou les mêmes conditions que celles qui existent dans le droit commun français. Elles énumèrent les documents à produire en vue de l'obtention de l'exequatur.

A ce sujet, il convient de se reporter aux développements consacrés *supra* à la (non-) reconnaissance des répudiations algériennes et marocaines.

# Lexique

## **compétence** (*d'une juridiction*)

Capacité d'une juridiction à traiter une affaire. Un tribunal peut par exemple se dire incompétent pour statuer sur une affaire, parce qu'il estime que cette affaire relève d'un autre tribunal.

## **certificat de coutume**

Attestation d'un juriste (avocat, notaire, service juridique d'un consulat) étranger relative à l'existence, au contenu et à l'interprétation d'une loi étrangère.

Lorsque la règle de conflit française désigne applicable une loi étrangère, l'intéressé doit fournir à l'Officier d'état civil ou au juge français un tel certificat.

## **créancier d'aliments**

Celui ou celle qui réclame le paiement d'une pension alimentaire.

## **débiteur d'aliments**

Celui ou celle auquel est réclamé le paiement d'une pension alimentaire.

## **droit commun**

Le droit qui s'applique à tous dans un Etat donné, sous réserve de règles spéciales.

## **droit communautaire**

La réglementation créée par les institutions de l'Union Européenne, qui s'applique aux citoyens de l'Union européenne (c'est-à-dire à ceux qui ont la nationalité de l'un des Etats de l'Union) et aux ressortissants d'Etats-tiers ayant leur résidence habituelle dans l'un des Etats de l'Union.

## **droit privé**

Par opposition au droit public, l'ensemble des règles régissant les relations entre les personnes physiques (particuliers) ou morales (sociétés civiles ou commerciales, associations)

## **exécution forcée**

Par opposition à exécution spontanée ou amiable, l'exécution forcée d'une décision de justice est pratiquée par huissier. Les mesures d'exécution forcée sont la saisie de compte bancaire ou la saisie immobilière, par exemple.

## **exequatur**

Action en justice destinée à faire reconnaître un jugement étranger en vue de son exécution.

## **extranéité** (*élément d'*)

Caractère étranger d'un dossier, d'une situation : par exemple, si deux Français se marient à l'étranger, on peut dire que leur mariage présente un élément d'extranéité.

**for** (*la loi du*)

(for, terme issu du latin forum).

La loi de l'Etat de la juridiction saisie. Une juridiction française peut statuer selon la loi du for, c'est-à-dire la loi française, ou bien selon la loi d'un autre pays.

**indivision**

L'indivision est la situation dans laquelle se trouvent des biens sur lesquels s'exercent des droits de même nature appartenant à plusieurs personnes. Le plus souvent, l'indivision résulte de la loi comme c'est le cas des héritiers avant qu'ils n'aient procédé au partage des biens de la succession. Le régime de la communauté des biens entre époux est un type d'indivision.

**juridiction**

Toute instance ayant pour fonction de trancher les litiges. Exemples : un tribunal d'instance, un tribunal correctionnel, une Cour d'appel, un Conseil de Prud'hommes, etc.

**kafala** (*acte de*)

Forme d'adoption en vigueur dans certains pays de droit musulman, qui consiste en un recueil d'un enfant, à la prise en charge de l'entretien, de l'éducation et de la protection de cet enfant, au même titre que le ferait un père pour son fils.

**partie(s)** - (*parties au litige*)

Personnes concernées par un procès : l'une des parties est le demandeur, ou le requérant, la partie adverse est le défendeur. Ces personnes peuvent être des personnes physiques (des particuliers, le Ministère public qui représente l'Etat en matière pénale ou familiale parfois) ou morales (entreprises, associations, collectivités, Etats...).

**rattachement** (*facteur de*)

Elément déterminant autour duquel est construite la règle de conflit de lois. Il est choisi en fonction de sa proximité avec la situation, ou de sa pertinence. Selon les cas, ce sera la nationalité des parties, leur résidence habituelle, le lieu de célébration de leur mariage, le premier domicile conjugal, le dernier domicile du défunt...

**règle de conflit de lois**

Règle qui tranche en faveur d'une loi, lorsque plusieurs lois pourraient s'appliquer.

**règle de conflit de juridictions**

Règle qui tranche en faveur d'une juridiction, lorsque plusieurs juridictions pourraient être compétentes pour trancher à propos d'un litige.

