

L'article 8 de la Convention et l'obligation de reconnaître les situations familiales constituées à l'étranger : à la recherche du fondement d'une solution jurisprudentielle

Patrick Kinsch¹

1. En témoignage d'amitié à Dean Spielmann, nous voudrions ici examiner un aspect particulier de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection du droit à la vie familiale dans des situations qui relèvent (aussi) du droit international privé de la famille. Si elles sont vues sous ce dernier angle – et elles apparaîtront nécessairement d'abord, devant les autorités nationales, comme des affaires de droit international privé, l'analyse sous l'angle de la Convention européenne n'intervenant que dans un second temps – elles se caractérisent comme ce que la terminologie spécifique du droit international privé désigne comme des situations boiteuses. Les situations boiteuses sont des situations – mariage², filiation, adoption, en matière familiale – valablement acquises, au regard du droit d'un Etat étranger (l'Etat d'origine de ces situations), mais dont la reconnaissance dans un autre Etat (l'Etat de leur reconnaissance, ou plutôt de leur non-reconnaissance) se heurte à un obstacle propre au droit international privé de ce dernier Etat.

Comme les règles du droit international privé ne sont pas nécessairement harmonisées entre les différents Etats, les divergences entre les points de vue sont relativement fréquentes. Elles peuvent avoir trait soit à la compétence des autorités nationales pour intervenir³, soit à la loi applicable ou encore à la conformité de la loi appliquée par les autorités de l'Etat d'origine avec l'ordre public de l'Etat de la (non-)reconnaissance⁴. Chacune de ces divergences porte en elle un potentiel de création de situations boiteuses. S'il n'y est pas remédié par application des techniques propres au droit international privé, le caractère boiteux de la situation, prenant la forme de sa non-reconnaissance dans le deuxième Etat, est susceptible d'être analysé – si

¹ Avocat, Professeur à l'Université du Luxembourg.

² L'expression *matrimonium clandestinum*, mariage boiteux, vient originellement du droit canon, où elle désignait une autre réalité. C'est sa laïcisation par incorporation dans la terminologie du droit international privé qui a permis à l'expression de prendre son essor.

³ Problème illustré par les faits sous-jacents à une décision (d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes) de la Cour du 8 juillet 2014, *Michel c. Suisse*, n° 3235/09 : non-reconnaissance en Suisse, par application de l'article 78 de la loi fédérale sur le droit international privé, de l'adoption d'une jeune Brésilienne prononcée au Brésil à la requête d'époux suisses domiciliés en Espagne, l'article 78 réservant la reconnaissance aux seules adoptions prononcées au domicile des adoptants. Ou alors par une décision – intervenue toutefois par application de l'article 6 de la Convention et non de son article 8 – *McDonald c. France* du 29 avril 2008, n° 18648/04 (non-reconnaissance en France, par application de l'article 15 du Code civil, d'une décision de divorce prononcée en Floride au détriment d'une citoyenne française qui bénéficiait à l'époque d'un « privilège de juridiction » lui permettant de s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère prononcée contre elle). Voir aussi la décision *Hussin c. Belgique* du 6 mai 2004, n° 70807/01, dans laquelle un jugement allemand relatif à la paternité des enfants Hussin n'avait pas été reconnu en Belgique, par application des règles d'une convention bilatérale de 1958.

⁴ Problèmes illustrés par des affaires portées devant la Cour et sur lesquelles nous reviendrons : l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, arrêt du 28 juin 2007, n° 76240/01 pour ce qui est de la loi appliquée à l'étranger, qui différerait de la loi applicable au Luxembourg ; l'affaire *Green et Farhat c. Malte*, décision du 6 juillet 2010, n° 38797/07, qui concerne la non-reconnaissance à Malte d'un mariage libyen ; et, s'agissant de l'incidence de l'ordre public au sens du droit international privé, les affaires *Négrépontis-Griannisis c. Grèce*, arrêt du 3 mai 2011, n° 56759/08, *Ménnesson c. France et Labassee c. France*, arrêts du 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65041/11 ; comp. l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, arrêt du 27 janvier 2015, n° 25358/12 (sur cette affaire, cf. *infra*, note 21).

cet Etat est un Etat contractant – sous l'angle, propre à la Convention européenne des droits de l'homme, d'une potentielle violation du droit à la vie familiale telle qu'elle a été créée dans le premier Etat⁵.

