

## --FASCICULE--

Conc. 286, Folio 432915, Cote 03,2009,  
Coll. DI 0, Mac 200, Fasc. 549-10  
Coll. CI 0, Mac 379, 371 à 387, Fasc. 61

Titre fascicule	Autorité parentale
Sous-titre 1	Loi applicable

Auteur	
Prénom	Estelle
Nom	Gallant
Qualité	Professeure à l'université Toulouse 1 Capitole

## --POINTS-CLÉS--

1. - **Les règles de conflit de lois en matière d'autorité parentale sont principalement issues du droit conventionnel**, qu'il s'agisse de **conventions bilatérales** ou de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 relative à la protection des enfants (V. n° 5 à 12).
2. - **La convention de La Haye de 1996**, entrée en vigueur le 1er février 2011, **remplace la convention de La Haye de 1961** sur la protection des mineurs (V. n° 13 à 5582).
3. - Par des solutions mesurées et adaptées aux besoins, la **convention de La Haye du 19 octobre 1996** supprime un certain nombre de difficultés inhérentes à la convention de 1961 et se trouve en (presque) parfaite adéquation avec le règlement (CE) n° 2201/2003 en matière de compétence judiciaire, dit Bruxelles II bis, avec lequel l'articulation ne pose plus que quelques difficultés mineures, destinées toutefois à être effacées lors de l'entrée en application du règlement (UE) 2019/1111 (V. n° 33-34 à 5762).
4. - **La convention de La Haye de 1996 vise principalement la loi de la résidence habituelle de l'enfant**, en alignant la compétence législative sur la compétence judiciaire (V. n° 44-46 à 5358).
5. - Lorsque les règles de conflit de droit conventionnel ne sont pas applicables, parce que la situation juridique se trouve hors de leur champ d'application, ce sont les **règles de conflit de lois de droit commun** qui sont appelées à s'appliquer subsidiairement (V. n° 59-63 et à 6660). Toutefois, leur domaine d'intervention reste aujourd'hui très résiduel.
6. - Pour diverses raisons, ces règles semblent avoir disparu au profit semble-t-il d'une pratique judiciaire tendant à privilégier **l'applicabilité de la loi française**, sans que le conflit de lois soit préalablement tranché, ce qui est contraire aux principes régissant le conflit de lois en matière de droits indisponibles (V. n° 64-67 à 7683).

7. - Il est dès lors nécessaire de se pencher sur la **recherche de la loi applicable** à la responsabilité parentale en droit international privé commun, afin de répondre de manière satisfaisante aux besoins de la matière (V. n° 77-84 et à 7985).

## --SOMMAIRE GÉNÉRÉ-----

## --INDEX ALPHABÉTIQUE-----

Accord procédural, 7582  
Assistance éducative, 7178  
Autorité parentale, 6, 9, 10, 14, 15, 1516, 37, 39, 41, 4042, 5153  
    Attribution de plein droit, 4547, 4648  
    Extinction de plein droit, 4547, 4648  
    V. *Rapport d'autorité ex lege*  
Clause d'exception, 5255, 5560, 5762  
Conflit mobile, 7838, 57, 85  
Convention franco-marocaine du 10 août 1981, 12  
Convention franco-polonaise du 5 avril 1967, 6, 7  
Convention franco-portugaise du 20 juillet 1983, 10, 11, 31, 32, 33  
Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971, 8, 9, 11, 3132  
Convention de La Haye du 5 octobre 1961, 3, 13 à 3233  
Convention de La Haye du 19 octobre 1996, 3, 7, 13, 33-34 à 5762  
Conventions bilatérales, 5 à 12  
Danger, 2021, 2122, 7178  
Domicile, 9, 3132  
    V. *Résidence habituelle*  
Enfant  
    V. *Mineur*  
Lois de police, 7178  
Mesures de protection, 1617, 19-20 à 2122, 3739, 3840, 4042, 4547, 5153  
Mesures provisoires, 2021, 5354  
Mineur, 1819, 4143  
Nationalité, 6, 7, 9, 11, 1920, 2122, 23-24 à 2728  
Office du juge, 7977  
Ordre public, 2930, 7885  
Rapport d'autorité *ex lege*, 11, 1516, 1920, 2122, 25-26 à 2728, 3233  
    V. *Autorité parentale*  
Règlement (CE) n° 2201/2003, Bruxelles II bis, 3, 9, 11, 2021, 30-31 à 3334, 3536, 3637, 4042, 4345, 4951, 54-59 à 5762, 5964, 6065  
Règlement n°2019/1111, Bruxelles II ter, 3, 31, 36, 43, 59 à 62  
Renvoi, 2829, 4756  
Résidence habituelle, 11, 13, 17-18 à 2122, 25-26 à 2728, 3132, 3233, 4244, 4547, 4648, 4850, 5153, 7885  
    alternée, 4649  
    Changement, 4547, 57  
    Défaillance du critère, 4547  
    V. *Domicile*  
Responsabilité parentale  
    V. *Autorité parentale*  
Urgence, 2021, 4244, 5354, 5560  
Volonté des parties, 73-80 à 7582

## --COMMENTAIRES-----

### Introduction

#### 1. -

L'autorité parentale, ou responsabilité parentale selon le vocabulaire international récent, soulève en droit international privé de nombreuses et fréquentes difficultés. Le nombre croissant de familles mixtes et/ou vivant de part et d'autre d'une frontière augmente de façon significative les litiges de droit international privé, de même qu'une certaine **évolution de la famille**, dont le modèle ne cesse de se diversifier. L'enfant voit sa place confortée au sein de ces « nouvelles » familles, l'intérêt de l'enfant étant de plus en plus pris en considération, aussi bien par les législations de droit interne, que par les instruments internationaux.

#### 2. -

Loi applicable et conflits de juridictions constituent les secteurs traditionnels du droit international privé. Toutefois, l'autorité parentale a fait l'objet d'un certain nombre **d'avancées techniques et méthodologiques**, se traduisant par l'amélioration de la circulation des décisions et par la suppression de l'exequatur à propos de certaines décisions (V. *JCl. Droit international, fasc. 549-20*), l'adoption de règles matérielles destinées à lutter contre les déplacements illicites d'enfants (V. *JCl. Droit international, fasc. 549-30*) et une coopération très poussée entre les autorités aussi bien dans le cadre mondial que dans le cadre européen.

#### 3. -

S'agissant de la **loi applicable** à l'autorité parentale, le thème s'est trouvé réactualisé par l'entrée en vigueur le 1er février 2011, de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 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 (*Les grands textes de DIP, n° 133*). L'ancienne convention de La Haye de 1961 relative à la protection des mineurs est ainsi remplacée, mais a longtemps conservé un champ d'application résiduel dans les relations entre la France et certains États qui n'avaient pas encore ratifié la convention de 1996 (V. n° 14).

Par ailleurs, le règlement Bruxelles II bis (*Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 : JOUE n° L 338, 23 déc. 2003, p. 1 ; Les grands textes de DIP, n° 85*), lequel, bien que ne traitant que des conflits de juridictions (V. *JCl. Droit international, fasc. 549-20*), destiné à être remplacé par le règlement Bruxelles II ter à compter du 1er août 2022 (*Cons. UE, règl. (UE) 2019/1111, 25 juin 2019, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) : JOUE n° L 178, 2 juill. 2019, p. 1. - E. Gallant, Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter » : AJfam. 2019, p. 401. - F. Mailhé, Bruxelles II, troisième génération : JCP G 2019, 1109. - S. Godehot-Patris, De quelques enseignements concernant le nouveau règlement Bruxelles II ter : D. 2019, p. 1824. - P. Callé, Publication du règlement du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement d'enfants : Deffrénois 2019, n° 39, p. 29. - F. Monéger, Les enlèvements d'enfants dans le projet de révision du Règlement Bruxelles II bis, in dossier Enlèvement international d'enfant : AJ fam. 2018, p. 538*), exerce néanmoins une influence importante sur les règles de conflit de lois. C'est qu'en effet, ce texte remplace en principe les règles de compétence judiciaires existantes, y compris celles qui sont issues des instruments conventionnels (sauf exception, V. *Règl. Bruxelles II bis, art. 61. - Règl. Bruxelles II ter, art. 97*). Or, certains de ces instruments, comme la convention

Commenté [TD1]: Merci de vérifier ce renvoi dans les parties refondues.

Commenté [EG2R1]: OK

Commenté [TD3]: Merci de compléter.

Commenté [EG4R3]: Que voulez-vous que je complète ?

de La Haye de 1996 lie la loi applicable à la compétence judiciaire. Le dépeçage de cet ensemble existant imposé par le règlement européen a conduit à des impasses dans le cadre de la convention de La Haye de 1961. Sous l'empire de la convention de La Haye de 1996, la situation est clairement plus simple, et les dernières petites difficultés seront effacées lors de l'entrée en application du règlement Bruxelles II ter.

Afin de dresser un tableau complet des règles relatives à la loi applicable à l'autorité parentale en droit international privé français, il convient d'envisager tour à tour d'une part, les règles de conflit conventionnelles (I), d'autre part, les règles de conflit de droit international privé commun (II).

## **I. - Loi applicable à l'autorité parentale en droit conventionnel**

---

### **4. - Applicabilité des différentes conventions**

Prépondérant en droit positif, le droit conventionnel a subi une importante évolution durant les cinquante dernières années. Essentiellement représenté par la convention de La Haye de 1996, à laquelle il faut ajouter quelques conventions bilatérales, le droit conventionnel ne compte plus désormais la convention de 1961.

Le système de leur applicabilité est un peu complexe car la convention de La Haye de 1996 ne remplace pas systématiquement les instruments existants. S'agissant de la convention de 1961, elle n'est remplacée par la convention de 1996 que dans les rapports entre États contractants (*Conv. 1996, art. 51*). Ainsi, bien qu'en vigueur en France, la nouvelle convention ne remplaçait pas l'ancienne convention dans les rapports avec les États qui ne l'avaient pas ratifiée. La convention de 1961 a donc subsisté dans les rapports avec certains États (*V. n° 14*). S'agissant des conventions bilatérales, elles subsistent également, à moins que les États parties fassent une déclaration assurant la primauté de la convention de La Haye de 1996.

### **A. - Conventions bilatérales**

---

#### **5. - Articulation avec la convention de La Haye de 1996**

Si les conventions bilatérales conclues par la France intéressent majoritairement la coopération judiciaire, certaines d'entre elles contiennent néanmoins des règles de conflit de lois relatives à l'autorité parentale et/ou la protection des enfants. Cela dit, l'entrée en vigueur de la convention de 1996 a été l'occasion pour certains États de renoncer à l'application des conventions bilatérales en ce qui concerne la loi applicable pour faire primer le texte multilatéral (en vertu de l'article 52, § 1, de la convention de 1996). À l'heure actuelle, seule la convention franco-polonaise a fait l'objet d'une telle déclaration et se trouve donc remplacée par la convention de 1996 pour les matières qu'elle concerne. À l'inverse, les conventions franco-yougoslave de 1971 et franco-portugaise de 1983 continuent à s'appliquer dans les rapports bilatéraux à l'exclusion de la convention de 1996.

#### **1° Convention franco-polonaise**

##### **6. - Champ d'application**

La France est liée à la Pologne par une convention du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille (entrée en vigueur le 1er mars 1969 : *JO 22 févr. 1969, p. 1969* ; *Rev. crit. DIP 1969, p. 329* ; *JDI 1969, p. 529*. – Sur la convention, *V. R. de Bottini, La convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille* : *Rev. crit. DIP 1970, p. 1*. – *J. Jodlowski et A. Ponsard, La convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à*

*la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille : JDI 1970, p. 607).*

Cette convention s'applique aux relations juridiques entre parents et enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, ainsi qu'à la tutelle et l'adoption.

### **7. - Primauté de la convention de La Haye de 1996**

La Pologne a ratifié la convention de La Haye de 1996 qui y est en vigueur depuis le 1er novembre 2010. En vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la convention de La Haye de 1996, la France et la Pologne ont déclaré que la convention multilatérale primerait sur la convention bilatérale (déclaration du 8 juillet 2011, V. [www.hcch.net](http://www.hcch.net)). Il en résulte que seuls les domaines non régis par la convention de La Haye restent soumis à la convention bilatérale, comme l'adoption.

