

L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PATRICK KINSCH

Avocat, Professeur invité à l'Université du Luxembourg

I. UNE JURISPRUDENCE DE COMPROMIS

1. La Cour européenne des droits de l'homme n'a certainement pas l'ambition d'être une juridiction spécialisée en matière de conflits de lois. Et pourtant, par différentes décisions¹ et par les arrêts *Wagner c. Luxembourg*² et *Négrépontis-Giannisis c. Grèce*³, elle a réussi à s'introduire dans la discussion autour du principal changement de paradigme scientifique à l'intérieur du droit international privé contemporain : la substitution, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une situation acquise à l'étranger (ou conformément à un système étranger de droit international privé), de la méthode de la reconnaissance à la méthode conflictualiste classique. Selon la méthode conflictualiste, pour juger de la validité de l'acquisition d'une situation, il faut nécessairement connaître la loi applicable à son acquisition ; et cette loi ne peut être déterminée que par la règle de conflit du for de la reconnaissance, qui s'applique ainsi à la fois à l'acquisition d'une situation sur le territoire du for et à la reconnaissance des situations acquises à l'étranger⁴. La méthode de la reconnaissance propose d'accepter de reconnaître les situations constituées conformément à un système étranger de droit international privé, et de le faire sous la condition, ayant trait au conflit de lois, qu'elles aient été valablement constituées selon le système étranger (et qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'ordre public international de l'Etat de leur reconnaissance) ; elle propose par conséquent de

¹ *Hussin c. Belgique* (décision du 6 mai 2004, n° 70807/01), *McDonald c. France* (décision du 29 avril 2008, n° 18648/04, *Rev. crit. DJP* 2008, p. 830, et la note : *JDI* 2009, p. 193, note Marchadier), *Green et Farhat c. Malte* (décision du 6 juillet 2010, n° 38797/07, *Rev. crit. DJP* 2011, p. 665, note d'Avout, *YbPIL* 13 (2011) 42-44, et les obs.)

² Arrêt du 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.* 2007, p. 2700, note Marchadier ; *Rev. crit. DJP* 2007, p. 807, et la note ; *JDI* 2008, p. 183, note d'Avout.

³ Arrêt du 3 mai 2011, n° 56759/08, *Rev. crit. DJP* 2011, p. 889 ; *JDI* 2012, p. 213, note Dionisi-Peyrusse.

⁴ Pour une récente défense et illustration de ce paradigme, voir A.V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », *Rec. des cours*, vol. 311 (2004, publié en 2009), en particulier les n°s 33 (où l'auteur relève qu'« legal truth is relative as it is restricted to the community in question », « for each community, there can be only one legal truth, truth is indivisible ») 208, 430 et s., 507. Voir aussi les quatre livraisons du cours de B. Ancel, « Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictualiste », Paris II, 2005-2006 à 2008-2009.

renoncer à leur appréciation au regard de la règle de conflit de lois de l'Etat de la reconnaissance⁵. Même si elle ne s'identifie pas nécessairement à elle⁶, la méthode de la reconnaissance des situations créées extrajudiciairement en vient à des résultats similaires à celle de la reconnaissance de décisions judiciaires sans vérification de leur conformité conflictuelle, telle qu'elle est acquise en droit commun français – lequel lui a pourtant résisté pendant longtemps – depuis l'arrêt *Cornelissen* de la première chambre civile de la Cour de cassation⁷.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible d'être invoquée, dans certains cas, à l'appui de résultats que permet d'atteindre la méthode de la reconnaissance. Comme nous le montrerons, le schéma explicatif le plus convaincant de sa jurisprudence actuelle est que le droit à la reconnaissance dérive directement de la confiance légitime des intéressés dans la stabilité internationale de la situation acquise. Lorsque cette confiance légitime n'existe pas, la non-reconnaissance par les autorités d'un Etat contractant n'est pas une violation des droits de l'homme⁸. Au-delà de cette indication, il faut respecter l'approche particulière de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a pas, ne peut pas avoir et ne doit pas avoir l'ambition de construire un système de droit international privé. Ce n'est pas là sa mission, ce n'est pas ce qu'elle fait le mieux et c'est, en fait, directement contraire à sa méthode : selon une jurisprudence constante, il n'appartient pas à la Cour d'examiner dans l'abstrait la compatibilité du droit interne avec la Convention, mais son rôle consiste à se pencher sur l'application de mesures spécifiques aux faits de chaque cause⁹. La Cour est une juridiction dont la mission est de vérifier que les résultats de l'application des règles nationales de droit international privé sont compatibles avec les exigences des droits de l'homme, mais non de substituer à ces règles l'application des normes de la Convention, dont la fonction n'est pas de régir directement l'ensemble des rapports de droit privé. Il en va de même d'ailleurs des juridictions nationales lorsqu'elles confrontent les résultats de l'application de leurs règles de droit international privé aux exigences des droits de l'homme. Et surtout, ces juridictions, ou le législateur (national ou, de plus en plus, européen) en matière de droit international privé peuvent, si et dans la mesure où ils