**répudiation**

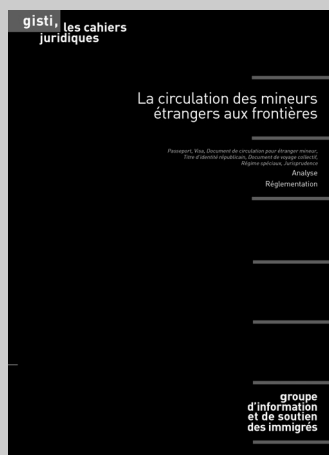
Forme de divorce en vigueur dans de nombreux pays, en particulier des pays de droit musulman, selon laquelle l'un des conjoints (en général, il s'agit de l'époux) se sépare de l'autre de façon unilatérale, c'est-à-dire sans avoir besoin de son accord ni

d'une audience où cet autre époux (le plus souvent, donc, l'épouse) pourrait faire valoir ses arguments et ses droits.

### **statut personnel**

Ensemble des règles, écrites ou non selon les pays, concernant la filiation, la transmission du nom, la possibilité ou non d'adopter ou d'être adopté, l'autorité parentale, le mariage, la rupture du mariage, les obligations entre époux et envers l'enfant, la transmission des biens.

## D'autres publications du Gisti...



Le mineur étranger jouit en France d'un statut particulier puisqu'il n'est pas soumis à la détention d'un titre de séjour, et que son âge le protège contre presque toutes les formes d'éloignement du territoire. Mais lorsqu'il s'agit de franchir la frontière française, l'enfant étranger se trouve confronté aux règles fixées par la politique de gestion des flux migratoires. À l'instar des adultes, il doit produire visa et passeport et justifier de diverses conditions pour accéder au territoire français, dont il peut se voir refuser l'entrée.

La réglementation française prévoit cependant, pour les mineurs étrangers résidant sur son sol, les conditions de leur mobilité hors de France et de leur retour. L'Union européenne, de son côté, s'est préoccupée des jeunes ressortissants des pays tiers qui résident sur le territoire des États membres avec le statut d'élèves, en créant, pour eux, un document de voyage spécifique pour circuler à l'intérieur de l'Europe.

Ces conditions de *La circulation des mineurs étrangers aux frontières* françaises sont présentées dans le présent Cahier juridique qui reproduit en annexe l'ensemble des textes pertinents.

Jun 2007, 8 € + 1,6 € de frais d'envoi / ISBN 2-914132-52-2

Le droit à l'école est un droit fondamental. Tous les enfants sans exception doivent pouvoir accéder au système éducatif dès leur plus jeune âge. Or, bien souvent, ce droit est ignoré ou, ce qui est plus grave, contesté par ceux-là mêmes qui sont chargés d'appliquer la loi.

En effet, il arrive que des municipalités refusent d'inscrire à l'école des enfants étrangers dont les parents – ou parfois même un seul des deux parents – ne possèdent pas de titre de séjour.

Pour mettre fin à ces pratiques illégales, le ministre de l'éducation nationale a rappelé à deux reprises par circulaire, en 1984 puis en 2002, les dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière. Malgré ces rappels à l'ordre, les pratiques illégales n'ont pas complètement disparu.

Depuis, certains élus tentent parfois encore de refuser de scolariser des enfants étrangers en subordonnant leur inscription à des contrôles tâpillons (contestation de la réalité du domicile des parents dans la commune, de l'exercice de l'autorité parentale) ou à des exigences illégales (titre de séjour des parents, certificat médical prouvant le regroupement familial de l'enfant).

Certains maires ont même été jusqu'à signaler l'irrégularité du séjour des parents aux préfets ou aux procureurs de la République. Outre le fait que ces actes de délation sont moralement condamnables, ils révèlent des pratiques illégales dans la mesure où la loi ne permet en aucun cas au maire de contrôler la régularité du séjour d'un étranger.

Il nous a donc semblé indispensable de rappeler les textes internationaux et les textes de droit interne qui érigent le droit à l'éducation en droit fondamental, de citer à nouveau que les nombreuses instructions ou réponses administratives qui rappellent l'existence de ce droit, d'autre part d'exposer les arguments et les voies de recours permettant de le faire effectivement respecter.