## **2° Convention franco-yougoslave**

### **8. - Champ d'application**

La convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille (entrée en vigueur le 1er décembre 1972 : *JO 24 mai 1973, p. 5640 ; Rev. crit. DIP 1973, p. 570*) lie désormais la France à la Slovénie (*D. n° 96-229, 15 mars 1996 : JO 22 mars 1996, p. 4442*), à la Bosnie-Herzégovine (*D. n° 2004-96, 26 janv. 2004 : JO 31 janv. 2004, p. 2225*), à la Serbie (*D. n° 2003-457, 16 mai 2003 ; JO 23 mai 2003, p. 8825*), au Monténégro (*D. n° 2012-621, 2 mai 2012 : JO 4 mai 2012, p. 7895*) et au Kosovo (*D. n° 2013-349, 24 avr. 2013 : JO 26 avr. 2013, p. 7267*). Parmi ces cinq États, trois ont ratifié la convention de La Haye de 1996 (Slovénie, Serbie et Monténégro), mais n'ont pas fait de déclaration permettant de la faire primer. La convention bilatérale, conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la convention de 1996, reste donc applicable dans les relations entre la France et ces cinq États, y compris ceux qui ont ratifié la convention de 1996.

Comme son titre l'indique, la convention « franco-yougoslave » englobe dans son champ d'application les questions relatives à l'autorité parentale.

Elle s'applique uniquement aux ressortissants des États contractants domiciliés dans l'un des deux États liés par la convention. La question se pose cependant de savoir si cette condition de nationalité s'impose seulement à l'enfant concerné par la procédure, ou bien également aux parents ou plus largement aux parties au litige. Eu égard à la distinction mise en place entre enfants légitimes et naturels (*V. n° 9*), il apparaît que tous les membres de la famille, lorsque celle-ci est légitime, doivent être ressortissants de l'un des États parties à la convention pour que celle-ci puisse s'appliquer, tandis que lorsque l'enfant est naturel, la condition de nationalité ne s'impose qu'à lui seul.

### **9. - Règle de conflit de lois**

Les articles 10 (renvoyant à l'article 5) et 11 de la convention distinguent, s'agissant des rapports entre parents et enfants, selon que l'enfant est « légitime » ou « naturel » (selon la terminologie usitée à l'époque où la convention a été rédigée). Ainsi, la loi applicable aux relations entre parents et enfants « légitimes » sera la loi des effets du mariage, entendue comme la loi nationale commune des époux (de l'un ou l'autre État partie), à défaut de nationalité commune, la loi de leur domicile commun, ou à défaut de domicile commun, la loi de leur dernier domicile conjugal. S'agissant des enfants « naturels », leurs relations avec leurs parents seront soumises à leur loi nationale. Tout comme la convention franco-polonaise (*V. n° 6*) aucune difficulté d'articulation avec le règlement Bruxelles II bis n'est à dénoncer, la convention ne liant pas les solutions du conflit de lois à celles du conflit de juridictions (*V. n° 32*).

### **3° Convention franco-portugaise**

#### **10. - Champ d'application**

La France a conclu avec le Portugal une convention de coopération judiciaire relative à la protection des mineurs le 20 juillet 1983 (*JO 14 oct. 1984, p. 3222 ; Rev. crit. DIP 1984, p. 723*). Entrée en vigueur le 1er octobre 1984, la convention concerne la protection des mineurs mais englobe également les matières liées à la responsabilité parentale. La convention vise expressément les mineurs ressortissants de l'un ou l'autre des États contractants (*art. 6*), même possédant la double nationalité (*art. 8*). La convention s'applique ainsi à tout mineur possédant la nationalité française ou portugaise, peu important la nationalité de leurs parents ou de ceux qui se prétendent titulaires de la responsabilité parentale.

Venant se superposer à la convention de La Haye de 1961 également en vigueur en France et au Portugal, l'instrument bilatéral assure sa primauté sur le texte multilatéral par le biais de son article 7. L'entrée en vigueur de la convention de 1996, qui remplace la convention de 1961, ne change rien à l'applicabilité de la convention bilatérale : celle-ci continue à régir les conflits de lois en matière d'autorité parentale entre les deux États, aucune déclaration visant à faire primer la convention de La Haye de 1996 sur la convention bilatérale n'ayant été réalisée par les États concernés (V. l'état des ratifications de la convention de La Haye, *www.hcch.net*).

Toutefois, comme la convention franco-yougoslave, la convention franco-portugaise voit ses règles de compétence judiciaire supplantées par celles issues du règlement Bruxelles II bis (*V. n° 8*). Seules ses règles de conflit de lois continuent désormais à recevoir application (sur leur articulation avec les règles européennes, *V. n° 32 et 33*).

#### **11. - Règle de conflit de lois**

La loi applicable à la responsabilité parentale est en principe, selon l'autorité saisie, la loi de la résidence habituelle du mineur ou sa loi nationale. Le principe est celui de l'application de la loi interne par l'autorité compétente. Cependant, le texte réserve l'application de la loi nationale de l'enfant, lorsque celle-ci met en place un rapport d'autorité de plein droit, c'est-à-dire ne nécessitant pas l'intervention d'une autorité pour exister (expression empruntée à la convention de 1961, *V. n° 16*). La rédaction de l'article 7, paragraphe 2, semble bien se démarquer sur ce point de la convention de 1961 et autoriser les autorités de la résidence habituelle à appliquer la loi nationale du mineur dès lors qu'il existe un rapport d'autorité mis en place par cette loi. La loi nationale s'applique ainsi non seulement à ce rapport d'autorité de plein droit, mais également vraisemblablement à tout aménagement ou même modification apportée à ce rapport par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant (la difficulté issue de la scission entre l'intervention des autorités de la résidence habituelle en vertu de leur loi et l'existence d'un rapport d'autorité *ex lege* d'après la loi nationale trouve donc ici sa solution en faveur de l'intervention des autorités de la résidence habituelle selon la loi nationale, dès lors qu'il existe un rapport d'autorité *ex lege*. Pour l'ensemble de ces difficultés dans le cadre de la convention de La Haye de 1961, *V. n° 24 à 28*).

### **4° Convention franco-marocaine**

#### **12. - Absence de règle de conflit de lois relative à l'autorité parentale**

Contrairement aux conventions étudiées précédemment, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 (*D. n° 83-435, 27 mai 1983 : JO 1er juin 1983, p. 1643. - JCl. Droit international, fasc. 591 et 592*) ne contient pas de règle de conflit de lois en matière d'autorité parentale (*F. Monéger, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire : Rev. crit. 1984, p. 29 et 267*). Cependant, quelques décisions, dans le cadre de litiges franco-marocains, usent de l'article 19 de la

convention franco-marocaine comme s'il s'agissait d'une règle de conflit de lois alors qu'il n'en est pas une (CA Lyon, 21 sept. 2004 : Service de documentation de la Cour de cassation. – Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, n° 02-14.082 : JurisData n° 2004-023435 ; Dr. famille 2004, comm. 161, obs. S. Prigent) et alors que la convention de 1961 aurait dû s'appliquer dans le cadre de l'instance directe. L'article 19 de la convention franco-marocaine est en effet une règle de coopération judiciaire permettant de faire en sorte que les décisions rendues dans l'un ou l'autre pays soient exécutées correctement (F. Monéger, préc., spéc. p. 284). Dans un arrêt plutôt confus (Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, n° 02-14.082, préc.), la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui s'est référée à l'article 19 de la convention franco-marocaine pour trancher la question relative à l'autorité parentale, alors que cet article ne constitue nullement une règle de conflit de lois et que la cour d'appel semblait hésiter sur la loi applicable, puisqu'elle énonçait « qu'à supposer la loi marocaine applicable » il fallait tenir compte du souhait de l'enfant. Cette affaire aurait dû donner lieu à une censure sur le terrain de l'office du juge, mais n'aurait cependant pas pu être l'occasion d'énoncer clairement la règle de conflit de lois de droit international privé commun, puisque l'enfant résidait en France et qu'en conséquence, c'est la règle de conflit de lois de la convention de 1961 qu'il aurait fallu en tout état de cause appliquer.

## **B. - Conventions multilatérales**

---

### **13. - Annonce**

Rendue obsolète par la convention de La Haye de 1996 (2°) la convention de La Haye de 1961 (1°) sera présentée dans ses grandes lignes, principalement pour expliquer les raisons qui ont conduit à l'élaboration de la convention de 1996 et, accessoirement, parce que rien n'interdit qu'elle soit un jour de nouveau ratifiée par un nouvel État, même si cela reste peu probable.

### **1° Texte obsolète : la convention de La Haye du 5 octobre 1961**

#### **14. - Remplacement de la convention de 1961 par la convention de 1996**

La convention de La Haye de 1961, relative à la compétence des autorités et à la loi applicable en matière de protection des mineurs, est entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972 (JO 24 mai 1973 ; Les grands textes de DIP, n° 95. – Sur cette convention, W.-E. De Steiger, Rapport explicatif de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 : Actes et documents de la 9e session, Conférence de La Haye de droit international privé, 1960, t. IV, p. 219. – G. Droz, La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 : JDI 1973, p. 603). Depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 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 (V. n° 34 à 62), la convention de 1961 est remplacée par la convention nouvelle. Mais il convient de préciser qu'en vertu de l'article 51 de la convention de 1996, cette substitution intervient « dans les rapports entre États contractants ». Il en résulte que tant que les États parties à la convention de 1961 n'avaient pas ratifié la convention de 1996, celle-ci ne pouvait pas s'appliquer dans ces États, y compris dans leurs relations avec des États parties à la convention de 1996. C'est ainsi que la convention de 1961 a continué à s'appliquer dans les relations entre la France et l'Italie jusqu'au 1er janvier 2016 et entre la France et la Turquie jusqu'au 1er février 2017. Désormais, tous les États parties à la convention de 1961 sont également parties à la convention de 1996 : la convention de 1961 se trouve par conséquent évincée par la convention de 1996. Cela dit, deux précisions doivent encore être apportées. D'une part, comme le souligne Paul Lagarde dans son rapport explicatif (cit. n° 34, spéc. p. 600, note 80), rien n'interdit que la convention de 1961 soit encore ratifiée par un nouvel État ; cela est peu probable, mais rien ne l'empêche. D'autre part, le jeu des dispositions transitoires de la

convention de 1996 (art. 53) pourra laisser une certaine survivance à la convention de 1961 (V. n° 38).

La convention de 1961 avait elle-même remplacé la convention du 12 juin 1902 sur la tutelle et avait apporté des solutions novatrices en matière d'autorité parentale. Cette convention a néanmoins montré un certain nombre de faiblesses issues de sa structure et de la mise en place d'une scission entre les éléments du statut de l'enfant, les uns relevant de sa loi nationale, les autres des autorités et de la loi de sa résidence habituelle (V. n° 24 à 28). La convention de 1961 a, dès lors, été bien souvent malmenée par les juges, si ce n'est parfois même ignorée. Avant d'en étudier le fonctionnement, il faut en délimiter le champ d'application.

## **a) Domaine d'application**

### **1) Champ d'application « *ratione materiae* »**

#### **15. - Protection des mineurs**

La convention de 1961 s'appliquait à la protection des mineurs, de sa personne et de ses biens. Le terme de « protection » doit être entendu au sens large, comme visant l'ensemble des institutions permettant d'assurer la prise en charge des mineurs (comp. n° 39 à 42 la convention de La Haye de 1996 qui fait coexister la protection des enfants avec la responsabilité parentale), qu'il s'agisse d'une prise en charge « naturelle », par les parents, ou bien relayée par les autorités administratives ou judiciaires (par exemple, *Cass. Ire civ., 6 févr. 2001 : Rev. crit. DIP 2001, p. 114, note L. François ; JDI 2001, p. 846, note F. Monéger ; JCP E 2002, II, 10115, note M. Farge ; Defrénois 2001, p. 1013, obs. J. Massip* : mise en place d'une tutelle pour un enfant dont le père était décédé et la mère demeurait en Algérie). Il est donc certain que la convention englobait dans son champ d'application l'ensemble des questions liées à l'autorité parentale.

Plusieurs thèmes étaient classiquement exclus de la convention de La Haye de 1961, comme les mesures issues de la législation sociale ou pénale, tandis que d'autres auraient *a priori* pu y être inclus, comme l'adoption internationale et l'obligation alimentaire. Il est cependant apparu que ces thèmes devaient faire l'objet d'une réglementation à part et devaient dès lors être maintenus hors du champ d'application d'une convention générale. Il en était ainsi de l'adoption, régie par la convention de La Haye du 29 mai 1993 (*Les grands textes de DIP, n° 108*), mais aussi de l'obligation alimentaire qui fait l'objet de la double attention de la Conférence de La Haye (*Protocole sur la loi applicable à l'obligation alimentaire du 23 novembre 2007 : Les grands textes de DIP, n° 113*) et de l'Union européenne (*Cons. UE, règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires : Les grands textes de DIP, n° 86*). La convention ne s'appliquait pas non plus à l'émancipation (Sur l'ensemble de ces questions, V. G. Droz, *La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 : JDI 1973, p. 603, spéc. p. 609 s.* – E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé : Defrénois 2004, p. 15 s.*).