le souhaitent, aller plus loin dans le sens de la reconnaissance des situations constituées conformément à un système étranger de droit international privé que ce qui est exigé par la jurisprudence de la Cour européenne, et le faire par référence à des fondements intellectuels autres que la défense des droits garantis par la Convention.

On peut se représenter les différentes approches que le droit international privé positif comparé adopte à l'égard des situations constituées à l'étranger comme un spectre passant, à travers plusieurs approches intermédiaires, du maintien pur et simple de la méthode conflictualiste classique, même à l'égard des situations créées à l'étranger, à la solution la plus libérale qui consiste à valider les situations acquises à l'étranger après simple vérification de leur conformité avec les solutions du droit international privé local (et sous la seule réserve de la conformité à l'ordre public du for de la reconnaissance) sans condition ayant trait aux liens des intéressés avec l'Etat de la création de la situation. Pour la célébration du mariage – le mariage ayant toujours été la matière emblématique du statut personnel, avec un regain d'actualité du fait de l'introduction dans certains Etats du mariage entre personnes du même sexe – le spectre va ainsi de l'approche classique de la jurisprudence française, qui a été strictement fidèle à la loi personnelle même à l'égard des mariages célébrés à l'étranger¹⁰, à la solution très libérale adoptée par l'article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages¹¹ ainsi que par un nombre significatif de systèmes nationaux de droit international privé¹².

3. Le choix d'opter pour la méthode de la reconnaissance impliquant la renonciation à tout contrôle au regard des règles de conflit de l'Etat de l'occasion d'un bref déplacement et entre résidents de l'Etat de la reconnaissance, *Martinez v. Conroy 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). Pour la reconnaissance au Liban ou en Israël de mariages civils célébrés à Chypre entre ressortissants de ces Etats qui ne respectent pas les règles religieuses (de fond) qui y sont applicables au mariage, voir la jurisprudence citée par M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, 2005, n°s 233 et s. (jurisprudence analysée comme admettant un « dérivatif extérieur » selon P. Gammagè, cité *ibid.*, n° 234).

⁵ P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures », *Rebelz* 2004, p. 225, spéc. 229-235; « La reconnaissance, mode d'emploi », *Liberté Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481; « Embryon de règlement portant code européen de droit international privé », articles 141 et s., *Rebelz* 2011, p. 671.

⁶ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance », *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.

⁷ Civ. 1^{re} 20 février 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note Ancel et Muir-Wat.

⁸ *Infra*, n°s 7 et 8.

⁹ Jurisprudence constante, p.ex. l'arrêt *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, *Série A* n° 28, § 33.

¹⁰ Voir ainsi, assez récemment, Civ. 1^{re} 24 septembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note Bourdelois, qui confirme l'annulation du mariage polygamique – célébré et valable au regard du droit international privé égyptien – d'une Française avec un Libanais qui s'était converti à l'Islam. L'annulation a été prononcée au motif exclusif de la violation de l'art. 147 du Code civil (empêchement de polygamie) par l'épouse française. Voir également, avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe, Rép. ministérielle du 9 mars 2006, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 440.

¹¹ « Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre » (art. 9, al. 1^{er}). L'art. 11 énumère les cas dans lesquels, exceptionnellement, la reconnaissance d'un mariage n'est pas obligatoire, et l'art. 14 réserve l'incompatibilité de la reconnaissance avec l'ordre public du for de la (non-reconnaissance).