2. On mettra l'accent, dans cette contribution, moins sur l'incidence de la jurisprudence européenne sur les systèmes nationaux de droit international privé des Etats liés par la Convention⁶ que sur une question interne au droit de la Convention, celle du fondement ultime de cette jurisprudence. Décrite abstraitement, cette question est celle de savoir si la jurisprudence de la Cour est une jurisprudence ayant pour objet de protéger la confiance légitime des personnes dans la stabilité d'un statut familial créé à l'étranger ou alors de promouvoir, sous couvert de protection du droit à la vie familiale, un droit des individus à l'autodétermination dans leur statut personnel. Concrètement, la question devient pertinente dans les cas où c'est en pleine connaissance de cause, en ayant conscience du fait que leur relation familiale ne sera pas reconnue dans un autre Etat avec lequel ils ont pourtant des liens – en général, ce sera l'Etat de leur résidence –, que les individus choisissent de se marier à l'étranger ou de créer une filiation par adoption ou par recours aux méthodes de procréation médicalement assistée : nous verrons que c'est dans ces cas que le fondement ultime de la jurisprudence de la Cour devient pertinent pour décider de la nature et de la mesure de la protection de ces situations par l'article 8 de la Convention.

La question sera abordée par paliers.

I. Logique du droit international privé et logique des droits de l'homme

3. Le droit international privé possède-t-il une logique radicalement incompatible avec celle des droits de l'homme ? Ce point de vue a occasionnellement été soutenu, spécialement en France⁷, sans être réellement convaincant – d'ailleurs, si cette théorie de l'irréconciliabilité des deux logiques était exacte, elle ne serait ni à l'honneur du droit international privé, ni à son avantage, puisqu'en droit international et dans la plupart des systèmes nationaux, il existe une hiérarchie claire entre les textes garantissant les droits de l'homme et le droit privé, ou le droit international privé, national. En réalité, les règles du droit international privé sont en général compatibles avec la Convention et tendent même fréquemment aux mêmes fins que celle-ci.

⁵ On fera abstraction, dans le présent contexte, de la jurisprudence, propre aux situations créées *judiciairement* à l'étranger, qui analyse la question sous l'angle de l'art. 6 et de la violation du droit à l'exécution effective des jugements, soit exclusivement (décision, préc., *McDonald c. France*) soit conjointement avec l'art. 8 (arrêt, préc., *Négrépontis-Giannitis c. Grèce*). Cette jurisprudence a ses aspects problématiques (cf. P. Kinsch, "Enforcement as a Fundamental Right", *MJP* 2014, 540). – Sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour en matière de reconnaissance des jugements étrangers, voir D. Spielmann, "La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme", *RTDH* 2011, p. 761 et du même auteur « Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions – Requirements under the European Convention on Human Rights », *Cyprus Human Rights L. Rev.* 2012, p. 4.

⁶ Pour une présentation à l'intention des spécialistes du droit international privé, cf. notre contribution sur « l'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, Pedone, 2013, p. 43 et s.

⁷ Voir ainsi P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, LGDJ, 2014, n° 208 : « L'aspiration à l'universalisme, inhérente à la notion de droits de l'homme, tend à compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé », ou à l'inverse J.-F. Flauss, obs. sous l'arrêt *Pellegrini c. Italie*, *AJDA* 2001, p. 1064 : « L'arrêt *Pellegrini* est ... véritablement révolutionnaire. Pour les défenseurs de l'autonomie du droit international privé il constitue un *casus belli* ».

En matière familiale, à propos de la reconnaissance des situations constituées à l'étranger, il en va ainsi en principe des mécanismes de base du droit international privé que sont les règles de conflit de lois et les règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers. Les règles de conflit de lois ont pour objet principal d'éviter une application systématique de la seule loi maternelle du for et de laisser un espace pour l'application des lois étrangères⁸ ; souvent, leur application est elle-même de nature à garantir la validité d'un statut juridique créé à l'étranger – au moment qu'elle aboutit à la désignation de la même loi dans les deux Etats⁹. La protection du droit à la vie familiale peut donc passer par l'application pure et simple d'une règle de conflit de lois. Il en va de même des règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers, du moins lorsqu'elles s'abstiennent de conditionner la reconnaissance des jugements à des considérations de réciprocité, par nature difficilement compatibles avec la protection et le respect des droits individuels des personnes ayant obtenu un jugement à l'étranger.