#### **16. - Rapports d'autorité *ex lege***

La protection visée par la convention pouvait aussi bien résulter d'un rapport d'autorité *ex lege* que d'une mesure prise par une autorité, judiciaire ou administrative. L'article 3 vise en effet les rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi. Il s'agit indéniablement de tous les cas où la loi met en place, sans que soit nécessaire l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, un rapport juridique entre l'enfant et celui chargé de sa protection. Les articles 372 et 373-2 du Code civil en constituent une illustration parfaite en ce qu'ils attribuent l'exercice de l'autorité parentale conjointement aux père et mère de l'enfant, y compris en cas de séparation.

## 17. - Mesures de protection

À l'inverse, la convention vise les « mesures » de protection, qui nécessitent l'intervention d'une autorité, aussi bien pour créer un rapport juridique (par exemple la mise en place d'une tutelle, *TGI Nanterre, 24 mars 1976 : Rev. crit. DIP 1977, p. 345, note Y. Lequette*) que pour aménager un rapport existant (par exemple fixer un droit de visite), ou le modifier (par exemple transférer l'autorité parentale, *TGI Paris, 9 nov. 1982 : JDI 1983, p. 99, note A. Huet*), ou encore établir une résidence alternée.

### 2) Champ d'application « *ratione loci* »

#### 18. - Résidence habituelle dans un État contractant

Comme indiqué plus haut, la convention ne s'applique plus aujourd'hui, tous les États parties ayant ratifié la convention de La Haye de 1996 qui la remplace. Si un État tiers à la convention de La Haye de 1996 devait cependant ratifier la convention de 1961, elle serait applicable dès lors que le mineur qu'il s'agirait de protéger résiderait habituellement dans cet État, quelle que soit sa nationalité (*Conv. préc., art. 13, al. 1er*).

### 3) Champ d'application « *ratione personae* »

#### 19. - Mineurs

La convention de 1961 s'appliquait aux mineurs qui avaient cette qualité à la fois en vertu de leur loi nationale et de la loi de leur résidence habituelle (*art. 12*). La détermination de la qualité de mineur était donc soumise à une règle de conflit de lois cumulative qui gagnait à être remplacée par une définition matérielle de l'enfant (la convention de La Haye de 1996, à l'instar de tous les instruments internationaux récents, contient une telle définition matérielle et considère que les enfants sont ceux qui ont moins de 18 ans, *V. n° 43*).

Dans le cadre de la convention de 1961, la question s'est posée de savoir si les mineurs émancipés devaient être soumis aux règles de la convention (*W.-E. De Steiger, préc., p. 238*). Le texte n'ayant pas exclu cette catégorie de mineurs, il semble opportun de les y inclure (en ce sens, *G. Droz, préc., spéc. p. 608*).

## b) Règles de conflit de lois de la convention de 1961

#### 20. - Dualité

L'article 3 de la convention de 1961 mentionne qu'un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi nationale du mineur est reconnu dans tous les États contractants. Cette disposition a été interprétée comme s'il s'agissait d'une règle de conflit de lois, désignant ainsi la loi nationale du mineur afin de rechercher en son sein l'existence d'une protection juridique de plein droit à l'égard du mineur (*D. Alexandre, note ss CA Paris, 27 mai 1986 : JDI 1987, p. 332, spéc. p. 341. – G. Droz, préc., p. 614. – G. Légier, note ss TGI Grenoble, 18 mars 1985 : JDI 1987, p. 1014, spéc. p. 1017*).

Dans l'hypothèse où aucun rapport d'autorité n'existait ou bien où il était nécessaire de l'aménager ou le modifier, la question de la loi applicable par les autorités compétentes pour prononcer de telles mesures se posait nécessairement. À cet égard, les rédacteurs de la convention de 1961 ont fait le choix de ne pas maintenir la nationalité dans le rôle prépondérant qui était le sien jusqu'alors. Ils ont même bouleversé les solutions traditionnelles en désignant comme élément de rattachement la résidence habituelle. Pourtant, le sacrifice de la nationalité n'a pas été entier, puisque le critère a été maintenu aux côtés de la résidence habituelle, assumant un rôle de rattachement concurrent. Les articles 2 et 4 de la convention de 1961 prévoient ainsi que la loi applicable aux mesures de protection des mineurs peut être aussi bien la loi de la résidence habituelle que la loi nationale du mineur.

## 21. - Mesures provisoires et urgentes

La convention de 1961 prévoit deux mécanismes destinés à assurer la prise de mesures de protection des mineurs dans les cas d'urgence. D'abord, l'article 9 contient un dispositif classique attribuant, dans tous les cas d'urgence, une compétence provisoire aux autorités de l'État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant, en vertu de la loi du for. Ensuite, l'article 8 de la convention met en place un mécanisme particulier tendant à assurer la primauté de l'intervention des autorités de la résidence habituelle, et avec elles de leur loi, sur celle des autorités nationales de l'enfant lorsque ce dernier se trouve en danger. Les décisions prises sur ce fondement pouvaient ne pas être reconnues par les autres États contractants. Dans les deux cas, du fait de l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II bis, la question de la compétence judiciaire relevait du texte européen et non plus de la convention de La Haye (*V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*). En revanche, celle-ci conservait son empire s'agissant de la loi applicable et conduisait à l'application de la loi du for.

## 22. - Économie générale de la convention

Dans un premier temps, le juge saisi devait vérifier si la loi nationale organisait un rapport d'autorité *ex lege*, ne nécessitant l'intervention d'aucune autorité (*Conv. préc., art. 3*). À partir du moment où la loi nationale exigeait l'intervention d'une autorité afin de mettre en place une mesure de protection, les règles de compétence judiciaire entraient en scène (*Conv. préc., art. 1er et 4*).

La convention de La Haye de 1961 alignait ses règles de conflit de lois sur ses règles de compétence judiciaire (*art. 2 et 4*). Il en résulte que les critères de compétence judiciaire et de rattachement étaient identiques et conduisaient le juge compétemment saisi à appliquer la loi du for. Approuvée pour ses avantages pratiques indéniables - la solution évitant notamment la mise en place de « tutelles à distance » tant dépréciée dans le système antérieur issu de la convention de La Haye de 1902 - elle prêtait néanmoins le flanc à la critique en ce qu'elle devait être combinée avec l'article 3 (*V. n° 24 à 28*).

D'abord l'article 1er confiait la compétence pour prendre des mesures de protection aux autorités de la résidence habituelle qui devaient statuer conformément à leur loi interne. Ainsi, dès lors que la loi nationale ne mettait pas en place ou mettait fin à un rapport d'autorité *ex lege*, la protection du mineur était confiée, en principe, à la loi de sa résidence habituelle.

Mais, si l'intérêt du mineur l'exigeait, l'article 4 de la convention autorisait les autorités nationales, après en avoir avisé les autorités de la résidence habituelle, à prendre des mesures, également selon leur loi interne.

Les mesures prises par les autorités nationales devaient se substituer, le cas échéant, aux mesures déjà prises par les autorités de la résidence habituelle et être reconnues dans l'ensemble des États contractants. Enfin, l'article 8 permettait aux autorités de la résidence habituelle de prendre des mesures de protection lorsque le mineur se trouvait en danger. Cette disposition ne se concevait que pour permettre, dans l'hypothèse où la compétence était exercée par les autorités nationales, aux autorités de la résidence habituelle de reprendre la main sur la protection du mineur. Les mesures prises n'étaient cependant pas reconnues dans les autres États. La question de la hiérarchisation des compétences dans la convention de 1961 suscitait de nombreuses interrogations (Sur l'ensemble de la question, *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*) et rejaillissait nécessairement sur la loi applicable.

### **c) Mise en œuvre des règles de conflit de lois**

#### **23. -**

De façon classique la convention de La Haye de 1961 restreignait l'intervention de l'ordre public (3) et excluait le renvoi (2) dans la mise en œuvre de ses règles de conflit, lesquelles donnaient lieu cependant à un certain nombre de difficultés propres à cet instrument (1).

#### **1) Difficultés**

#### **24. - Système dualiste**

La caractéristique principale de la convention de La Haye de 1961 était de s'articuler autour d'une distinction entre les rapports d'autorité découlant de plein droit de la loi nationale du mineur et les mesures prises par les autorités, judiciaires ou administratives (F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant* : Edilivre, 2008, n° 229). Or, combinée avec la concurrence de deux rattachements et la coïncidence des compétences législative et judiciaire, cette distinction se révélait d'une mise en œuvre délicate et complexe maintes fois dénoncée (V. notamment Y. Lequette, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales* : RCADI 1994, p. 19, spéc. p. 81). Les difficultés ainsi constatées ont contribué à alimenter la discussion en vue de la perfection du système (V. n° 34 à 62, la convention de La Haye de 1996 issue de cette volonté de supprimer les écueils de la convention de 1961).

#### **25. - Distinction floue**

En premier lieu, la difficulté concernait le fait que la césure entre existence d'un rapport d'autorité découlant de plein droit de la loi et nécessité de prendre des mesures n'était pas nette, occasionnant certaines hésitations de qualification. Il en allait ainsi lorsque la loi nationale mettait en place un régime de protection mais que sa concrétisation nécessitait néanmoins une désignation par une autorité judiciaire (Y. Lequette, *Le droit international privé à l'épreuve des conventions internationales* : RCADI 1994, p. 19, spéc. p. 80).

#### **26. - Coexistence des mesures et du rapport d'autorité**

En second lieu, il existait de nombreuses situations où le rapport d'autorité mis en place par la loi nationale devait néanmoins coexister avec des mesures, lesquelles nécessitaient l'intervention d'une autorité (hypothèse du « cumul », Y. Lequette, *Le droit international privé à l'épreuve des conventions internationales* : RCADI 1994, p. 19, spéc. p. 81. – note ss CA Paris, 18 déc. 1973 : JDI 1975, p. 525, spéc. p. 532. - CA Dijon, 29 sept. 1988 : Rev. crit. DIP 1989, p. 741, spéc. p. 744 et 745). La question se posait alors de savoir si les autorités de la résidence habituelle pouvaient statuer, en vertu de leur propre loi, pour modifier, aménager ou même supprimer un rapport d'autorité découlant de la loi nationale du mineur. En l'absence de l'alignement des règles de conflit sur les règles de compétence, les autorités de la résidence habituelle auraient alors pu appliquer cette même loi nationale pour aménager le rapport *ex lege* existant. De même, en l'absence de compétence attribuée aux autorités et à la loi de la résidence habituelle, la question de l'aménagement du rapport *ex lege* n'aurait pas posé de difficulté particulière, les autorités nationales étant les seules à pouvoir intervenir selon leur loi pour modifier le rapport juridique existant entre les parents et l'enfant en vertu de sa loi nationale. C'est donc bien le cumul du principe de coïncidence des compétences et d'un double rattachement qui posait une difficulté de mise en œuvre de ce système dualiste. Les rédacteurs de la convention ont sans doute manqué de la hardiesse nécessaire pour mener à terme leur démarche et abandonner totalement le rattachement à la nationalité de l'enfant (V. n° 34 à 62 les leçons tirées par la convention de La Haye de 1996), donnant ainsi naissance à un mécanisme pourvu d'incohérences.

## 27. - Absence de rapport d'autorités et de mesures

Enfin, dans certains cas, la loi nationale n'organisait aucun rapport d'autorité *ex lege* et les autorités de la résidence habituelle étaient alors saisies pour prendre une mesure, alors que la loi de la résidence habituelle interrogée à son tour n'organisait... qu'un rapport d'autorité *ex lege* (hypothèse de « lacune », Y. Lequette, *préc.*, p. 82. – note ss CA Paris, 18 déc. 1973, citée n° 26. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996 : *Rev. crit. DIP* 1997, p. 725, note M. Goré ; Deffrénois 1997, art. 35691, p. 731, obs. J. Massip).

## 28. - Solutions jurisprudentielles

S'agissant de l'opportunité, pour les autorités de la résidence habituelle en application de leur propre loi, d'intervenir pour modifier un rapport d'autorité découlant de la loi nationale (V. n° 26), les tribunaux ont dû se prononcer sur la question à plusieurs reprises et ont finalement adopté la solution la plus simple mais assurément la moins respectueuse du traité (Sur l'ensemble de la question, V. *JCl. Droit international*, fasc. 549-20).