¹² Voir, pour la reconnaissance aux Etats-Unis (et 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. Conroy 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). Pour la reconnaissance au Liban ou en Israël de mariages civils célébrés à Chypre entre ressortissants de ces Etats qui ne respectent pas les règles religieuses (de fond) qui y sont applicables au mariage, voir la jurisprudence citée par M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, 2005, n°s 233 et s. (jurisprudence analysée comme admettant un « dérivatif extérieur » selon P. Gammagè, cité *ibid.*, n° 234).

la reconnaissance n'est jamais un choix purement technique. Il n'existe aucun argument logiquement contraignant qui limiterait la méthode classique des règles de conflit à la seule création de situations dans le for et interdirait de l'appliquer à des situations créées ailleurs, quel que soit le support de cette création. Jugements, actes publics, actes ou comportements privés peuvent tous sans illogisme être soumis – et ont en fait été soumis, tout particulièrement en droit international privé français, ou le sont encore –, avant leur validation par le for, à une vérification de leur conformité avec le système de conflit du for lui-même. A l'inverse, l'adoption de la méthode de la reconnaissance n'est pas prohibée par la logique juridique non plus. Il y a là un choix à opérer, en fonction d'une politique législative ou jurisprudentielle déterminée. La méthode de la reconnaissance est d'essence libérale. Selon le cas, son fondement peut être l'un des suivants, et le fondement précis – ou le dosage de différents fondements – adopté individuellement pourra varier¹³ :

(1) Le relativisme, la prise en considération du caractère essentiellement relatif de toutes les solutions des conflits de lois¹⁴ ;

(2) 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), et celle de la Cour de justice de l'Union européenne ;

(3) La promotion de la concurrence entre ordres juridiques : là encore, c'est un fondement possible ; ce fondement ne semble pas élargir à une partie de la jurisprudence américaine et européenne (au sens de : jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁵) ;

(4) 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 de droit international privé, et être certains de la reconnaissance internationale des situations ainsi acquises.

4. A l'intérieur du spectre qui va de l'adoption sans réserve d'une variante maximale de la méthode de la reconnaissance au rejet complet de cette méthode se situent diverses solutions de compromis. Ces solutions partiront de la pertinence, en principe, de la règle de conflit du for de la reconnaissance, mais l'atténueront en ayant égard aux circonstances de fait avant de se décider pour ou contre la reconnaissance d'une situation qui n'a pas été acquise conformément au système de droit international privé du for appelé à statuer sur elle. La forme exacte que prend ce compromis peut elle-même varier. Historiquement, les premières formes (de solution des « conflits de systèmes ») mettaient l'accent sur le caractère exceptionnel de la reconnaissance d'une situation acquise sans contact, au moment de son acquisition, avec l'Etat de la reconnaissance et en présence d'un consensus entre les tous systèmes de conflits de lois alors concernés¹⁶. Parmi les formes modernes et souples, la solution de l'article 9 du livre 10 du Code civil néerlandais paraît particulièrement attrayante¹⁷. C'est à ce type de solution de compromis que se rattache l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, non à une version plus radicale de la méthode de la reconnaissance – et encore moins à une version idéologisée de celle-ci : ceux des critiques de la jurisprudence de la Cour qui soutiennent qu'elle serait inspirée par une idéologie de la « personne sans loi »¹⁸ ont, nous semble-t-il, tort.

5. Le fait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme réalise une solution de compromis entre le maintien rigoureux du paradigme conflictuel classique et la méthode pure de la reconnaissance ne signifie pas qu'il ne soit pas possible d'aller plus loin dans la reconnaissance, de la soumettre à des conditions moins exigeantes si on l'estime préférable en général ou à propos de situations particulières. Simplement, ce dont il est question dans cette contribution est le minimum dont la non-adoption par un ordre juridique donné entraîne un risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme.

¹³ Ce catalogue n'est pas nécessairement exhaustif. Par ailleurs il est important de noter que, si chacun des fondements cités se rattache à l'idée d'un droit international privé libéral, il est parfaitement possible de n'y adhérer que sélectivement, en fonction des matières. En droit international privé aussi bien qu'en politique, peuvent coexister des options pour des solutions très libérales en matière de statut personnel et pour des solutions restrictives ou interventionnistes en matière économique (ou l'inverse).

¹⁴ Selon l'un des architectes de la loi, ce relativisme est le fondement intellectuel des solutions, allant assez loin dans le sens de la méthode de la reconnaissance, de la LDIP suisse : voir F. Vischer, « General Course on Private International Law », *Rec. des cours*, vol. 232 (1992), spéc. p. 246.

¹⁵ Spécialement en matière de droit des sociétés : voir ainsi explicitement le point 20 des conclusions de l'avocat général La Pergola sous C.J.C.E. 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec p. I-1459.