4. Même le recours par les Etats à l'exception d'ordre public, empêchant l'application des lois étrangères et la reconnaissance des jugements étrangers, est susceptible de rester compatible avec la Convention. C'est ainsi que dans les arrêts *Memesson* et *Labassee* du 26 juin 2014, la Cour a jugé qu'en principe, le souci de la France d'éviter le contournement de sa législation interdisant la gestation pour autrui justifiait le recours à l'exception d'ordre public à l'encontre de jugements américains constatant un lien de filiation entre les enfants et leur parents d'intention – sauf pour la Cour à exercer son contrôle sur l'existence d'un « juste équilibre » entre l'intérêt public et l'intérêt des requérants :

« La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale »¹⁰.

Encore faut-il observer que la condamnation de la France par les arrêts *Memesson* et *Labassee* ne s'explique pas par la prétendue incompatibilité des logiques du droit international privé et des droits de l'homme. Si les juridictions françaises l'avaient voulu, elles auraient parfaitement pu appliquer des concepts propres au droit international privé qui sont utilisés pour veiller à l'équilibre entre les exigences de l'ordre public et l'intérêt des particuliers à la stabilité de leurs situations acquises : l'effet atténué de l'ordre public à l'égard des situations constituées à l'étranger, ou la notion d'ordre public de proximité qui permet une appréciation souple des exigences de l'ordre public. Ce qui a déçu à certains commentateurs dans la condamnation de la jurisprudence française en matière de gestation pour autrui est,

⁸ Cf. *Harroudf c. France*, arrêt du 4 octobre 2012, n° 43631/09, § 51, qui estime que la règle de conflit française en matière d'adoption « respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante ».

⁹ Exemple : dans les Etats où c'est par application de la règle de conflit de l'Etat de la reconnaissance qu'est jugée la validité d'un mariage célébré à l'étranger, la règle de conflit classique en matière de *forme du mariage* soumet celle-ci à la loi du lieu de célébration. C'est par application de cette règle de conflit que sont validés les mariages purement religieux célébrés dans les Etats du Moyen-Orient – et ceci même dans les Etats laïques d'Europe qui n'admettraient pas la validité de pareils mariages célébrés sur leur propre territoire.

¹⁰ Arrêt *Memesson c. France*, préc. (note 3), § 84 ; arrêt *Labassee c. France*, préc. (note 3), § 63.

aussi bien, moins la superposition de concepts issus de la Convention à l'ordre public national que le contrôle européen de l'équilibre entre les intérêts respectifs, assuré par une juridiction internationale.

5. La divergence des règles de conflits de lois entre les différents Etats, effet presque inévitable du défaut d'harmonisation internationale des règles de conflits, est un (autre) facteur, propre au droit international privé, de disharmonie internationale des solutions. L'affaire qui l'illustre le mieux, dans la jurisprudence de la Cour, est l'affaire qui a donné lieu à l'important arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*¹¹.

M^{me} Wagner, ressortissante luxembourgeoise, avait adopté plénièrement un enfant au Pérou ; la reconnaissance de l'adoption lui fut refusée au Luxembourg au motif que la loi péruvienne appliquée par la juridiction ayant prononcé l'adoption n'était pas la loi applicable au regard du système luxembourgeois de conflits de lois : selon ce dernier système, la loi applicable aux conditions pour adopter est la loi nationale de l'adoptant ; or le droit matériel luxembourgeois ne permettait pas l'adoption plénière aux célibataires¹². C'est ce type de situation, donnant naissance à des situations boiteuses, qui est *a priori* difficile à maîtriser par les outils du droit international privé, et qui peut ainsi rendre nécessaire une invocation, au titre de la hiérarchie des normes, de la protection de la vie familiale telle qu'elle est garantie par l'article 8 de la Convention. Néanmoins la nécessité de remédier aux situations boiteuses préoccupe depuis très longtemps également le droit international privé, qui a développé certains mécanismes dérogatoires aux règles de conflit de lois normales pour être en mesure de valider, dans des cas jugés appropriés, des situations valablement nées au regard d'un ordre juridique étranger¹³.

Une méthode générale de traitement de ces situations en droit international privé contemporain est la « méthode de la reconnaissance » qui propose de distinguer entre la création des situations dans un Etat, pour laquelle les règles de conflit de lois continueraient à s'appliquer, et le traitement des situations valablement acquises au regard d'un ordre juridique étranger, qu'il est proposé de reconnaître sans contrôle de la loi appliquée à l'étranger par rapport aux règles de conflit du for¹⁴.

6. Le droit international privé peut, en adoptant une variante ou une autre de la méthode de la reconnaissance, résoudre de manière autonome et sans recours (ou sans recours explicite) à la protection de la vie familiale, le problème des situations boiteuses résultant de l'article 8 de la Convention, du moins si celles-ci sont interprétées – et ce sera le thème développé dans la suite de la présente contribution – comme liées à l'existence d'une confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation acquise et dans sa reconnaissance internationale.