Une première réponse à la difficulté consistait, sur le terrain de la compétence judiciaire, à exclure la possibilité d'intervention des autorités de la résidence habituelle, et par suite, de l'applicabilité de la loi de la résidence habituelle, en présence d'un rapport d'autorité *ex lege* (A. Huet, note ss TGI Créteil, 18 juin 1981 : *JDI* 1982, p. 453, spéc. p. 457 et note ss TGI Paris, 9 nov. 1982 : *JDI* 1983, p. 99, spéc. p. 107). Une telle solution aurait sans doute permis d'éviter les incohérences dénoncées sans malmener la lettre et l'esprit du texte. Seules les autorités nationales du mineur auraient en effet pu exercer leur compétence en application de la loi du for en présence d'un rapport d'autorité *ex lege*. Le rapport d'autorité découlant de plein droit de la loi nationale ne pouvait dès lors qu'être modifié ou aménagé en vertu de cette même loi, sans que le principe de coïncidence des compétences ait à en souffrir. En revanche, en l'absence d'un tel rapport, les autorités de la résidence habituelle ne se voyaient aucunement privées de leur compétence.

Ce n'est pourtant pas cette solution qui a été retenue par les tribunaux qui ont préféré, en présence d'un rapport d'autorité *ex lege*, ne pas exclure la compétence des autorités de la résidence habituelle (TGI Paris, 9 nov. 1982 : *JDI* 1983, p. 99, note A. Huet. – CA Paris, 27 mai 1986 : *JDI* 1987, p. 332, note D. Alexandre. – comp. TGI Dieppe, 8 août 1978 : *Gaz. Pal.* 1979, I, somm. p. 68 et commentaires E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé* : Deffrénois 2004, p. 112, note 22) et maintenir la double compétence des autorités nationales et de la résidence habituelle du mineur. Les autorités de la résidence habituelle ont donc pu exercer leur compétence en présence d'un rapport d'autorité *ex lege* (TGI Créteil, 18 juin 1981 : *JDI* 1982, p. 453, note A. Huet ; JCP G 1982, II, 1987, note F. Boulanger. – TGI Grenoble, 18 mars 1985 : *JDI* 1985, p. 1014, note G. Légier. – CA Grenoble, 23 févr. 1987 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 784. – CA Dijon, 29 sept. 1988 : *JDI* 1989, p. 707, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 741, note Y. L.).

Le principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire interdisant que les autorités de la résidence habituelle interviennent en appliquant la loi nationale du mineur (V. pourtant TGI Grenoble, 18 mars 1985 : *JDI* 1986, p. 1014, note G. Légier), les autorités de la résidence habituelle ont donc, en présence d'un rapport d'autorité découlant de la loi nationale, appliqué leur propre loi, sans égard pour la loi nationale (*déc. préc.*).

On aurait cependant pu imaginer un système de répartition entre la loi nationale régissant le rapport d'autorité *ex lege* et la loi de la résidence habituelle selon que ce rapport se voyait aménagé ou modifié. La doctrine avait en effet suggéré que les mesures prises en vertu de la loi de la résidence habituelle ne pussent l'être que si leur principe en était prévu par la loi nationale de l'enfant (Y. Lequette, note ss Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1982 : *Rev. crit. DIP* 1984, p. 127, spéc.

p. 131. – CA Dijon, 29 sept. 1988 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 744, spéc. p. 745. – D. Alexandre, note ss CA Paris, 27 mai 1986 : *JDI* 1987, p. 332, spéc. p. 339. – P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé* : Montchrestien, 2007, n° 544). Mais ces propositions n'ont reçu qu'un faible écho devant les tribunaux (CA Dijon, 29 sept. 1988 : *JDI* 1989, p. 707, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 741, note Y. L.).

S'agissant de la difficulté résultant d'un rapport d'autorité *ex lege* inexistant selon la loi nationale mais au contraire présent en vertu de la loi de la résidence habituelle (V. n° 27), la Cour de cassation a préféré l'ignorer (en ce sens, V. M. Goré, note ss Cass. 1re civ., 17 déc. 1996 : *Rev. crit. DIP* 1997, p. 725, spéc. p. 730). Elle appliquait ainsi la loi de la résidence habituelle, en prétextant que les demandeurs n'alléguaient aucunement l'existence d'un rapport d'autorité différent selon la loi nationale de celui qui résultait de la loi française de la résidence habituelle.

## **2) Absence de renvoi**

### **29. - Loi interne**

Par une formule désormais classique en droit conventionnel, la convention de 1961 excluait le renvoi. La loi désignée par les articles 2, 3 et 4 de la convention s'entendait ainsi de la loi interne, matérielle des États contractants ou non, à l'exclusion de leurs règles de droit international privé.

## **3) Ordre public**

### **30. - Restriction**

L'article 16 de la convention, visant l'exception d'ordre public, requérait des États contractants de ne pas écarter la loi désignée par les règles de conflit conventionnelles que dans l'hypothèse où la législation étrangère était « manifestement » incompatible avec l'ordre public. L'exigence invitait les États contractants à ne refouler la loi étrangère applicable qu'avec parcimonie. De fait, le recours à l'exception d'ordre public en matière d'autorité parentale dans l'instance directe n'a jamais lieu dans le cadre de la convention de 1961 (Pour une hypothèse où elle aurait dû néanmoins être appliquée, V. CA Paris, 18 déc. 1973 : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 243, note J. F. ; *JDI* 1975, p. 525, note Y. Lequette. – CA Paris, 1er juill. 1974 : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 266, note J. Foyer ; *JCP* 1976, II, 18275, obs. M. Simon-Depitre. – Sur l'exception d'ordre public dans l'instance indirecte, V. Cass. 1re civ., 4 nov. 2010 : *JDI* 2011, comm. 5, p. 124, note I. Barrière-Brousse. - V. *JCl. Droit international*, fasc. 549-20).

## **d) Articulation avec le règlement Bruxelles II bis**

### **31. - Primauté du règlement**

L'entrée en application le 1er mars 2005 du règlement (CE) n° 2201/2003 dit de Bruxelles II bis (cité n° 3) a considérablement modifié le droit international privé de la responsabilité parentale (Sur ce texte, V. *JCl. Droit international*, fasc. 549-20). Le texte européen concerne la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Il ne contient en revanche aucune règle de conflit de lois. Pourtant, ce constat n'indique nullement que le règlement Bruxelles II bis n'exerce aucune influence sur la loi applicable. Ce texte a vocation à être remplacé, à compter du 1er août 2022 par le règlement Bruxelles II ter (*préc.* n° 3), mais cela ne devrait pas modifier le sens du propos.

Constituant le droit commun de la compétence en matière de responsabilité parentale et assurant sa primauté sur le droit conventionnel, le règlement remplace dès lors, dans le domaine d'application matériel qui est le sien, toute règle préexistante. L'article 60 du règlement prévoit en effet que la convention de La Haye de 1961 s'effaçait devant ses dispositions. Rien n'est dit en revanche des conventions bilatérales, mais le régime des règles de compétence figurant à l'article 14, laissant aux règles non européennes un rôle résiduel, implique que celles-ci ne s'appliqueront que subsidiairement aux règles de compétence européennes. Plus précisément,

elles interviendront non seulement lorsque le juge saisi n'est pas compétent sur le fondement du règlement, mais également si aucun juge d'un autre État membre n'est compétent d'après les règles de l'Union européenne. Les règles de compétence judiciaire émanant des conventions internationales, comme celles du droit international privé commun, cèdent ainsi leur place aux règles de compétence européennes.

Néanmoins, et fort logiquement, l'article 62 du règlement prévoit ensuite que les règles conventionnelles conserveront leur empire pour les domaines non régis par le règlement. Il en résulte que si celui-ci se trouve désormais applicable à la compétence judiciaire, les diverses conventions internationales dont l'objet porte également sur le conflit de lois continueront à s'appliquer aux questions relatives à la loi applicable. Les conventions internationales qui contenaient aussi bien des règles de conflit de juridictions que des règles de conflit de lois vont donc se voir dépeçées et dépossédées d'une partie de leurs règles. La cohérence du système mis en place par les textes conventionnels se trouve ainsi bien souvent anéantie, puisque des dispositions élaborées en contemplation les unes des autres doivent dorénavant être appliquées non seulement partiellement mais également en combinaison avec des dispositions provenant d'un autre appareil.

### 32. - Articulation réussie

Une telle articulation ne pose pas de difficulté particulière lorsque la solution du conflit de lois au sein de l'instrument conventionnel en cause n'est pas commandée par la solution du conflit de juridictions. Ainsi dissociée de la compétence, la règle de conflit de lois peut alors être combinée avec une règle de compétence judiciaire provenant d'un autre instrument sans que cela pose de difficulté. Il en ira ainsi par exemple dans le cadre d'un litige opposant des Français et des Serbes, où la compétence sera régie par le règlement Bruxelles II bis et la loi applicable par la convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 (*V. n° 8*). Pour déterminer les titulaires de l'autorité parentale, fixer la résidence de l'enfant et organiser un droit de visite, le juge français de la résidence habituelle de l'enfant (*Règl. préc., art. 8*) pourra appliquer la loi française au cas où les parents y sont également domiciliés si l'enfant est né dans le mariage, mais il pourra surtout appliquer sans difficultés, et comme le lui prescrit la convention bilatérale, la loi nationale de l'enfant en l'absence de domicile commun ou lorsque l'enfant est né hors mariage (*Conv. franco-yougoslave, citée n° 8, art. 5, 10 et 11, al. 2*).

Les conventions franco-portugaise (*citée n° 10*) et de La Haye de 1961 (*citée n° 13*) alignant leurs règles de conflit de lois sur leurs règles de compétence judiciaire, l'articulation des règles conventionnelles de conflit de lois avec les règles de compétence judiciaire de l'Union ne sera réussie que dans les situations où le règlement Bruxelles II bis conduit à déclarer compétentes les autorités de la résidence habituelle de l'enfant (*Règl. préc., art. 8. - V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*), ou bien les autorités nationales de l'enfant (exceptionnellement, *Règl. préc., art. 12, § 3 ou art. 15. - V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*). D'une part, en effet, résidence habituelle et nationalité sont des chefs de compétence également prévus par ces conventions dont d'autre part, les dispositions indiquent que l'une ou l'autre de ces autorités compétentes doivent appliquer la *lex fori* (*Conv. La Haye de 1961, citée n° 14, art. 2 et 4. - Conv. franco-portugaise, citée n° 10, art. 7*). Les deux séries de règles émanant des textes de l'Union européenne et conventionnels pourront ainsi coexister pacifiquement dans ce type de situations (*V. par exemple, CA Limoges, 25 janv. 2011 : Rev. crit. DIP 2011, p. 686, note F. Marchadier* : combinaison réussie de l'article 8 du règlement Bruxelles II bis et de l'article 2 de la convention de 1961).

### 33. - Articulation impossible

En revanche, une telle harmonie entre les deux séries de règles ne pouvait être systématiquement obtenue avec la convention de La Haye de 1961 (ou la convention franco-

portugaise du 20 juillet 1983, V. n° 10). Le principe de coïncidence des compétences qui en sous-tendait l'application impliquait, encore une fois, un certain nombre de difficultés. Les solutions du conflit de lois étant liées à celles du conflit de juridictions, et celui-ci étant parfois résolu différemment dans la convention et dans le règlement, il en résultait que le dépeçage de la convention pour n'appliquer que ses règles de conflit de lois s'avérait parfois impossible (sur ce point, V. E. Gallant, *L'impact et l'application du règlement Bruxelles II bis en France* : K. Boele-Woelki et C. Gonzalez-Beilfuss (ss dir.), *Brussels II bis, Its Impact and Application in the Members States* : Intersentia 2007, p. 103, spéc. p. 119. - Y. Lequette, *De Bruxelles à La Haye (Acte II)*, Mél. H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2008, p. 503, spéc. p. 526 et 527). Ainsi, dans toutes les hypothèses prévues par le règlement où des juridictions autres que celles de la résidence habituelle de l'enfant pouvaient être amenées à statuer à son égard, si ces autorités n'étaient pas non plus celles de la nationalité de l'enfant, la recherche de la loi applicable en vertu de la convention était infructueuse. La convention prescrivant l'applicabilité de la loi de l'autorité compétente, et n'autorisant que l'intervention des autorités nationales ou de la résidence habituelle de l'enfant, un autre juge, compétent sur le fondement du Bruxelles II bis, ne pouvait pas faire usage des règles de conflit de lois de la convention. Ces hypothèses se rencontraient à chaque fois qu'était mis en œuvre l'un des chefs de compétence dérogatoires à la règle de l'article 8 du règlement et que ce chef de compétence ne conduisait pas à confier la compétence aux juridictions nationales de l'enfant. Il en allait ainsi du cas où les conditions requises pour attribuer compétence au juge du divorce étaient remplies (*Règl. préc.*, art. 12, § 1) ; où les parties avaient choisi de porter le litige devant le juge d'un État membre entretenant un lien étroit avec l'enfant (*Règl. préc.*, art. 12, § 3) ; où la compétence avait été confiée aux juridictions d'un État membre qui entretenait un lien particulier avec l'enfant, si elles étaient mieux placées que les juridictions de sa résidence habituelle pour statuer à son égard (*Règl. préc.*, art. 15).