¹⁶ Solution qui a été proposée dans un certain nombre de travaux classiques de l'histoire du droit international privé, spécialement par E.M. Meijers et Phocion Francoscakis. Voir également, plus récemment, la thèse de M.-N. Jobard-Bachellet, *L'apparence en droit international privé*, L.G.D.J., 1984, préface Paul Lagarde.

¹⁷ « 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).

¹⁸ T. Marzal Yelano, « The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *J. Priv. Int'l L.* 6 (2010) 155, 191-192.

II. CASUISTIQUE

6. On rappellera ici les faits et la procédure des affaires *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* et *Négréponis-Giannisis c. Grèce*, qui ont été examinées de manière détaillée par la Cour et ont donné lieu à des arrêts de condamnation des Etats contractants concernés, ainsi que ceux de l'affaire *Greene et Farhat c. Malte*, qui a donné lieu à une simple décision d'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement, mais qui présente la particularité d'avoir traité à un mariage, partant à une situation acquise non judiciairement – contrairement aux deux arrêts qui concernent des adoptions prononcées en justice à l'étranger¹⁹.

Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg

En droit international privé luxembourgeois, les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants, et le droit matériel luxembourgeois réserve l'adoption plénière aux seuls couples mariés. L'affaire concerne une adoption plénière d'un enfant péruvien, obtenue par une célibataire luxembourgeoise d'un tribunal péruvien.

La particularité de l'affaire *Wagner* consistait dans la circonstance que les officiers de l'état civil luxembourgeois avaient pris l'habitude d'accepter la transcription des jugements d'adoption étrangers sans en exiger l'exequatur et sans même procéder à un contrôle incident de ces jugements au regard des conditions légales, formulées par le droit international privé luxembourgeois, d'efficacité des jugements étrangers. Cette pratique avait permis à plusieurs femmes célibataires d'obtenir la transcription de jugements d'adoption plénière péruviens sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans autres formalités, et de bénéficier en conséquence, *de facto*, du statut d'adoptantes au Luxembourg. M^{me} Wagner, se fiant à cette pratique, avait de surcroît vérifié que le Pérou était le seul pays parmi ceux qui collaboraient avec le Luxembourg, qui acceptait l'adoption par une femme célibataire. Après un séjour de M^{me} Wagner de plusieurs semaines au Pérou, un tribunal péruvien prononça l'adoption de l'enfant à son profit, par application de la loi péruvienne. Elle emmena l'enfant au Luxembourg.

M^{me} Wagner se heurta par la suite à la modification de la pratique administrative et, après soumission de son dossier aux autorités judiciaires luxembourgeoises, au rejet de sa demande d'exequatur du jugement péruvien, pour défaut de conformité du jugement au résultat de l'application des règles de conflit luxembourgeoises. Agissant en son propre nom et en qualité de représentante légale de l'enfant adopté, elle introduisit une requête devant

la Cour européenne des droits de l'homme en reprochant au Luxembourg d'avoir violé l'article 8 de la Convention européenne (droit au respect de la vie familiale) qui impliquerait, selon elle, que dans un Etat contractant, « une situation d'état civil créée légitimement dans un autre Etat devrait être reconnue de plein droit ». Elle fit encore grief à l'Etat d'avoir méconnu le droit des requérantes à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit garanti par la Convention (art. 14). Elle obtint intégralement gain de cause.

Négréponis-Giannisis c. Grèce

Autre adoption, cette fois-ci l'adoption de son neveu grec par un moine grec, évêque de l'Eglise orthodoxe à Detroit aux Etats-Unis d'Amérique. Le neveu, majeur, résidait aux Etats-Unis depuis trois ans pour ses études universitaires. Après la fin de ses études, le neveu et fils adoptif rentra en Grèce. La relation de filiation adoptive fut maintenue pendant quatorze ans, jusqu'au décès de l'oncle. Après le décès, survint un différend ayant une tonalité essentiellement successorale : le tribunal d'Athènes fut saisi par une sœur du défunt pour qu'il soit déclaré que le défunt, en tant que moine, n'avait pas la capacité pour adopter un enfant et qu'en conséquence, le jugement d'adoption américain ne pouvait être reconnu en Grèce.