En fait, la nature et le degré de libéralisme de la méthode de la reconnaissance telle qu'elle peut être en vigueur dans un ordre juridique déterminé est susceptible de varier. Une forme modérée – qui correspond à ce qui est selon nous le fondement pertinent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵ –, adoptée en tant que partie intégrante du système national de droit international privé, est la solution du nouvel article 9 du livre 10 du Code civil néerlandais, qui subordonne la dérogation aux règles de conflits normales du droit international privé néerlandais au souci de remédier à une « violation inacceptable de la sécurité juridique »¹⁶. Mais d'autres fondements sont concevables et peuvent mener à l'adoption par le droit international privé d'une méthode de la reconnaissance plus radicale, sans contrôle des motifs du recours à la création d'une situation à l'étranger par les particuliers soucieux d'échapper aux contraintes de la loi de leur résidence ou nationalité. Peut-être ainsi servir de fondement, le respect des ordres juridiques étrangers, de ce qui est perçu comme les nécessités du bon fonctionnement d'un système fédéral ou proto-fédéral ou même du système international, par opposition à la seule faveur donnée aux intérêts des particuliers qui utilisent les possibilités offertes par ce système ; se rattachent à cette idée la jurisprudence américaine dans de nombreux domaines (fondement constitutionnel interfédéral, ou appel à la notion de *comity* soit entre Etats fédérés, soit internationale)¹⁷, et celle de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸. On peut également concevoir des fondements franchement néolibéraux, comme la promotion de la concurrence entre ordres juridiques ou l'autonomisation des individus, qui doivent pouvoir choisir eux-mêmes et en fonction de leurs propres intérêts entre les solutions de droit matériel qui sont mises à leur disposition selon les différents systèmes nationaux, et être certains de la reconnaissance internationale des situations ainsi acquises.

7. On voit ainsi qu'il n'existe aucune contradiction nécessaire entre la logique du droit international privé et la logique des droits de l'homme. Le droit international privé, tel qu'il est en vigueur dans certains ordres juridiques, est même susceptible de se révéler plus favorable à la reconnaissance des situations juridiques acquises à l'étranger que ne l'est la

¹⁵ *Infra*, partie II.

¹⁶ « Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la sécurité juridique » (introduit dans le Code civil par la loi du 19 mai 2011, trad. fr. à la *Rev. crit. DIP* 2012, p. 1058).

¹⁷ Voir ainsi, pour la reconnaissance (par les tribunaux d'Etats qui ne connaissent pas cette forme de mariage) de mariages homosexuels célébrés dans un autre Etat, généralement à l'occasion d'un bref déplacement et entre résidents de l'Etat de la reconnaissance, *Martinez v. County of Monroe*, 850 N.Y.S.2d 740 (A.D. 4 Dept., 2008) et autres décisions new-yorkaises ; et dans le cadre d'une demande en divorce entre conjoints homosexuels au Maryland *Port v. Cowan*, 44 A.3d 970 (Md. 2012).

¹⁸ Il en va ainsi de la justification, centrée sur la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union européenne, de l'obligation faite aux autorités allemandes de reconnaître le double nom attribué au Danemark, par application d'une autre loi que celle qui était applicable en Allemagne, à un jeune enfant né au Danemark de parents allemands : arrêt du 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

¹¹ Préc., note 3. L'affaire *Green et Farhat c. Malte* (note 3) – dans laquelle était en cause la non-reconnaissance du mariage de la requérante contracté en Libye après sa conversion à l'Islam, et sans dissolution (valable à Malte) de son premier mariage – s'explique peut-être elle aussi par une différence des règles de conflits entre la Libye et Malte ; mais dans la motivation de leur décision, les autorités maltaises invoquèrent également l'ordre public, sans préciser s'il s'agissait de l'ordre public au sens du droit international privé ou alors de l'ordre public au sens du droit interne de Malte qu'elles auraient considéré comme applicable.

¹² Après l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, il a été jugé par la Cour d'appel luxembourgeoise que cette règle de droit matériel était incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme (combinaison de l'article 14 et constatation d'une discrimination au détriment des adoptants célibataires) et dès lors inapplicable : Cour d'appel 16 décembre 2009, *JTI* 2010, 73.