Vouloir appliquer à tout prix la convention aurait conduit à en malmenier les principes (E. Gallant, *L'impact et l'application du règlement Bruxelles II bis en France*, in *Brussels II bis : its impact and application in the members states* (ss dir. S. Boele-Woelki et C. Gonzalez-Beilfuss) : Intersentia, 2007, p. 103, spéc. p. 119. - Y. Lequette, *préc.*, p. 527). On pouvait en effet vouloir obéir au principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire, à l'origine des maux ici envisagés, et autoriser le juge du divorce à appliquer la *lex fori*. La solution, conforme au principe mentionné, aurait été en revanche contraire à la convention en ce qu'elle aurait utilisé un rattachement qu'elle ne prévoyait pas. On aurait alors pu privilégier les rattachements retenus par la convention et les dissocier des règles de compétence judiciaires auxquelles ils étaient pourtant rattachés, ce qui aurait autorisé le juge du divorce à appliquer ou bien la loi nationale de l'enfant ou bien la loi de sa résidence habituelle. Respectueuse des deux rattachements prévus par la convention, la solution se serait heurtée cette fois-ci au principe de l'alignement des règles de conflit sur les règles de compétence. Dans les deux cas, la convention était tout à la fois respectée et méconnue. Il aurait mieux valu constater qu'elle devait inopérer dans l'ensemble des situations où le règlement attribuait compétence à une autorité dont la compétence n'était pas également prévue par la convention, ce qui laissait entière la question de la loi applicable à la responsabilité parentale. Celle-ci devait dès lors être déterminée par le biais des règles de conflit de lois de droit commun, si tant est qu'elles puissent être identifiées avec certitude (sur ce point, V. n° 63 à 85).

L'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 est de nature à résoudre en grande partie ces difficultés, puisque la plupart de ses règles de compétence judiciaire sont identiques à celles du règlement (V. n° 60 à 62).

Dans la mesure où la convention franco-portugaise repose sur le principe de la coïncidence des compétences législative et judiciaire, on peut en déduire que, à l'instar de la convention de

La Haye de 1961, ses règles de conflit de lois seront inopérantes à chaque fois qu'un tribunal compétent en vertu du règlement Bruxelles II bis le sera sur un critère différent de ceux qui sont prévus par la convention bilatérale. Toutefois, la réserve contenue à l'article 7, paragraphe 2 permettant aux autorités de la résidence habituelle d'appliquer la loi nationale de l'enfant à chaque fois que celle-ci prévoit un rapport d'autorité *ex lege* (V. n° 11), ouvre une brèche importante dans le principe de coïncidence des compétences, de laquelle on pourrait chercher à tirer profit. Si le principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire n'est pas absolu, on pourrait en effet ne pas voir d'inconvénients à ce qu'un juge compétent sur le règlement Bruxelles II bis mais pas sur la convention bilatérale applique une loi autre que la *lex fori*, pourvu que le critère de rattachement soit retenu par la convention. Ainsi par exemple, si le juge du divorce est compétent pour statuer sur l'autorité parentale, et qu'il n'est ni le juge de la résidence habituelle de l'enfant, ni son juge national, on pourrait admettre qu'il n'applique pas la *lex fori* au profit de la loi nationale ou de la résidence habituelle du mineur. Une telle interprétation serait néanmoins certainement excessive en ce que la dérogation mise en place par la convention bilatérale ne vaut que pour les autorités de la résidence habituelle et à condition qu'existe un rapport d'autorité *ex lege* d'après la loi nationale. Cette dérogation au principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire n'est ainsi d'aucune utilité dans les hypothèses où précisément le règlement Bruxelles II bis permet d'attribuer compétence à un juge autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant.

Ainsi confrontées à de telles difficultés d'application des textes conventionnels, les autorités saisies n'avaient pas d'autre choix que de ne pas mettre en œuvre la règle de conflit conventionnelle et de se tourner vers le droit international privé commun (sur lequel, V. n° 63 à 85).

## 2° Texte principal : la convention de La Haye du 19 octobre 1996

### 34. - Généralités

Cherchant à supprimer les difficultés issues de la convention de La Haye de 1961, la Conférence de La Haye a élaboré un nouvel instrument relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (*Rev. crit. DIP 1996*, p. 813. – P. Lagarde, *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs* : *Rev. crit. DIP 1997*, p. 217. – *Rapport explicatif de la convention du 19 octobre 1996 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* : *Actes et documents de la 18e session*, t. 2, *Protection des enfants*, Conférence de La Haye de droit international privé, p. 533. – F. Boulanger, *De la convention de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale, requiem pour la loi nationale ?*, *Mél. F. Sturm*, vol. 2 : *Éd. juridiques de l'Université de Liège*, 1999, p. 1399).

En vigueur en France depuis le 1er février 2011, ce texte a été ratifié par tous les États membres de l'Union européenne (1°). Si les règles de conflits de juridictions qui y sont contenues devront la plupart du temps céder leur place au règlement Bruxelles II bis (V. *JCl. Droit international*, fasc. 549-20, par N. Joubert. – E. Gallant : *Rép. int. Dalloz*, V° *Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)*, spéc. n° 81), en revanche les règles de conflit de lois (3°) conserveront **presque toujours** leur empire dès lors que le juge français sera saisi d'une question relevant du champ d'application de la convention (2°). Mais l'articulation entre les deux textes soulève néanmoins quelques interrogations (4°).

## a) Entrée en vigueur de la convention de 1996

### 35. - États contractants

Les avancées techniques de la convention de 1996 pouvaient laisser penser, lors de son adoption, qu'elle serait rapidement ratifiée par les États membres de la Conférence de La Haye, et plus particulièrement par la France, notamment parce que la convention de 1961 avait un peu vieilli et conduisait à des difficultés de mise en œuvre auxquelles il était temps de mettre un terme (sur ces difficultés, *V. n° 24 à 28*). Il n'en a pourtant pas été ainsi et personne n'aurait pu prévoir qu'il faudrait près de quinze ans pour que cette convention entre en vigueur en France et dans la plupart des États membres de l'Union européenne. En avril 2020, la convention de 1996 est en vigueur dans une cinquantaine d'États, ce qui atteste de son succès, et tous les États membres de l'Union européenne sont désormais parties à cet instrument.

Les États parties à la convention de La Haye de 1996 sont les suivants :

- Albanie ;
- Allemagne ;
- Arménie ;
- Australie ;
- Autriche ;
- Barbade ;
- Belgique ;
- Bulgarie ;
- Chypre ;
- Croatie ;
- Cuba ;
- Danemark ;
- Équateur ;
- Espagne ;
- Estonie ;
- États-Unis ;
- Fidji ;
- Finlande ;
- France ;
- Géorgie ;
- Grèce ;
- Guyane ;
- Honduras ;
- Hongrie ;
- Irlande ;

- Italie ;
- Lesotho ;
- Lettonie ;
- Lituanie ;
- Luxembourg ;
- Malte ;
- Maroc ;
- Monaco ;
- Monténégro ;
- Nicaragua ;
- Norvège ;
- Paraguay ;
- Pays-Bas ;
- Pologne ;
- Portugal ;
- République dominicaine ;
- République tchèque ;
- Roumanie ;
- Royaume-Uni ;
- Russie ;
- Serbie ;
- Slovaquie ;
- Slovénie ;
- Suède ;
- Suisse ;
- Turquie ;
- Ukraine ;
- Uruguay.

### **36. - Contexte de son élaboration**

Lorsque la convention était en cours d'élaboration au sein de la Conférence de La Haye, l'Union européenne travaillait de son côté à la rédaction d'une convention internationale (prise sur le fondement de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne) ayant pour ambition de mettre sur pied un instrument spécifique au droit de la famille, parallèle à celui déjà existant en matière civile et commerciale par le biais de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Il s'agissait donc d'élaborer une convention unifiant entre les États membres les règles de compétence judiciaire et assurant la circulation des décisions en matière familiale. Le texte, né

le 28 mai 1998 et immédiatement nommé « Bruxelles II » (*JOCE n° C 221, 28 mai 1998, p. 1 ; JCP G 1998, III, 20099*), a été transformé en règlement de l'Union européenne (*Cons. UE, règl. (CE) n° 1347/2000, 20 mai 2000 ; JOCE n° L 160, 30 janv. 2000, p. 19*), lui-même modifié et abrogé par le règlement dit Bruxelles II bis (*Cons. UE, règl. n° 2201/2003, 27 nov. 2003, cité n° 3*). Ce texte, toujours applicable et complété depuis par le règlement Rome III sur la loi applicable en matière de divorce (*Cons. UE, règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ; JOUE n° L 343, 29 déc. 2010, p. 10 ; Les grands textes de DIP, n° 105*). – Sur l'ensemble de ces textes, *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*. – *E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)*), a fait l'objet d'une refonte : le règlement dit « Bruxelles II ter » entrera en application le 1er août 2022 (*Règl. préc. n° 3*).

Les rédactions contemporaines par la Conférence de La Haye et l'Union européenne de deux textes ayant vocation à unifier les règles de droit international privé en matière de responsabilité parentale et de protection des enfants ont eu notamment pour conséquence que les textes ont été rédigés en contemplation l'un de l'autre (sur les conséquences au fond, *V. n° 59*). Si la convention de 1996 contient des règles de conflit de lois dont le règlement européen est dépourvu, les deux instruments en revanche régissent les conflits de juridictions et possèdent donc en commun un vaste champ d'application (Sur le règlement de ce conflit, *V. Règl. préc., art. 61 et la clause de déconnexion contenue à l'art. 52 de la convention*. – *E. Pataut, De Bruxelles à La Haye, Mélanges P. Lagarde : Dalloz, 2005, p. 661, spéc. p. 691*. - *V. également Règl. Bruxelles II ter, art. 97*). C'est de ce champ d'application commun que sont nées en partie les difficultés liées à la ratification de la convention de La Haye, non seulement en France, mais aussi dans la plupart des États membres de l'Union européenne.

### 37. - Péripiéties

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (*CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, Comm. c/ Cons. (« AETR ») : Rec. CJCE 1971, p. 263*. – *J. Boulouis et R.-M. Chevallier, Grands arrêts CJCE, t. 1 : Dalloz, 6e éd. 1994 et t. 2, 5e éd. 2002, n° 50*) les questions relatives à la compétence judiciaire et à la circulation des décisions en matière de responsabilité parentale ayant déjà fait l'objet d'une réglementation européenne (par le biais de la convention Bruxelles II puis des règlements (CE) n° 1347/2000 et 2201/2003, *cité n° 3*), elles échappent désormais à la compétence des États membres et relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne (pour une appréciation critique, *Y. Lequette, De Bruxelles à La Haye (Acte II), Mélanges H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2007, p. 503, spéc. p. 520*). Il en résulte que les États membres ne pouvaient plus se livrer isolément à la mise en œuvre d'un processus de ratification de la convention de La Haye de 1996, mais qu'ils devaient être spécialement habilités pour ce faire par les organes de l'Union européenne. Échappaient toutefois à cette situation huit États membres qui avaient ratifié la convention de 1996 avant leur adhésion à l'Union européenne (en 2000 pour la République tchèque ; en 2001 pour la Slovaquie ; en 2002 pour l'Estonie et la Lettonie ; en 2003 pour la Lituanie ; en 2004 pour la Slovénie ; en 2006 pour la Bulgarie et la Hongrie).