La Cour de cassation grecque, saisie du cas, appliqua les décisions des conciles de l'Eglise orthodoxe du premier millénaire, en déduisit qu'en droit civil, un moine ne peut pas adopter et jugea que la reconnaissance d'un jugement étranger prononçant une adoption par un moine orthodoxe « se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du code civil et n'est pas autorisée ». Mais cette invocation de l'ordre public grec d'inspiration religieuse ne résista pas au contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, qui décida que du fait du refus de reconnaître les effets en Grèce du jugement d'adoption américain, la Grèce avait méconnu les droits du requérant – droits substantiels (droit au respect de la vie familiale, droit au respect des biens, droit à la non-discrimination) et droits procéduraux (droit au procès équitable, dont découle un droit à l'exécution internationale des jugements, même obtenus dans un Etat non contractant).

Green et Farhat c. Malte

Mary Green avait épousé un citoyen maltais en 1978 à Malte, conformément au rite catholique. En 1980 elle s'expatria en Libye, s'y convertit à l'Islam – ce qui entraîna automatiquement, au regard de la loi islamique telle qu'elle est en vigueur en Libye, la fin de son mariage, une musulmane ne pouvant pas épouser un non-musulman et une convertie ne pouvant rester liée à un non-musulman. Elle reçut l'autorisation d'une juridiction libyenne de se remarier et épousa Ajad Farhat lors d'une cérémonie religieuse islamique. Les époux Green et Farhat résistèrent établis en Libye où ils étaient considérés

¹⁹ Pour les références de ces trois affaires, voir *supra*, notes 1 à 3.

comme valablement mariés. Vingt ans après, en 2000, les deux requérants retournèrent à Malte pour s'occuper du père de M^{me} Green. M^{me} Green échoua à obtenir l'enregistrement de son mariage libyen à Malte, enregistrement qui aurait autorisé son deuxième mari à résider à Malte sans visa. Les juridictions maltaises décidèrent qu'il n'était pas prouvé que le premier mariage de la requérante était réellement dissous et que son second mariage n'avait, en conséquence, pas été polygamique.

La Cour européenne, saisie par les requérants sur le fondement du droit au respect de la vie familiale, rejeta la requête comme étant manifestement mal fondée, au motif que 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.

III. LA VÉRIFICATION DE LA CONFIANCE LÉGITIME DES PARTIES DANS LA STABILITÉ DE LA SITUATION ACQUISE À L'ÉTRANGER

7. Il s'agit ici de la principale particularité du droit à la reconnaissance découlant, dans certains cas, de la Convention européenne des droits de l'homme, par rapport à d'autres fondements qui peuvent être invoqués à l'appui d'un droit plus inconditionnel à la reconnaissance.

La jurisprudence de la Cour européenne ne peut être invoquée pour décider que dans tous les cas le point de vue de l'Etat d'origine d'une situation doit primer sur le point de vue de l'Etat de la reconnaissance, ni même que dans tous les cas la situation créée dans l'Etat d'origine bénéficie de la protection de la Convention. Il faut qu'un élément additionnel s'y ajoute : c'est la confiance légitime des parties dans la stabilité de la situation ainsi acquise à l'étranger, et qui est la condition même de la qualification de « vie familiale », nécessaire pour déclencher la protection de l'article 8 de la Convention européenne²⁰. En particulier, le cas de la création artificielle de la situation à l'étranger par des personnes ayant la nationalité de l'Etat du

for appelé à statuer sur sa reconnaissance et leur domicile dans cet Etat, voire celui de la fraude à la loi, ne devrait pas relever de la protection de la Convention ; il faut vérifier la légitimité des attentes quant à la stabilité de la situation, et elle sera absente dans ces cas-là.

Si cette analyse est exacte, elle n'empêcherait pas l'adoption d'une solution plus favorable à la reconnaissance, mais cette solution devrait alors être adoptée sur un autre fondement, la Convention ne pouvant pas être invoquée à son appui²¹.