¹³ Les techniques exceptionnelles de validation qui peuvent être mises en œuvre ont des désignations diverses (cf. P. Piconne, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 276 (1999) 9, 227-231) : protection des droits acquis à l'étranger, méthode de la référence à l'ordre juridique étranger compétent, mise à l'écart du système de solution des conflits de lois du for à l'égard de situations nées à l'étranger sans contact avec l'ordre juridique du for, distinction entre for de jugement et for de raisonnement, rattachement (selon le cas dépendant ou indépendant) des questions préliminaires, validation suite à un changement ultérieur de la loi applicable dans une situation de conflit mobile, et ainsi de suite.

¹⁴ P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI* 371 (2014) 9 (avec une référence, p. 27, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme). Voir aussi P. Lagarde (dir.), *op. cit.*, *supra* note 5 et R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 348 (2011) 253.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce contexte précis, la question du fondement de la jurisprudence de la Cour prend cependant toute sa pertinence : ce n'est que si cette jurisprudence s'explique ultimement par la protection de la confiance légitime dans le statut familial acquis à l'étranger qu'elle diffère des solutions, plus radicales, adoptées dans certains systèmes de droit international privé. Ce qui nous amène au deuxième point de notre analyse.

II. Protection de la confiance légitime ou de l'autonomie personnelle ?

8. Dans aucune des affaires pertinentes portées devant la Cour, l'existence même d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 n'a été niée : ni dans les affaires d'adoption¹⁹, ni dans les affaires de filiation²⁰, ni dans l'affaire du mariage célébré en Libye mais non reconnu à Malte²¹. Et effectivement, dans chacun de ces cas, les liens d'ordre familial tels qu'ils étaient vécus au moins *de facto* entre parents et enfants ou entre époux correspondaient à une réalité incontestable, engendrant dès lors une double obligation à la charge de l'Etat contractant concerné, une obligation de s'abstenir d'une ingérence injustifiée dans le droit protégé par l'article 8 et une obligation positive de respecter effectivement la vie familiale. Ces corollaires du droit au respect à la vie familiale ne touchent cependant pas nécessairement à la question de droit international privé de la reconnaissance juridique dans le for du statut familial conféré aux requérants à l'étranger. Le droit international privé n'est intéressé que si la Cour estime qu'au-delà des conditions (d'ordre administratif, essentiellement) d'un respect de la vie familiale *de facto*, il existe une obligation pour l'Etat de reconnaître aux requérants le *statut juridique* qu'ils ont acquis à l'étranger²². La question à laquelle nous recherchons la réponse est donc celle-ci : à quelles conditions existe-t-il une obligation de reconnaître, au-delà de l'existence factuelle d'une vie familiale, le statut juridique acquis à l'étranger, de ne pas « passer outre le statut juridique créé valablement à l'étranger », comme l'exprime l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*²³ ? C'est cette incidence particulière du droit au respect de la vie familiale qui dépendra du fondement réel de la jurisprudence de la Cour.

A. Première thèse : l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se fonde sur la protection de la confiance légitime des requérants

9. Cette première thèse – qui a notre sympathie – fait apparaître la jurisprudence de la Cour comme une jurisprudence inspirée d'un esprit d'équilibre et de compromis : elle ne reconnaît pas aux Etats la possibilité d'opposer, dans tous les cas, les conditions restrictives prévues par

leur droit international privé à l'égard des situations constituées à l'étranger, mais elle ne proclame pas non plus la possibilité, sans restriction, pour les particuliers d'obtenir à l'étranger un statut juridique qui leur est refusé par le droit de l'Etat de leur nationalité ou de leur résidence, et de le faire reconnaître ensuite dans ce dernier Etat. Selon cette première thèse, même si par ailleurs les relations entre les requérants peuvent se voir reconnaître le statut d'une « vie familiale » *de facto*, la reconnaissance spécifique du statut juridique obtenu à l'étranger présuppose que ce statut ait été acquis de bonne foi et dans une situation de confiance légitime dans sa permanence.

10. L'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*²⁴ a ainsi constaté l'existence d'une obligation pour le Luxembourg de reconnaître l'adoption plénière de la requérante J.M.W.L. par M^{me} Wagner au regard des circonstances de fait qui avaient entouré la procédure d'adoption au Pérou : M^{me} Wagner s'était fiée à la pratique, alors existante, des officiers d'état civil luxembourgeois d'accepter la transcription automatique des jugements d'adoption étrangers, sans contrôle par rapport aux conditions formulées par le droit international privé luxembourgeois. Ayant adopté J.M.W.L., puis l'ayant emmenée au Luxembourg, elle s'était heurtée à une modification soudaine de la pratique administrative. Pourtant, comme le constate la Cour : « Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier d'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien »²⁵.