C'est ainsi qu'une première décision du Conseil a d'abord autorisé les États membres (à l'exception du Danemark) à signer la convention de 1996 avant le 1er juin 2003 (*Cons. UE, déc. n° 2003/93/CE, 19 déc. 2002 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, la convention de La Haye de 1996 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 : JOUE n° L 48, 21 févr. 2003, p. 1*). Tous les États membres alors concernés ont signé le texte le 1er avril 2003. Manquait encore l'étape essentielle de la ratification sans laquelle le texte ne pouvait entrer en vigueur dans ces États.

Or, cette ratification a été retardée de façon significative par un différend opposant les autorités britanniques et espagnoles à propos de la mise en place d'une Autorité centrale à Gibraltar. Les démarches se sont alors multipliées afin que la convention de La Haye de 1996, prise en otage par cette querelle se trouvant sans rapport aucun avec la protection des enfants, puisse enfin entrer en vigueur dans l'ensemble des États membres. Parmi ces démarches, on trouve les lettres adressées par M. Van Loon, secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé, aux ministres de la Justice des États membres ainsi qu'au président du Conseil de l'Union européenne (lettres des 25 février et 25 octobre 2005 : <http://www.hcch.net>), leur faisant part des raisons pour lesquelles la convention de 1996 se trouvait dans une impasse ainsi que de la nécessité pour les États membres de débloquer la situation. En France, la volonté de faire entrer en vigueur la convention de 1996 s'est traduite par l'adoption d'une loi le 1er août 2007, autorisant l'adhésion à la convention de La Haye de 1996 (L. n° 2007-1161, 1er août 2007 : JO 2 août 2007, p. 12988. – M. Aurillac, Rapport au nom de la Commission des affaires étrangères, 18 juill. 2007 : AN n° 82). Si cette loi ne permettait pas que la convention entrât en vigueur immédiatement du fait de l'absence de compétence des autorités françaises, elle constituait néanmoins l'instrument interne par lequel la convention entrerait en vigueur lorsque le processus de ratification commun à tous les États membres aurait abouti.

Enfin, une décision attendue du Conseil autorisant les États membres à ratifier la convention de 1996 est intervenue le 5 juin 2008 (*Cons. UE, déc. n° 2008/431/CE, 5 juin 2008 autorisant certains États membres à ratifier la convention de La Haye de 1996 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 ou à y adhérer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, et autorisant certains États membres à procéder à une déclaration relative à l'application des règles internes pertinentes du droit communautaire : JOUE n° L 151, 11 juin 2008, p. 36*). Cette décision visait plusieurs catégories d'États membres. Elle profitait de l'occasion pour inviter les États membres qui avaient signé ou ratifié la convention sans pour autant procéder à la déclaration qui était prévue dans la décision de 2002 à le faire (*art. 2 : déclaration complétant les articles 61 du règlement et 52 de la convention, permettant de mieux articuler la convention et le règlement à propos de l'effet des jugements*). Ceux qui avaient ratifié et procédé à cette déclaration étaient simplement exclus de la décision. Enfin, tous les États qui n'avaient pas ratifié la convention étaient invités à « déposer simultanément leurs instruments de ratification ou d'adhésion auprès du ministère des Affaires étrangères du Royaume des Pays-Bas si possible avant le 5 juin 2010 ». Les États n'avaient dès lors plus qu'à œuvrer ensemble pour que leurs textes de ratification fussent prêts à être déposés à temps auprès de l'autorité néerlandaise destinataire. Grâce à la loi du 1er août 2007, la France disposait déjà de son instrument de ratification, dont elle se devait dès lors d'informer les autres États membres. Cette ratification a eu lieu le 15 octobre 2010, permettant à la convention d'entrer en vigueur en France dès le 1er février 2011. Ce long processus de ratification par les États membres de l'Union européenne s'est achevé par la ratification de la convention par l'Italie, en septembre 2015, de sorte que la convention est aujourd'hui en vigueur dans tous les États membres de l'Union européenne depuis le 1er janvier 2016.

## **b) Champ d'application**

### **1) Champ d'application temporel**

#### **38. - Dispositions transitoires**

L'article 53 de la convention pose des règles de droit transitoire qui résout une partie des difficultés susceptibles de se poser. Il concerne soit l'instance directe, soit l'instance indirecte.

S'agissant de l'instance indirecte, la convention de 1996 s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des décisions prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre les États

concernés (exemple pour une décision prise en Turquie après le 1er février 2017 devant être exécutée en France). À l'inverse, elle ne s'appliquera pas pour des décisions rendues avant cette date. Il peut ainsi en résulter une certaine survivance de la convention de La Haye de 1961, pour une période relativement courte et pour des hypothèses très restreintes. Ainsi par exemple, dans l'hypothèse de mesures prises en Turquie avant le 1er février 2017 (date d'entrée en vigueur de la convention de 1996), les décisions devraient être reconnues et exécutées sur le fondement de l'ancienne convention de 1961 (pour une hypothèse concernant la Suisse où la convention de La Haye de 1996 avait été appliquée alors que la convention de 1961 aurait dû l'être, *Cass. Ire civ.*, 24 sept. 2014, n° 13-18.012 : *JurisData* n° 2014-024161). Cette survivance sera nécessairement très courte, car la Turquie est le dernier État contractant de la convention de 1961 à avoir ratifié la convention de 1996.

S'agissant de l'instance directe, l'article 53 indique ainsi que « la Convention ne s'applique qu'aux mesures prises dans un État après [son] entrée en vigueur dans cet État ». Il en résulte que pour des mesures prises après cette date, compétence et loi applicable seront régies par la convention de 1996. Aucune survivance de la convention de 1961 n'est *a priori* envisageable dans ce cas, mais la jurisprudence a pourtant révélé une hypothèse, par ailleurs plutôt discutable.

La question s'est posée dans des hypothèses où la convention est devenue applicable entre les États concernés en cours d'instance.

Dans une première affaire franco-suisse (*Cass. Ire civ.*, 20 mars 2013, n° 11-24.388 : *JurisData* n° 2013-004894 ; *Rev. crit. DIP* 2014. 100, note V. Bonnet ; *AJ fam.* 2013, p. 298, obs. A. Boiché ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2013, n° 143, obs. E. Viganotti), la convention de La Haye de 1996 est devenue applicable entre les deux pays en cours d'instance. Le juge français avait été saisi et s'était déclaré compétent alors que la convention n'était pas en vigueur en France mais l'était en Suisse. En appel, la mère contestait ~~encore~~ la compétence du juge français, invoquant qu'elle avait changé de résidence habituelle entre le moment de la saisine du JAF et sa décision et invoquant la convention de 1996 qui prévoit, en cas de transfert de résidence, le transfert de compétence. Le conflit transitoire se doublait d'un conflit mobile (sur lequel *V. n° 45 et 57*). Quant au conflit transitoire, la Cour de cassation utilise l'article 53 de la convention de La Haye et indique que le premier juge avait pris des mesures avant l'entrée en vigueur de la convention en France. Elle se cantonne par conséquent à la saisine des premiers juges pour déterminer la non-applicabilité de la convention de 1996. En réalité, l'article 53 de la convention de 1996 ne donne pas la réponse à cette situation particulière où l'entrée en vigueur de la nouvelle convention se produit en cours de procédure. Certes des mesures avaient été prises par le JAF, mais à la date où la cour d'appel a statué, la convention de 1996 était en vigueur et pouvait donc, à notre sens s'appliquer. Dans ce cas, la compétence directe du juge pouvait se trouver régie par la nouvelle convention. Dans une autre affaire également franco-suisse (*Cass. Ire civ.*, 20 mars 2013, n° 11-28.025 : *JurisData* n° 2013-005000 ; *Rev. crit. DIP* 2014. 100, note V. Bonnet ; *AJ fam.* 2013, p. 298, obs. A. Boiché ; *Gaz. Pal.* 23 mai 2013, n° 143, obs. E. Viganotti), la Cour de cassation a au contraire retenu l'applicabilité de la convention de La Haye de 1996, entrée en vigueur en cours d'instance, parce qu'aucune mesure n'avait déjà été prise. Elle procède donc à une application très littérale de l'article 53, paragraphe 1, de la convention de La Haye de 1996 et retient comme critère d'applicabilité de la nouvelle convention l'existence de mesures prises ou non avant son entrée en vigueur.

Mis en forme : Police :(Par défaut) Times New Roman

Mis en forme : Police :(Par défaut) Times New Roman, Italique

## 2) Champ d'application matériel

### 39. - Titre de la convention

Le titre de la convention renseigne immédiatement sur son domaine d'application : elle porte sur « *la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* ». Responsabilité parentale et mesures de protection doivent donc être examinées.

### 40. - Mesures de protection

L'article 1er de la convention de 1996 n'est pas sans rappeler la convention de 1961 en visant les « mesures » de protection de la personne ou des biens de l'enfant. Ces mesures visent tout simplement le domaine de la protection des enfants, venant s'ajouter à celui de la responsabilité parentale (*V. n° 41*), afin d'englober un domaine d'application le plus large possible s'agissant de ces thématiques.

La convention dresse d'abord une liste d'exemples de mesures entrant dans son champ d'application (*art. 3*). Non exhaustive, cette liste est malgré tout très complète et constitue un guide précieux pour les juges nationaux. Selon l'article 3, les mesures peuvent concerner :

--Citation--

- *a)* l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci ;
- *b)* le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle ;
- *c)* la tutelle, la curatelle et les institutions analogues ;
- *d)* la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister ;
- *e)* le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue ;
- *f)* la supervision par les autorités publiques des soins dispensés à l'enfant par toute personne ayant la charge de cet enfant ;
- *g)* l'administration, la conservation, ou la disposition des biens de l'enfant.

--Fin de Citation--

Ensuite, l'article 4 énumère limitativement les matières exclues de la convention. Ce sont :

--Citation--

- *a)* l'établissement et la contestation de la filiation ;
- *b)* la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption ;
- *c)* les noms et prénoms de l'enfant ;
- *d)* l'émancipation ;

- e) les obligations alimentaires ;
- f) les trusts et successions ;
- g) la sécurité sociale ;
- h) les mesures publiques de caractère général en matière d'éducation et de santé ;
- i) les mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants ;
- j) les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration.

--Fin de Citation--

La confrontation de ces deux listes permet de délimiter aisément le champ d'application matériel de la convention. Trois observations doivent néanmoins être réalisées.

En premier lieu, tout en excluant l'adoption et les mesures qui la préparent (*art. 4, § b*), la convention admet dans son champ d'application les mesures de placement en famille d'accueil ou en établissement. On a ainsi pu se demander si le placement d'un enfant en vue de son adoption devait être compris comme une mesure préparant l'adoption et par conséquent exclu de la convention. Le rapport explicatif résout la question par l'affirmative : le placement d'un enfant en vue de son adoption doit être exclu du domaine d'application de la convention par souci de clarté et de simplicité (*P. Lagarde, Rapport explicatif de la convention du 19 octobre 1996 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 : Actes et documents de la 18e session, t. 2, Protection des enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, p. 548*).

En second lieu, il faut noter que la *kafala* du droit musulman est incluse dans le domaine de la convention de 1996, ce qui s'explique par le fait qu'elle n'est pas considérée comme une adoption (Solution conforme à la convention de La Haye de 1993 et au droit international privé commun, *V. notamment Cass. 1re civ., 10 oct. 2006, n° 05-15.264 : JurisData n° 2006-035303. – H. Fulchiron, Adoption sur kafala ne vaut : D. 2007, p. 816 ; Defrénois 2007, p. 133, obs. M. Revillard et p. 30, obs. J. Massip ; JCP G 2007, II, 10072, note M. Farge ; JDI 2007, comm. 11, p. 564, note C. Brière ; AJF 2007, p. 32, obs. A. Boiché ; RJPF janv. 2007, p. 35, obs. Le Boursicot*). Il s'agit en effet d'une mesure de protection et plus particulièrement d'une prise en charge de l'enfant par un *kafil* qui se voit soumis à un certain nombre d'obligations liées à l'éducation de l'enfant, mais qui ne se voit pas transférer l'autorité parentale et alors que l'enfant ne bénéficie d'aucun des effets qu'une adoption, même simple, peut produire. Les mesures demandées au juge français tendant à modifier ou à mettre fin à la *kafala* mise en place à l'étranger entrent indéniablement dans le champ d'application de la convention de 1996. Les juges opèrent parfois avec grand soin une qualification d'une part, à fin de détermination de la règle de conflit et de compétence et, d'autre part, en sous-ordre, afin de déterminer les règles matérielles applicables (*CA Limoges, 25 janv. 2011, cité n° 32*). La Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des conventions de La Haye de 1980 et 1996 (*oct. 2007, www.hcch.net, spéc. n° 29*) a bien indiqué que « le droit interne des États contractants à la Convention de 1996 n'a pas à prévoir toutes les mesures de protection qui relèvent du champ d'application de la Convention ». Il en résulte que si une *kafala* a été mise en place dans l'État de l'ancienne résidence habituelle, elle pourra perdurer dans l'État de la nouvelle résidence habituelle et ses conditions d'application relèveront de la loi de la nouvelle résidence, conformément aux dispositions relatives au conflit mobile (*V. en ce sens art. 14 et 15-3. – V. n° ~~xxx~~57*). En outre, les autorités de la nouvelle résidence habituelle pourront adapter ou modifier la mesure (*art. 5-2*). La Commission spéciale précise

Commenté [TD5]: Merci de compléter.

en outre de façon très pragmatique que « les autorités du nouvel État de résidence habituelle peuvent, le cas échéant, prendre contact avec les autorités de l'ancien État de résidence habituelle ».