8. Sur quoi peut se fonder cette confiance légitime ? La jurisprudence de la Cour ne permet pas encore de le dire avec précision. Dans l'affaire *Wagner*, l'existence d'une confiance légitime²² a été constatée sur base de circonstances de fait très particulières, tenant à une pratique administrative de reconnaissance automatique, et sans contrôle au regard des critères du droit luxembourgeois, des jugements étrangers d'adoption par les officiers de l'état civil – pratique illégale peut-être, mais réelle et abrogée tardivement par un rappel à l'ordre de la part du Parquet, à un moment où M^{me} Wagner avait déjà adopté son enfant au Pérou. En dehors de cette situation particulière, il s'agira de voir dans quelle mesure des éléments subjectifs et objectifs devront être présents : éléments subjectifs, tenant à la conviction des parties que leur situation sera stable et reconnue ; éléments objectifs, tenant aux liens de la situation avec l'Etat de sa constitution au moment où elle s'est constituée – mais la nature de ces liens réels sera à préciser. Une première étape de cette précision a été accomplie dans l'affaire *Négréponis*, où la confiance légitime du père comme du fils adoptifs résultait à la fois des liens entre la situation de base et l'Etat d'origine du jugement d'adoption (l'Etat du Michigan, où résidaient à la fois l'adoptant et l'adopté) et du comportement ultérieur des parties, qui avaient effectivement vécu pendant 14 ans leur relation de filiation adoptive. Le lien entre les parties et le

²⁰ C'est en effet l'article 8 de la Convention, et la protection de la vie familiale, qui est la principale référence dans la jurisprudence de la Cour européenne. Nous ferons abstraction, dans le cadre de la présente contribution, de la jurisprudence selon laquelle, lorsque c'est *judiciairement* que la situation a été créée, le droit au procès équitable (art. 6 CEDH) implique à lui seul comme corollaire un droit à l'exécution effective de ce jugement et donc à sa reconnaissance dans le for – solution adoptée dans la décision *McDonald c. France*, *supra*, note 1 et l'arrêt *Négréponis*, par extension aux jugements étrangers de la jurisprudence *Hornsbry c. Grèce* du 19 mars 1997 qui ne concernait que les jugements nationaux (cf., dans un sens très favorable à cette extension, A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé – Cours général », *Rec. des cours* 341 (2010), p. 303 et s. ; voir en particulier p. 308, n° 186 : « le concept de droit équitable étant également porteur d'une garantie d'exécution ... les règles de droit international privé ne peuvent ériger des obstacles à la reconnaissance ayant pour effet de rendre illusoire l'accès des parties à la justice »).

²¹ Exemple (qui nous ramène dans le passé, mais qui reste valable quant aux principes appliqués) : le divorce que pouvaient obtenir, au cours des années 1950 et 1960, au Nevada ou au Mexique des personnes domiciliées dans d'autres Etats (notamment l'Etat de New York), plus restrictifs à l'égard du divorce : le refus de la reconnaissance pour fraude à la loi (cf. Paris 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note Dépeze) n'aurait pas constitué une violation de la Convention, mais il n'est pas exclu qu'un Etat, même l'Etat de leur domicile, reconnaisse volontairement ce genre de divorce (voir, procédant ainsi sur le fondement de l'idée de *comity* à l'égard d'un divorce-éclair obtenu entre résidents de New York au Mexique, l'arrêt de la *Court of Appeals* de New York *Rosenstiel v. Rosenstiel*, 16 N.Y.2d 64 (1965)). Le même raisonnement peut être mené à propos d'un mariage homosexuel célébré, dans des conditions de « tourisme matrimonial », entre deux Allemands domiciliés en Allemagne : la reconnaissance ne pourrait vraisemblablement être obtenue sur le fondement de la Convention européenne, mais elle pourrait être obtenue (à condition que l'Etat de la reconnaissance y ait adhéré) sur le fondement de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

²² § 130 de l'arrêt : « 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 ».

Michigan n'était pas un lien exclusif (la nationalité grecque des parties, le caractère temporaire du séjour aux Etats-Unis du fils adoptif faisaient leur situation entretenir dès sa création des liens avec la Grèce), mais indubitablement un lien réel et substantiel. De surcroît, la Cour ne relève aucun élément de fait qui fasse douter de la bonne foi subjective des parties, et de leur conviction que leur vie familiale, une fois créée aux Etats-Unis, serait reconnue ailleurs, y compris en Grèce.

Même s'il faudra évidemment attendre la manière dont se développera la jurisprudence, l'arrêt *Négréponitis* en est peut-être un indicateur. Une question en tout cas n'a pas encore été tranchée : en présence de liens vraiment prépondérants avec l'Etat de la création de la situation, ne serait-il pas possible de faire abstraction totalement de l'exigence de l'élément subjectif ? L'hypothèse n'est pas forcément d'école. On peut prendre le cas de personnes qui savent que la reconnaissance dans leur Etat d'origine d'une situation qu'elles s'approprient à créer dans l'Etat de leur résidence habituelle n'est pas assurée, qui l'y créent néanmoins et qui l'y vivent ensuite pendant 20, 30 ans avant de retourner leur Etat d'origine²³. Faut-il considérer qu'ayant à l'époque eu connaissance de la cause potentielle de non-reconnaissance, ils sont déchus de la possibilité même d'invoquer leur droit à la stabilité de leur situation familiale ? Cela est loin d'être certain.