De même, dans l'affaire *Négréponis-Giannisis c. Grèce*, la non-reconnaissance en Grèce de l'adoption du requérant prononcée par un tribunal américain était de nature à porter atteinte à la confiance légitime du requérant, le fils adoptif, dans la validité de l'adoption. Le requérant avait été adopté par son oncle, un moine grec et évêque de l'Eglise orthodoxe à Detroit, dans des circonstances qui faisaient ressortir le caractère réel et substantiel des liens entre cette adoption et les Etats-Unis d'Amérique : le père adoptif était de nationalité grecque mais résident permanent aux Etats-Unis – de même que son neveu majeur résidait aux Etats-Unis depuis trois ans pour ses études universitaires. Ce ne fut qu'à la fin de ses études que le neveu et fils adoptif entra en Grèce ; la relation de filiation adoptive fut maintenue pendant 14 ans, jusqu'au décès de l'oncle. On peut certes admettre que l'oncle devait être conscient du fait que l'adoption lui était interdite par le droit de l'Eglise orthodoxe grecque, mais il n'y a pas de raison de penser que son neveu aurait dû savoir qu'une vingtaine d'années plus tard, la Cour de cassation grecque allait décider, dans un litige sur la succession de l'oncle, que cette interdiction du droit ecclésiastique valait également pour le droit civil et faisait partie de l'ordre public au sens du droit international privé grec :

« La Cour relève que l'adoption litigieuse a eu lieu en 1984, alors que le requérant avait atteint l'âge adulte et qu'elle a duré vingt-quatre ans avant que la Cour de cassation n'y mette un terme par ses arrêts. Les parties n'ont par ailleurs fourni aucun élément tendant à démontrer que la réalité des liens entre le requérant et son père adoptif ait été mise en cause avant que la question de la succession ne se pose »²⁶.

²⁴ Préc., note 3.

²⁵ § 130 de l'arrêt.

²⁶ § 75 de l'arrêt. Voir également le § 72 : « La Cour note que ces règles [celles qui s'opposaient, selon la Cour de cassation grecque, à la reconnaissance de l'adoption] sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles. La formation plénière de la Cour de cassation a fait application de ces règles, alors que l'article 3 de la loi 1250/1982 abrogeant l'article 1364 de l'ancien code civil grec qui interdisait aux moines de se marier, autorise désormais de manière expresse leur droit au mariage. Dans les travaux préparatoires de cette loi, il était mentionné que certains empêchements au mariage, dont l'interdiction du mariage de moines, ne poursuivaient aucune nécessité sociale et ne pouvaient s'appliquer dans l'ordre

¹⁹ *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* et *Négréponis-Giannisis c. Grèce*, préc., note 3.

²⁰ *Mennesson c. France* et *Labasse c. France*, préc., note 3.

²¹ *Green et Farhat c. Malte*, préc., note 3.

²² La distinction entre les deux est bien illustrée par l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 27 janvier 2015 (préc., note 3). La Cour y constate une ingérence – jugée non justifiée, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant – dans la vie familiale existant *de facto* entre les requérants et un enfant né par gestation pour autrui en Russie avec attribution à l'enfant, conformément au droit russe, d'un certificat de naissance enregistrant comme parents du nouveau-né ses parents d'intention italiens. Il s'était avéré par la suite qu'il n'existait aucun lien biologique entre l'enfant et les parents d'intention (qui semblent avoir été victimes des « agissements » d'une agence russe d'organisation de gestations pour autrui, § 76) ; les autorités italiennes avaient décidé en conséquence de séparer l'enfant de ses parents d'intention et de le faire prendre en charge par les services sociaux. Ce que l'arrêt reproche à l'Italie n'est pas la non-reconnaissance du certificat de naissance russe en tant que tel (§ 77) : « En faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable », mais uniquement les mesures administratives d'éloignement et de mise sous tutelle prises à l'égard de l'enfant, c'est-à-dire l'ingérence dans la vie familiale *de facto*.

²³ § 133 de l'arrêt ; voir aussi l'arrêt *Négréponis-Giannisis c. Grèce*, § 74.