Jun 2007, 8 € + 1,5 € de frais d'envoi / ISBN 2-914132-50-6



Retrouvez une présentation détaillée de toutes nos publications sur [www.gisti.org/publications](http://www.gisti.org/publications)

# Qu'est-ce que le Gisti ?

## Défendre les droits des étrangers

Le Gisti est né en 1972 de la rencontre entre des travailleurs sociaux, des militants associatifs en contact régulier avec des populations étrangères et des juristes. Cette double approche, à la fois concrète et juridique, fait la principale originalité du groupe.

Le Gisti s'efforce de répondre, sur le terrain du droit, aux besoins des immigrés et des associations qui les soutiennent. Ce mode d'intervention est d'autant plus nécessaire que la réglementation relative aux étrangers est trop souvent méconnue, y compris des administrations chargées de l'appliquer.

## Défendre l'État de droit

Défendre les libertés des étrangers, c'est défendre l'État de droit.

Le Gisti publie et analyse un grand nombre de textes, en particulier ceux qui ne sont pas rendus publics par l'administration.

Il appuie de nombreux recours individuels devant les tribunaux, y compris devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. Il prend aussi l'initiative de déférer circulaires et décrets illégaux à la censure du Conseil d'État.

L'ensemble de ces interventions s'appuie sur l'existence d'un service de consultations juridiques par téléphone et par courrier, et sur une permanence d'accueil hebdomadaire où des juristes bénévoles conseillent et assistent les étrangers qui rencontrent des difficultés pour faire valoir leurs droits.

## Participer au débat d'idées et aux luttes de terrain

Mais le droit n'est qu'un moyen d'action parmi d'autres : l'analyse des textes, la défense de cas individuels, les actions en justice n'ont de sens que si elles s'inscrivent dans une réflexion et une action globales.

Le Gisti entend participer au débat d'idées, voire le susciter, à travers la presse, des colloques et des séminaires, des réunions publiques. Il s'investit également dans des actions collectives défensives, mais aussi offensives visant à promouvoir l'égalité des droits entre migrants communautaires, migrants des pays tiers et nationaux. Le Gisti agit ici en relation avec les associations immigrées, les associations de défense des droits de l'homme, les organisations syndicales et familiales aux niveaux national ou européen.

---

Le GISTI est agréé par la Fondation de France. Les dons qui lui sont adressés sont déductibles des impôts à hauteur de 66 % dans la limite de 20 % du revenu imposable. Si ces dons sont supérieurs à 20%, l'excédant est reporté successivement sur les années suivantes jusqu'à la cinquième année comprise et ouvre droit à la réduction d'impôt dans les mêmes conditions. Vous avez aussi la possibilité de lui faire des dons par prélèvements automatiques (n'hésitez pas à nous écrire pour obtenir de plus amples informations : Gisti, 3 villa Marcès, 75011 Paris).

La présente *note pratique* a été rédigée pour l'essentiel par Emmanuelle ANDREZ, avec la collaboration de Christophe DAADOUCHE et de Vanessa LEGLISE. Marion RABANIT, Valérie DURAND et Violaine CARRERE y ont également contribué.

Achevée d'imprimé en juin 2007  
par *Expressions II* – 75020 Paris

ISBN 2-914132-51-4

# Droit international des personnes et de la famille

Quel tribunal est compétent, quelle loi s'applique ?

Dans certains litiges en droit des personnes et de la famille, des étrangers qui résident habituellement en France ou des Français vont avoir à se poser des questions liées au « statut personnel » des intéressés :

- Quelle est la loi qui s'applique dans telle affaire ? La loi française ? Une loi étrangère ?
- Doit-on saisir un tribunal français ou bien d'un autre pays ?
- Est-ce que telle décision prise par une juridiction étrangère s'applique sur le sol français ?

Cette publication s'adresse aux particuliers aussi bien qu'aux praticiens du droit, et s'efforce d'exposer de la manière la plus claire possible les règles du droit international privé qui répondent à ces questions.

Dans cette *note pratique*, les règles dites « de conflit » sont présentées par thèmes : minorité/majorité, mariage, divorce, droits et obligations des époux, règles sur la filiation, sur les obligations alimentaires, sur les successions. À chaque fois, est indiqué le mode de raisonnement à adopter pour résoudre un problème concret.

Collection *Les notes pratiques*  
[www.gisti.org/notes-pratiques](http://www.gisti.org/notes-pratiques)

Directrice de la publication : Nathalie Ferré

**Gisti**

3, villa Marcès 75011 Paris

[www.gisti.org](http://www.gisti.org)

**Juin 2007**

5 € (+ 1 € de frais d'envoi)

ISBN 2-914132-51-4