Enfin, il faut noter l'exclusion du champ d'application de la convention des décisions sur le droit d'asile et plus largement de toute décision prise en matière d'immigration. Ces questions, malheureusement d'actualité, relèvent en effet généralement de la compétence des autorités de l'État dans lequel se trouvent les enfants ou bien de celles qui sont déterminées par le règlement Dublin III en matière de demande d'asile (*S. Corneloup et P. de Corson, Les critères du Règlement Dublin III, in L. Aï Ahmed, E. Gallant, H. Meur (dir.), Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* : *Éd. IRJS, 2019, p. 41*). À cet égard, le document préliminaire n° 7 de la Commission spéciale de 2017, dans sa version révisée de février 2020 ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)), porte sur la question de l'application de la convention de 1996 aux enfants non accompagnés ou aux enfants séparés. Les premiers sont, selon la définition donnée par l'ONU, « les enfants sans protection parentale qui ne sont pas pris en charge par un autre membre de leur famille ou par un adulte qui, en application de la loi ou de la coutume, en a la responsabilité ». Les seconds sont les enfants privés de protection parentale « qui sont séparés de la personne qui était précédemment chargée, selon la loi ou la coutume, de subvenir à leurs besoins ; ils peuvent cependant être accompagnés d'un autre membre de leur famille ». Il en résulte que si les décisions en matière de droit d'asile et d'immigration sont exclues de la convention, en revanche la protection et la représentation des enfants non accompagnés ou séparés lors de ces procédures relèvent de la convention (*P. Lagarde, Rapp. explicatif, spéc. n° 36. - Doc. prélim. préc., spéc. n° 16*).

#### 41. - Responsabilité parentale

La nouvelle convention vise la responsabilité parentale et non plus la seule protection des mineurs, à l'image des conventions internationales récentes qui se réfèrent toutes à cette appellation (par exemple, la convention internationale des droits de l'enfant). Mais il fallait encore en préciser le contenu, tant la notion peut être entendue différemment (À propos du règlement Bruxelles II bis, *F. Jault, La notion de « responsabilité parentale » : Dr. et patrimoine 2005, n° 138, p. 58 ; Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (ss dir. H. Fulchiron et C. Nourissat) : Dalloz, 2005, p. 157*). La nouvelle convention prévoit ainsi expressément dans son article 1er, paragraphe 2, que les termes de « responsabilité parentale » comprennent au sens de la convention, « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur, ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant ». Il s'agit d'englober des institutions sensiblement analogues et jouant le même rôle, bien qu'ayant des dénominations différentes selon les législations, comme l'autorité parentale, la puissance paternelle, l'administration légale ou la curatelle par exemple. Cette responsabilité parentale concerne non seulement la personne de l'enfant mais aussi ses biens, elle vise les parents ou les tiers (sur l'ensemble, *V. P. Lagarde, Rapp. explicatif cité n° 40, p. 543*).

#### 42. - Comparaison avec le règlement Bruxelles II bis

À la différence du règlement Bruxelles II bis, la convention de 1996 place côte à côte responsabilité parentale et protection de l'enfant, tandis que le règlement de l'Union fait entrer la protection de l'enfant dans la notion de responsabilité parentale (*F. Jault, préc. – E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale), spéc. n° 60*). Faut-il voir entre ces instruments une différence de champ d'application ? La question comporte assurément un intérêt, les deux textes étant appelés à être combinés, l'un régissant le conflit de juridictions, l'autre le conflit de lois. Une lecture

Mis en forme : Couleur de police : Automatique

attentive de l'ensemble des dispositions révèle néanmoins une simple différence de présentation, purement formelle, ne reflétant aucune divergence conceptuelle. Les deux instruments visent donc, *a priori*, un champ d'application matériel identique.

### 3) Champ d'application personnel

#### 43. - Définition matérielle

La convention de 1996 s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans (*Conv. 1996, art. 2*). Les précisions matérielles apportées par le texte à propos de la période pendant laquelle l'enfant est considéré comme tel doivent être saluées pour leur utilité et leur simplicité. La convention exclut ainsi de son champ d'application les embryons et les fœtus, et par là même l'ensemble des difficultés liées à la détermination du commencement de la vie. L'âge de dix-huit ans est retenu par la convention comme seuil au-delà duquel la convention ne s'applique plus. On peut noter à cet égard que si les instruments récents liés à la protection des enfants en droit international privé donnent tous une définition matérielle de l'enfant visé (à l'exception du règlement Bruxelles II bis, *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*, ce qui sera corrigé dans la version refondue. - *V. Règl. Bruxelles II ter, art. 2, préc. n° 3*), ils ne retiennent pas le même âge qui peut varier de seize à dix-huit ans selon les cas.

Si, devenu adulte, l'individu nécessite encore des mesures de protection, c'est une autre convention qui prendra le relais : la convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000 (sur cette convention, *P. Lagarde, Rapp. explicatif : www.hcch.net*. - *E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Majeur*) prévoit en effet de s'appliquer aux mesures de protection prises avant que l'enfant ait atteint l'âge de dix-huit ans (*art. 2, § 2*). Un suivi des mesures de protection de l'enfant est, par conséquent, assuré lorsque celui-ci devient adulte et se trouve toujours en situation d'être protégé. Cette convention, dont la ratification a été autorisée par une loi du 28 juillet 2008 (*L. n° 2008-737, 28 juill. 2008 autorisant la ratification de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes : JO 30 juill. 2008, p. 12202*), a été ratifiée par la France le 18 septembre 2008 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2009 (en même temps que la loi du 5 mars 2007, *L. n° 2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs : JO 7 mars 2007, p. 4325*).

### 4) Champ d'application spatial

#### 44. - Absence de règle générale

Contrairement à la convention de 1961, la convention de 1996 ne contient pas de disposition générale à propos de son champ d'application spatial. Celui-ci doit être déduit des différentes règles de compétence ou de reconnaissance et d'exécution. Les règles de conflit de lois étant en principe alignées sur les règles de compétence judiciaire (*V. n° 46*), elles suivront le même sort. Ainsi, la résidence habituelle de l'enfant dans un État contractant sera un élément important (*art. 5*), parfois remplacée par la présence de l'enfant dans un État contractant si la résidence habituelle fait défaut (*art. 6*), y compris lorsque la compétence se voit transférée au juge du divorce (*art. 10*). La résidence habituelle dans un État contractant sera également requise lorsqu'une autorité mieux placée pour statuer à l'égard de l'enfant se verra conférer la compétence. Enfin, la résidence habituelle dans un État contractant ne sera pas nécessaire en cas d'urgence, où la présence de l'enfant ou de ses biens dans un État contractant suffira (*E. Pataut, De Bruxelles à La Haye, Mél. P. Lagarde : Dalloz, 2005, p. 661, spéc. 687*. - *E. Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé : Defrénois 2004, n° 52*).

#### 45. - Articulation avec le règlement Bruxelles II bis

L'ensemble de ces dispositions doit néanmoins être combiné avec le règlement Bruxelles II bis, dont le champ d'application chevauche celui de la convention de 1996. Ainsi, s'agissant du domaine matériel que les deux textes ont en commun, c'est-à-dire le conflit de juridictions, il faudra se référer à la clause de déconnexion de l'article 52 de la convention et à l'article 61 du règlement (*E. Pataut, préc.*, p. 692 et 693. – *P. Lagarde, Rapp. explicatif cité n° 40, p. 600 s.*) qui règlent assez harmonieusement l'articulation entre les deux textes. L'article 61 du règlement fait primer le règlement sur la convention dès lors que l'enfant réside habituellement dans un État membre de l'Union. À l'inverse, si l'enfant réside habituellement dans un État tiers partie à la convention, celle-ci s'applique. Dans l'hypothèse d'un changement de résidence habituelle de l'enfant en cours d'instance, de la France vers la Suisse, la Cour de cassation a jugé en vertu de l'article 61 du règlement que, en raison du transfert de la résidence habituelle en Suisse, seule la convention de La Haye de 1996 s'appliquait et que par conséquent les autorités françaises (saisies avant le transfert de résidence habituelle sur le fondement du règlement Bruxelles II bis) n'étaient plus compétentes (*Civ. 1<sup>re</sup>, 30 sept. 2020, n°19-14.761, ECLI:FR:CCASS:2020:C100557, JCP G, 2020 note E. Gallant ; Dr. Famille nov. 2020, comm. 156, A. Devers ; D. Actu, 16 nov. 2020, obs. A. Panet*).

Les règles de conflit de lois relevant en revanche seulement de la convention de 1996, celle-ci retrouvera son empire (la difficulté découlera du fait que ces règles de conflit de lois sont liées aux règles de compétence judiciaire, qui précisément seront évincées au profit du règlement Bruxelles II bis... – *V. n° 59 à 62*).

#### c) Règles de conflit de lois

#### 46. - Coïncidence des compétences législative et judiciaire

La convention de 1996 repose, comme celle de 1961, sur le principe de la coïncidence des compétences législative et judiciaire. Le juge compétemment saisi appliquera sa propre loi pour prendre des mesures de protection, tandis que l'institution d'un rapport résultant de plein droit de la loi est maintenue. Néanmoins, le nouveau système évite les écueils de la convention de 1961 à propos de cette distinction entre mesures et rapport d'autorité grâce, d'une part à la suppression de la dualité de rattachements et, d'autre part, à la suprématie des mesures prises sur le rapport d'autorité *ex lege*. La convention repose sur une règle de principe, laquelle subit plusieurs dérogations, spéciales ou générales.

#### 3° Application de la *lex fori*

#### a) Règle de principe : loi de la résidence habituelle

#### 47. - Rattachement à la résidence habituelle

Il faut noter que le rattachement de principe retenu par la convention de 1996 est désormais celui de la résidence habituelle de l'enfant. Ce rattachement joue aussi bien comme critère de compétence judiciaire (*Conv. préc., art. 5*), que comme critère de loi applicable, cette dernière englobant tant l'attribution, l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale (*Conv. préc., art. 16, § 1*) ou son exercice (*Conv. préc., art. 17*) que les mesures prises par les autorités (*Conv. préc., art. 15, § 1*. – Pour un exemple, *V. CA Lyon, 27 févr. 2012, n° 10/05059*). Si la convention se refuse à définir la notion de résidence habituelle (de même que le règlement Bruxelles II bis, *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*. – *E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale), spéc. n° 101*), elle prend néanmoins soin de régler un certain nombre de difficultés y afférentes. D'abord, elle met en place un critère de substitution en cas de défaillance du critère de la résidence habituelle (*Conv. préc., art. 6*), consistant en l'impossibilité d'établir une résidence

Mis en forme : Police :Italique

Mis en forme : Police :Italique, Exposant

Mis en forme : Police :Italique

Mis en forme : Police :Italique

Mis en forme : Police :Italique

Mis en forme : Police :Italique

Mis en forme : Police :Italique

habituelle parce qu'ayant disparu sans être remplacée (il ne s'agit pas des cas où il est simplement difficile d'établir une résidence habituelle, *P. Lagarde, Rapp. explicatif, cité n° 40, spéc. p. 554-556.* – Comp. avec art. 13 du règlement Bruxelles II bis, *B. Ancel et H. Muir Watt, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis : Rev. crit. DIP 2005, p. 584 et note n° 40.* – *E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale), spéc. n° 179 s.* – V. également *JCl. Droit international, fasc. 549-20*). Dans cette hypothèse, les autorités de l'État où se trouve l'enfant pourront prendre, selon leur loi, des mesures le concernant. Ensuite, la convention règle les cas de changement de résidence habituelle en conférant compétence aux autorités de la nouvelle résidence habituelle lorsque celle-ci a été acquise licitement (*Conv. préc., art. 5, § 2*), pour statuer en vertu de leur loi (*Conv. préc., art. 15, § 3*) et détermine le domaine des lois appelées à se succéder, que ce soit pour les mesures prises ou pour la responsabilité parentale de plein droit (*Conv. préc., art. 16, § 3 et § 4*).