Dans la décision, brièvement motivée, *Green et Farhat c. Malte*, la Cour était saisie d'une situation dans laquelle une citoyenne maltaise, qui avait épousé son premier mari à Malte conformément au rite catholique, s'expatria en Libye, s'y convertit à l'islam (ce qui entraînait automatiquement, au regard de la loi libyenne, la dissolution de son mariage, une convertie ne pouvant rester liée à un non-musulman) et épousa, avec l'autorisation d'une juridiction locale, son deuxième mari, avec lequel elle resta pendant près de vingt ans en Libye où les époux étaient considérés comme valablement mariés. Vingt ans après, lors de son retour à Malte accompagné de son deuxième mari, elle échoua à obtenir l'enregistrement de son mariage libyen à Malte : les juridictions maltaises décidèrent qu'il n'était pas prouvé que le premier mariage de M^{me} Green était réellement dissous et qu'en conséquence, le deuxième mariage semblait polygamique. La décision de la Cour rejette la requête comme manifestement malfondée : la prise en considération, par les juridictions maltaises, des intérêts de la communauté nationale au maintien du principe de la monogamie et de ceux du premier mari de la requérante restait à l'intérieur de la marge d'appréciation des autorités nationales. Les circonstances de fait de l'affaire *Green et Farhat c. Malte* intriguent, mais la décision est trop sommairement motivée pour permettre de dire si M^{me} Green et son mari libyen étaient conscients, au moment de la conclusion de leur mariage, de ce que celui-ci ne serait pas reconnu à Malte, ni permet-elle de juger si la cour aurait été disposée à admettre que la très longue durée de la vie familiale en Libye était de nature à engendrer, à elle seule, une confiance légitime dans le chef de la requérante et de son second mari. En tout cas, il a été jugé qu'à supposer même qu'il y ait eu ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, les raisons d'ordre public invoquées par les autorités maltaises étaient suffisamment graves pour relever de la marge nationale d'appréciation.

Vient en fin les affaires *Mémesson c. France* et *Labasse c. France*, caractérisées par la non-reconnaissance en France du lien de filiation, documenté par des actes de naissance judiciaires américains, entre les enfants nés d'une mère porteuse et leurs parents d'intention français, le père d'intention étant également leur père biologique. La Cour y était confrontée à une situation où, selon ses constatations, les parents d'intention ne pouvaient ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux de non-reconnaissance en France de la filiation qui résulterait de la mise en œuvre de la convention de gestation pour autrui aux États-Unis²⁷. Ce fait est de nature à montrer que la confiance légitime dans la reconnaissance de la filiation en France n'existait pas en ce qui concernait les parents d'intention²⁸. Toutefois, dans les deux arrêts de la Cour, une violation de la Convention ne fut constatée qu'à l'égard des enfants dont la filiation paternelle, conforme à la réalité biologique, n'était pas reconnue, violant ainsi leur droit à leur identité (article 8 de la Convention, au titre de la « vie privée ») : or les enfants nouveaux-nés n'avaient évidemment pas contribué aux circonstances de leur gestation, et la stabilité de leur situation familiale est pour eux une nécessité primaire, pouvant remplacer la « confiance légitime » qui ne peut pas exister dans leur chef.

11. La thèse selon laquelle l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se base sur la protection de la confiance légitime, ou de ce qui en tient lieu dans le cas des enfants, reste par conséquent conforme à la jurisprudence de la Cour. D'une manière générale,

juridique. La Cour note, en outre, qu'en l'espèce l'adoption est intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi ».

²⁷ Arrêt *Mémesson c. France*, § 58, dans le contexte de la vérification du caractère « prévu par la loi » de l'ingérence.

²⁸ Cf. en ce sens J. Guillaumé, note sous l'arrêt *Mémesson* au JDI 2014, p. 1273.

sans confiance légitime dans la stabilité de l'aspect pertinent de la vie familiale, l'application du droit à la protection de la vie familiale n'a évidemment pas beaucoup de sens²⁹.

Mais il existe également une deuxième thèse sur le fondement de la jurisprudence de la Cour.

B. Deuxième thèse : l'obligation de reconnaître le statut juridique obtenu à l'étranger se fonde sur l'autonomie personnelle dans le choix de son statut personnel

12. Cette deuxième thèse se trouve soutenue dans des appréciations, en général défavorables à la jurisprudence de la Cour, qui soulignent ce que leurs auteurs estiment être la communauté d'inspiration de cette jurisprudence et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de libre circulation des individus, elle-même interprétée dans le sens de la fluidification maximale de la vie personnelle. Le fondement ultime de la jurisprudence serait la liberté laissée aux individus de choisir eux-mêmes, entre les lois des différents États, leur propre statut juridique. La jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* apparaît dans cette vision comme un élément de l'autonomisation des individus par rapport aux contraintes qui résultent des lois étatiques ; comme l'a écrit un auteur, « emancipation's last stage would bring about the *persome sans loi* »³⁰.