IV. FONCTIONNEMENT ET LIMITATIONS DU DROIT À LA RECONNAISSANCE DES SITUATIONS

9. A supposer que la condition préalable précédemment discutée soit donnée, l'intéressé aura un droit à la reconnaissance, en principe, de la situation par lui acquise. En ce qui concerne le fonctionnement de ce droit, sous l'angle de la technique du contrôle juridictionnel des droits de l'homme, les arrêts *Wagner* et *Négréponitis* donnent des indications nombreuses et concordantes. L'arrêt *Wagner* présente ainsi trois techniques de mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dont l'emploi est susceptible de conduire au même résultat, et entre lesquelles la Cour n'estime pas vraiment nécessaire de choisir : 1° l'article 8 de la Convention est une garantie contre les ingérences des pouvoirs publics dans la vie familiale, et le refus de reconnaître le statut familial acquis au Pérou en vertu d'un jugement péruvien peut être considéré comme pareille ingérence ; 2° l'article 8 engendre également des « obligations positives » tendant à un respect effectif de la vie familiale, en

vertu desquelles l'Etat luxembourgeois peut être tenu d'adopter « des mesures raisonnables et adéquates » pour protéger la vie familiale constituée au Pérou ; 3° l'article 8, combiné avec l'article 14 (droit à l'égalité dans la jouissance des droits par ailleurs garantis par la Convention), est susceptible d'empêcher l'Etat luxembourgeois de traiter de manière différente l'enfant adopté par M^{me} Wagner (dont l'adoption n'est pas reconnue au Luxembourg), par rapport à d'autres enfants ayant été adoptés au Pérou par des couples mariés de Luxembourgeois et se trouvant de ce fait « dans une situation analogue » à la sienne. Un raisonnement de même nature peut être mené à propos de la situation de M^{me} Wagner elle-même, par rapport à la situation d'adoptants mariés.

La, ou plutôt les, techniques substantielles employées par l'arrêt *Négréponitis* sont en tous points identiques, sauf que, en raison de l'enjeu successoral du litige, le droit au respect des biens s'ajoute au droit au respect de la vie familiale et se combine, comme lui, au droit à la non-discrimination.

10. Reste à examiner la question du caractère justifiable des limitations apportées au droit à la reconnaissance des jugements étrangers.

Ni le droit au respect de la vie familiale, ni le droit au respect des biens ne sont des droits absolus. Des limitations qui poursuivent des buts reconnus comme légitimes par la Convention peuvent leur être imposées, sous réserve de l'existence d'un lien de proportionnalité entre le but à atteindre et la gravité de l'ingérence.

Certaines restrictions à la reconnaissance des situations, spécialement des situations créées par des jugements étrangers, sont manifestement permises et même requises par la Convention : c'est le cas des jugements étrangers qui méconnaîtraient eux-mêmes telle ou telle garantie, d'ordre substantiel ou procédural, issue de la Convention ; dans pareil cas, le refus de l'exequatur peut constituer non seulement une option ouverte à l'Etat requis, mais même une obligation au regard de la Convention²⁴. Mais d'autres restrictions encore, qui ont leur source dans le droit international privé de l'Etat de la reconnaissance, peuvent être acceptables au regard de la Convention européenne.

La question de ce type de limitations est au centre des arrêts *Wagner* et *Négréponitis*²⁵. L'arrêt *Wagner* retient que le fait d'opposer à la

²³ Voir l'arrêt du 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, *Rev. trim. dr. h.* 2002, p. 463, note Costa ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 106, note Christians.

²⁴ C'est une situation qui correspond peut-être à celle de M^{me} Green dans l'affaire *Green et Farhat c. Malte* (*supra*, n° 6), mais la décision est trop sommairement motivée pour qu'il soit possible d'en tirer des conclusions fermes. En tout cas la Cour n'a pas décidé que la protection de la vie familiale était purement et simplement inapplicable.

