

Éclairage de droit international privé

Bernard Haftel, Maître de conférences en droit privé à l'université d'Orléans

Coup de tonnerre judiciaire, exposée dans les revues non juridiques, la décision entreprise mérite d'être commentée, sous l'angle du droit international privé, sous lequel il a été rendu. Selon les tribunes, on a pu, en effet, y voir une consécration, en droit civil français, de l'adoption homosexuelle ou, à l'inverse, une simple reconnaissance d'une délégation d'autorité parentale.

On s'attardera sur trois points.

Première interrogation : que nous dit l'arrêt sur le droit civil interne ?

A priori, pas grand chose. L'arrêt porte sur une question de droit international privé, plus exactement sur la reconnaissance en France d'une décision étrangère consacrant un état de droit - l'adoption homosexuelle - distinct, et même contraire, au droit français. La circonstance que la Cour de cassation valide une telle reconnaissance et, de manière significative, la prononce elle-même en cassant sans renvoi est, en soi, digne d'intérêt, aucune décision ne s'étant encore prononcée sur ce sujet. Cependant, la reconnaissance, par le juge français, de jugements étrangers consacrant un état de droit contraire à celui qu'aurait retenu le juge français s'il avait été saisi directement est quotidienne et n'a, en soi, rien d'étonnant. Il s'agit de la rançon de la pluralité des ordres juridiques dans le monde. Cela ne modifie en rien le droit français.

En revanche, le motif choisi par la Haute juridiction pour censurer les juges du fond est, quant à lui, beaucoup plus significatif.

En effet, s'interrogeant sur la conformité à l'ordre public international français de la décision américaine, la Cour de cassation disposait d'un moyen particulièrement aisé et commode pour censurer les juges et reconnaître la décision : l'ordre public atténué. Depuis l'arrêt *Rivière* (sur lequel V. *GAJFDIP*, n° 26), il est admis que l'ordre public ne réagit pas de la même manière selon qu'il s'agit de créer une situation en France ou de laisser se produire en France les effets d'une situation valablement créée à l'étranger. Avatar de la théorie des droits acquis, l'effet atténué de l'ordre public se concilie particulièrement bien avec le réalisme qu'impose la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, primordial en la matière. Pour cette raison, il bénéficie d'un regain d'intérêt doctrinal (V. L. Gannagé, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, *TCFDIP* 2006-2008. 205 ; S. Bollée, L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale, *Rev. crit. DIP* 2007. 307) et prétorien particulièrement marqué (par l'entremise du droit à une vie privée et familiale, V. CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg* ; adde CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello* et 6 déc. 2008, *Grunkin-Paul*). Le moyen était d'autant plus aisé à saisir pour la Cour de cassation que, d'une part, il était soutenu, en substance, par le pourvoi et que, d'autre part, il lui aurait évité d'avoir à prendre position sur la conformité au fond de l'institution étrangère aux principes fondamentaux du droit français, question politiquement sensible.


Or, précisément, ce n'est pas sur le fondement de l'effet atténué de l'ordre public, ou du droit à une vie familiale normale, que la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, mais au motif que la décision étrangère, qui partage l'autorité parentale entre la mère biologique et la « parent » adoptante, ne comporte pas de « dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ».

À cet égard, il est permis de penser que, si la Cour de cassation a choisi la voie la moins aisée

et la plus parlante, c'est parce qu'elle souhaitait faire passer un message.

Dans un pays berceau de la séparation des pouvoirs, on ne peut évidemment y voir une invitation directe à une évolution législative, mais il semble que la Cour de cassation ait souhaité indiquer que, si une telle évolution devait intervenir, elle ne heurterait pas de « principes essentiels du droit français », ce qui, *a posteriori*, est déjà quelque chose.

Et demain ?

Deuxième interrogation : que se passera-t-il demain pour les protagonistes de cette affaire ? La Cour de cassation n'a, formellement, pris parti que sur la question de la reconnaissance du prononcé de l'adoption étrangère, pas sur ses effets. Avant la loi du 6 février 2001, à l'image de ce qui avait lieu en matière de filiation biologique, les effets de l'adoption étaient soumis à la loi régissant les conditions de l'adoption. Rompant avec ce système, la loi de 2001 prévoit, de manière particulièrement implicite et contestable (V. P. Mayer, V. Heuzé, n° 635 s.), que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple » (C. civ., art. 370-5). On pourrait être tenté d'en déduire que l'adoption reconnue sera nécessairement simple. Cependant, une telle analyse est difficilement conciliable avec le fait que la décision étrangère, reconnue, partage l'autorité parentale entre les deux mères et donne à la seconde le titre de « parent ». Surtout, dans l'esprit de la décision d'origine, et dans celui de la reconnaissance par le juge de cassation, la filiation n'a rien ni de partiel, ni de révocable. Il s'agit sans aucun doute d'une adoption totale (en sens contraire, V. A. Mirkovic, *supra* ). Cette difficulté dans l'application de l'art. 370-5 a, en réalité, deux causes. D'une part, la scission entre la loi (ou la décision) applicable aux conditions et celle applicable aux effets manque en toute hypothèse de rigueur et expose nécessairement à ce type de difficulté. D'autre part, et surtout, le texte n'a, manifestement, été écrit que pour les adoptions hétérosexuelles dans lesquelles la substitution de filiation constitue un critère pertinent. Il n'en va pas de même en l'espèce.

La difficulté n'est cependant pas insurmontable. Le droit international privé a l'habitude de faire fonctionner le droit français avec des institutions étrangères inconnues et, en ce cas, d'*adapter* les dispositions du droit substantiel français à la présence de l'institution inconnue.

Si le droit français peut couper en deux une part successorale pour tenir compte d'un mariage polygamique ou imputer un *trust* anglo-saxon à un rang *sui generis*, entre les legs et les donations, il peut certainement appliquer les règles de l'adoption plénière à une adoption homosexuelle, même si cela suppose d'ajouter une case sur les formulaires de l'état civil.

Troisième interrogation : et demain, pour les autres ?

L'arrêt commenté indique clairement que les couples de même sexe désirant adopter à l'étranger, dans leur Etat de résidence, pourront voir cette adoption reconnue en France quelle que soit leur nationalité. La circonstance que, en l'espèce, l'adoptante ait eu la nationalité française n'ayant eu aucune incidence.

Cela ne légitime pas pour autant le « tourisme adoptif ». En effet, les couples de même sexe résidant en France, et qui ne peuvent y adopter en application de la loi française, pourraient être tentés de délocaliser leur adoption. Si l'adoption a lieu dans un pays non lié par la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (dont on ignore pourquoi elle n'a pas été appliquée au cas présent, malgré la ratification des Etats-Unis), les juridictions françaises disposent *a priori* de deux moyens pour refuser la reconnaissance : l'incompétence indirecte des autorités étrangères (laquelle suppose un lien significatif entre le juge étranger et la situation) ou la fraude.

Cependant, sur ce terrain, la marge de manoeuvre des juges français risque d'être singulièrement restreinte en raison du droit à une vie privée et familiale consacré par l'art. 8

Conv. EDH, auquel la Cour de Strasbourg donne une portée particulière, ayant déjà condamné le Luxembourg dans des circonstances similaires (*Wagner*, préc.).

Affaire à suivre, donc.

Mots clés :

ADOPTION * Adoption internationale * Exequatur * Couple homosexuel * Ordre public * Partage de l'autorité parentale

AJ Famille © Editions Dalloz 2011