L'analyse qu'on vient d'exposer se heurte toutefois à des objections. La Convention européenne des droits de l'homme ne repose pas sur la préoccupation, centrale au droit de l'Union européenne, de la suppression des entraves à la libre circulation, mais uniquement sur les droits de l'homme garantis par la Convention. Or si l'on pouvait réellement soutenir que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'obligation de reconnaître les statuts juridiques obtenus à l'étranger repose sur le droit des individus de choisir pour eux-mêmes la loi qui s'appliquera à eux, ceci reviendrait à soutenir que la Convention garantit un droit en principe – et sauf les exceptions figurant au second paragraphe de l'article 8 – illimité à la création de statuts juridiques en matière familiale. Ce droit général à la création du statut juridique choisi par les individus n'est toutefois pas consacré par la Convention ; c'est ainsi que la Cour a jugé que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter³¹ et, s'il est vrai que l'article 12 de la Convention garantit le droit au mariage, la Cour a jugé qu'« en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants »³². La Convention, et la jurisprudence de la

²⁹ Dans un récent arrêt qui n'a pas traité à une affaire transfrontière, mais à une affaire interne à la Roumanie dont les juridictions avaient annulé une adoption trente ans après son prononcé, une violation de l'article 8 a été constatée au motif que « where the existence of a family tie has been established the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be maintained. Splitting up a family is an interference of a very serious order. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty considerations not only in the interests of the child... but also in respect of the legal certainty » : *Zaitef c. Roumanie*, arrêt du 24 mars 2015, n° 44958/05, § 46, mise en évidence ajoutée. La référence à la « sécurité juridique » (*legal certainty*) est liée à la confiance légitime des individus dans la stabilité de leur statut.

³⁰ T. Marzal Ytano, « The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010) 155, p. 191, un article polémique et brillant, avec (on l'espère) une forte pointe d'exagération. Comp. L. Gammag, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. phil. droit* 2014, 229, spéc. p. 244, selon laquelle la jurisprudence de la Cour signifie la possibilité pour les parties de « constituer la vie familiale qui leur convient dans l'ordre juridique de leur choix ».

³¹ *Prété c. France*, arrêt du 26 février 2002, n° 36515/97, § 32 ; *Harrouf c. France*, préc. (note 7), § 41. L'arrêt de la Grande Chambre dans l'affaire *E.B. c. France*, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 46, laisse ouverte la question de savoir si le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles..., doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément ».

³² *Schalk et Kopf c. Autriche*, arrêt du 24 juin 2010, n° 30141/04, § 61.

Cour, ne devraient dès lors pas pouvoir être invoqués à l'appui d'un droit au libre choix de son statut personnel. Il faut un élément supplémentaire pour que la jurisprudence de la Cour s'applique : que la non-reconnaissance du statut acquis à l'étranger remette en cause la confiance légitime des requérants dans la stabilité de ce statut.

13. Cela dit, la question ne deviendra vraiment décisive que dans une (future) affaire qui mettrait en cause un ou plusieurs requérants qui auront décidé d'aller acquérir à l'étranger un statut dans le seul but de s'en servir dans l'Etat dont ils sont les nationaux et les résidents, en connaissant les obstacles à la reconnaissance qui résultent de la loi de leur Etat. Un exemple de cette situation pourrait être la célébration à l'étranger, à des fins symboliques ou militantes, d'un mariage homosexuel entre deux personnes qui ont l'intention de retourner aussitôt dans leur pays d'origine et qui n'ignorent pas que le droit international privé de ce pays fait obstacle à la reconnaissance de la validité du mariage³³.

A condition de se présenter devant la Cour en des termes aussi chimiquement purs, une affaire de ce type lui permettrait de se décider expressément entre les deux fondements possibles de sa jurisprudence en matière d'obligation de reconnaître les situations familiales constituées à l'étranger.

³³ C'est la situation décrite dans l'ouvrage, antérieur à la consécration en droit français du droit au « mariage pour tous », de M^e C. Mécary, *L'amour et la loi. Homos/hétéros : mêmes droits mêmes devoirs*, Paris, Alma, 2012, p. 97 : « Jules et Philippe : le mariage de deux Français à l'étranger ». Aux Etats-Unis, des mariages homosexuels ont souvent été reconnus dans des situations de ce type (*supra*, n° 6 et note 16), sur des fondements juridiques respectables mais très différents de ce qui est, selon l'avis défendu dans la présente contribution, le droit au respect de la vie familiale.