²⁵ En revanche, la décision *Hussin c. Belgique* ne motive pas de manière convaincante la légitimité du refus de la reconnaissance aux jugements allemands en matière de filiation et d'aliénations, pour des motifs tirés de l'incompétence du juge allemand : « [La Cour] rappelle ... qu'en règle, nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer ... Examinant les faits de l'espèce, la Cour observe que le refus d'accorder l'exequatur et les préjudices qui en sont résultés

reconnaissance du jugement péruvien les conditions additionnelles exigées par le droit civil luxembourgeois (subordonnant une adoption plénière à la présence de deux adoptants mariés) valait violation du droit au respect de la vie familiale. L'analyse de la Cour porte sur le bien-fondé et la proportionnalité d'une règle de droit national qui subordonne la reconnaissance d'une situation familiale dès à présent constituée au Pérou à des conditions additionnelles à celles que le juge péruvien a prises en considération. En l'occurrence, et pour une série de raisons (la condition matérielle additionnelle formulée par le droit luxembourgeois, tenant au mariage des deux adoptants dans une adoption plénière, ne correspondait pas à la solution adoptée par la plupart des Etats du Conseil de l'Europe ; la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérantes correspondait aux intérêts supérieurs de l'enfant), il a été jugé que le principe de proportionnalité n'avait pas été respecté.

La jurisprudence Wagner peut être étendue, par identité de motifs, à d'autres motifs de non-reconnaissance. La preuve en a été donnée dans l'arrêt *Négrepontis*, qui condamne l'invocation de l'ordre public grec à l'appui d'une non-reconnaissance d'une filiation adoptive existant entre le requérant et son père adoptif, moine et évêque de l'Eglise Orthodoxe Orientale.

La Cour y rappelle – de même qu'elle le fait dans l'affaire *Green et Farhat c. Malte* – l'existence d'une marge d'appréciation dans le cadre de l'invocation d'un « besoin social impérieux », pouvant justifier une ingérence dans le droit à la vie familiale. Mais cette marge d'appréciation n'existe que sous réserve d'un « contrôle européen ». Dans l'affaire *Négrepontis*, les motifs d'ordre public invoqués par la Cour de cassation grecque étaient trop anciens et trop religieux (« La Cour note que ces règles sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles »), par conséquent trop peu en phase avec l'évolution de la société grecque telle qu'elle se reflète dans une loi grecque de 1982 qui a aboli les effets civils de la prohibition canonique du mariage des moines, pour pouvoir résister au

proviendraient de ce que, initialement, les requérantes ne se seraient pas adressées aux juridictions compétentes et n'auraient dès lors pas pu obtenir l'exécution des décisions prononcées. Il ne saurait être fait grief aux autorités belges d'avoir refusé l'exécution de décisions qui leur sont apparues comme n'ayant pas été prises dans le respect des règles de compétence applicables ». Or les consorts Hussin paraissent bien avoir *subi*, plutôt que créé, la situation née de l'interprétation – discutable – des règles de compétence (communautaires) par les juridictions belges. Ceci ne signifie pas, il est vrai, que la décision rejetant le recours des consorts Hussin ne puisse pas par ailleurs être justifiée.

Quant à la décision *McDonald c. France*, elle applique elle aussi l'idée selon laquelle « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer », à une situation où le demandeur a la reconnaissance d'un jugement de divorce américain avait d'abord agi devant le juge français, mais avait renoncé à relever appel contre un jugement de débouté, préférant porter sa demande devant une juridiction de Floride où il résidait temporairement. La décision aurait été plus intéressante, et sans doute mieux motivée, si la Cour avait examiné la légitimité des motifs de non-reconnaissance du jugement américain en France.

« contrôle européen » opéré. La Cour juge que les motifs avancés, même s'ils ont paru convaincants à la Cour de cassation grecque, « ne répondent pas à un besoin social impérieux ».

V. CONCLUSION

11. Il n'y a pas, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne, un droit absolu à la reconnaissance des situations. L'approche de la Cour est nuancée, soucieuse du concret et de la proportionnalité. Elle représente en même temps une approche possible (parmi d'autres) de la question de la reconnaissance des situations constituées à l'étranger. Cette approche constitue le minimum européen ; en deçà, la Convention sera violée. Elle ne constitue pas nécessairement, en toute matière, l'optimum. La recherche du celui-ci reste une tâche autonome du droit international privé qui peut s'inspirer de la solution adoptée dans cette jurisprudence, comme il peut aller au-delà.