#### **48. - Responsabilité parentale de plein droit**

L'article 16 de la convention reprend ainsi l'idée d'un « rapport d'autorité » découlant de plein droit de la loi, mais en modifie la présentation en supprimant cette terminologie et en précisant qu'il s'agit de l'attribution ou de l'extinction de plein droit de la responsabilité parentale sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative. La distinction entre cette attribution de plein droit et les mesures de protection nécessitant l'intervention d'une autorité existe toujours, mais se voit considérablement atténuée, en raison de l'unicité du rattachement de principe retenu. La responsabilité parentale de plein droit étant régie par la loi de la résidence habituelle et les autorités de la résidence habituelle compétentes appliquant la *lex fori*, la solution évite les difficultés rencontrées lors de la mise en œuvre de la convention de 1961 issues de l'articulation difficile entre la loi nationale de l'enfant régissant le rapport d'autorité découlant de plein droit de la loi et la loi de la résidence habituelle régissant les mesures prises par les autorités concernées (*V. n° 24 à 28*). Il n'y aura donc plus de distorsion entre deux lois différentes, puisque tout ce qui concerne la responsabilité parentale, qu'elle soit le fruit de la loi ou d'une intervention judiciaire, sera soumis en principe à la loi de la résidence habituelle (sur l'intervention éventuelle d'autorités autres que celles de la résidence habituelle, en application de leur propre loi, *V. n° 51 et 52*).

#### **49. - Résidence alternée et droit international privé**

La question de la mise en œuvre du critère de la résidence habituelle en droit international privé revêt une dimension particulière depuis l'introduction, dans de nombreuses législations internes, y compris la législation française, de la possibilité d'instaurer pour l'enfant de parents séparés, une **résidence alternée**.

La résidence habituelle constitue un critère de rattachement, retenu aussi bien pour déterminer la compétence judiciaire que la loi applicable. Le règlement Bruxelles II bis retient en effet la résidence habituelle comme critère principal de compétence en matière de responsabilité parentale, tandis que les conventions de La Haye de 1961 ou de 1996 retiennent ce critère également pour la loi applicable. Plusieurs difficultés peuvent être isolées à propos de la mise en œuvre du critère de la résidence habituelle, hormis celle du doute sur cette résidence ou de son absence totale (*V. n° 47*), lorsque ce critère se heurte à un dédoublement.

En présence d'une résidence alternée, il est permis en effet de considérer que l'enfant qui réside de façon alternée chez ses deux parents possède en réalité deux résidences, au même titre qu'un individu peut posséder une double nationalité (*Contra, V. A. Devers, La résidence alternée en droit international privé : Dr. famille 2008, étude 9, spéc. n° 1*). Cette affirmation pourrait être discutée, puisqu'il pourrait paraître curieux de posséder deux résidences *habituelles*. Le qualificatif « habituelle » pourrait en effet être considéré comme excluant nécessairement l'idée

d'une double résidence. Pourtant, si l'on s'attache à la nature de la résidence alternée en droit interne et en pratique, il est difficile de l'exclure : l'enfant partage son temps de résidence entre les deux parents, il n'y a plus un parent chez qui réside l'enfant et un parent exerçant un droit d'hébergement et de visite, il y a au contraire deux parents chez qui réside l'enfant. En outre, bien que la résidence alternée puisse ne pas faire l'objet de temps de résidence égaux, puisque l'enfant peut résider plus longtemps chez un parent que chez l'autre, il n'apparaît pas que cette différence quantitative fasse disparaître la qualification de « résidence alternée ». Enfin, l'idée d'une résidence alternative qui cesserait chaque semaine pour recommencer ailleurs paraît parfaitement inadaptée. Dès lors, si l'on souhaite tirer les conséquences en droit international privé d'une telle analyse reposant sur l'existence d'une double résidence habituelle de l'enfant, plusieurs solutions se dégagent.

Ou bien l'on accepte d'exercer un choix entre ces deux résidences, et la question du critère de ce choix se posera nécessairement, ou bien l'on refuse au contraire d'exercer un choix.

Dans l'hypothèse où l'on décide de ne pas exercer de choix entre les deux résidences habituelles, les chefs de compétence ou éléments de rattachement vont être mis en concurrence purement et simplement. S'agissant de la compétence judiciaire, cette concurrence sera soumise aux règles de litispendance et impliquera que la première juridiction saisie exercera sa compétence (V. *JCl. Droit international, fasc. 540-20*). S'agissant de la loi applicable, elle s'alignera sur la compétence judiciaire (d'après les solutions de la convention de La Haye de 1961 ou de 1996, V. n° 22 et 46).

Dans l'hypothèse où l'on décide en revanche d'exercer un choix, là encore deux solutions divergentes se dessinent.

Ou bien l'on accepte d'exercer un choix *a priori*, ce qui implique d'affecter au critère de rattachement qui s'est dédoublé (la résidence) un critère supplémentaire permettant de choisir entre les deux branches de cet élément de rattachement. Ainsi, on pourrait en premier lieu être tentés de raisonner comme en matière de double nationalité, et considérer que la résidence du for doit l'emporter systématiquement, mais cela reviendrait à privilégier les saisines les plus rapides. On pourrait plutôt en second lieu imaginer d'adjoindre au critère de la résidence un critère supplémentaire pour le conforter, ce qui rejoindrait plutôt la démarche qui est retenue en matière de double nationalité étrangère, de privilégier la résidence la plus effective. Par exemple, on retiendrait telle résidence parce qu'elle est confortée par la nationalité de l'enfant, ou parce qu'elle a duré plus longtemps, ou parce que c'est aussi le lieu de résidence des frères et sœurs, etc.

Ou bien l'on décide de n'exercer aucun choix *a priori* et de laisser le juge ou les parties en décider. Le juge saisi peut en effet apprécier lequel, parmi les deux lieux de résidence, entretient le plus de liens avec l'enfant, ce qui revient à la même solution que lorsque l'on prescrit au juge de choisir la résidence la plus effective. Les parties peuvent aussi se voir reconnaître la possibilité de choisir entre les deux résidences. Mais la question se posera alors de savoir comment ce choix doit se manifester et quelle serait sa portée exacte. S'agissant de la compétence, il faudra notamment déterminer si le silence du défendeur peut impliquer un accord pour confier la compétence au juge saisi plutôt qu'au juge de l'autre résidence habituelle. Dans une telle hypothèse, mieux vaut un accord exprès ou non équivoque (comme en matière de prorogation de compétence du juge du divorce). S'agissant de la loi applicable, autoriser un choix des parties implique également qu'il soit encadré afin d'éviter des marchandages incompatibles avec les questions en litige.

Finalement, l'ensemble de ces possibilités pourraient se voir utilement combinées. En l'absence de choix par les parties, parmi les deux résidences habituelles, d'un juge et d'une loi applicable,

le juge saisi apprécierait sa compétence au regard de la résidence la plus effective, et le cas échéant, appliquerait la loi de la résidence élue.

## **b) Dérogations**

### **50. - Fondement**

Règle de principe, la compétence judiciaire fondée sur la résidence habituelle de l'enfant subit néanmoins deux dérogations par le biais de règles de compétence destinées à la corriger et/ou l'assouplir. L'une de ces dérogations est fondée sur la concentration du contentieux autour d'un juge unique, celui du divorce, tandis que l'autre est justifiée par la proximité entretenue entre la situation et le juge (*P. Lagarde, Rapp. explicatif, cité n° 40, p. 558-564. – E. Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé : Deffrénois 2004, spéc. p. 123 et 134 s.*). Le rapprochement des compétences législative et judiciaire impliquera que ces dérogations se répercutent sur les règles de conflit de lois.

### **51. - Loi du juge du divorce**

La convention de 1996 (ainsi que le règlement de Bruxelles II bis, *V. n° 60. - JCl. Droit international, fasc. 549-20*) organise la possibilité de conférer la compétence en matière de responsabilité parentale au juge du divorce (*Conv. préc., art. 10. - V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*). Dans ces hypothèses, l'article 15, paragraphe 1, prescrit au juge du divorce compétent (en vertu de l'article 3 du règlement Bruxelles II bis, *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*) d'appliquer sa propre loi pour statuer sur la garde et le droit de visite, ou prendre toute mesure de protection concernant l'enfant. La loi appliquée par le juge du divorce est bien la « *loi du juge du divorce* », en vertu du principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire qui sous-tend la convention, et non la « *loi du divorce* » (laquelle sera désignée par le biais d'une règle de conflit différente de celle de la responsabilité parentale, issue du règlement Rome III, *préc. n° 36*).

### **52. - Loi du juge mieux placé pour statuer**

Il en va de même lorsque la convention autorise les autorités d'un État contractant mieux placées pour apprécier l'intérêt de l'enfant à statuer à son égard (*Conv. préc., art. 8 et 9, V. JCl. Droit international, fasc. 549-20*), ces autorités appliqueront la *lex fori* en vertu de l'article 15, paragraphe 1.

### **53. - Mesures et responsabilité parentale de plein droit**

Puisque la convention aligne ses règles de conflit de lois sur ses règles de compétence judiciaire, ces dérogations vont nécessairement se répercuter sur le conflit de lois. Il en résulte que la loi de la résidence habituelle régira l'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale de plein droit, mais que des mesures pourront être prises en vertu d'une autre loi. Toutefois, là où la convention de 1961 ne proposait pas de solution à l'articulation entre un rapport de plein droit organisé par la loi nationale et des mesures prises par les autorités de la résidence habituelle, la convention de 1996 contient une règle salvatrice en son article 18. Celui-ci propose en effet que la responsabilité parentale de plein droit « *pourra être modifiée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures* » prises par les autorités compétentes. Il en résulte clairement que les mesures prises par une autorité priment sur la responsabilité parentale existant de plein droit et que celle-ci « *ne peut plus être une entrave aux mesures de protection qui se révéleraient nécessaires* » (*P. Lagarde, Rapp. explicatif cité n° 40, p. 582*).

### **54. - Urgence et mesures provisoires**

Quel que soit le juge compétent au fond, la convention de 1996 permet au juge de l'État où se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant de prendre, en vertu de sa propre loi, des mesures

urgentes ou provisoires (*Conv. préc., art. 11 et 12*). Cette loi sera appliquée pour une durée limitée jusqu'à ce que la loi applicable au fond reprenne son empire. ~~Rien sur les lois de police ! Ajouter... Phénomène de désactivation des lois de police prévues par le droit international privé commun en matière d'assistance éducative et de retrait autorité parentale.~~

2) Clause d'exception : application de la *lex causae*

### 55. - Clause d'exception

Quelle que soit la règle de conflit mise en œuvre, la convention de 1996 permet néanmoins de faire échec au principe de la coïncidence des compétences législative et judiciaire en instaurant un système de clause d'exception. L'article 15, paragraphe 2, prévoit en effet que « *dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, [les autorités des États contractants] peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit* ». Il s'agit donc bien d'une dérogation générale permettant aux autorités compétentes - que ce soit celles de la résidence habituelle de l'enfant, du divorce ou l'une des autorités listées à l'article 8 si elles sont mieux placées -, d'appliquer une loi autre que la *lex fori*. Les autorités compétentes ne pourront exercer ce choix que si cela est conforme à l'intérêt de l'enfant, lequel est à la fois le critère du jeu de la clause d'exception et son fondement. Ce type de règle est généralement apprécié pour sa fonction d'assouplissement de la règle de conflit, mais la clause d'exception doit être d'une utilisation exceptionnelle en considération notamment de la prévisibilité en principe assurée par la règle de conflit et aussi de la cohérence du système mis en place.

### 3)1) Admission du renvoi au second degré

#### 56. - Admission limitée -

Généralement exclu des conventions de La Haye et en particulier de la convention de 1961, le renvoi est néanmoins partiellement admis par l'article 21, paragraphe 2, de la convention de 1996. En premier lieu, le renvoi autorisé par la convention est un renvoi au second degré (la loi désignée par la règle de conflit renvoie à la loi d'un État tiers). En second lieu, ce renvoi n'est admis que lorsqu'il émane de la loi d'un État non contractant et qu'il vise la loi d'un autre État non contractant, qui accepte le renvoi. Enfin, le jeu du renvoi n'est admis que dans le cadre de l'article 16, c'est-à-dire de la règle de conflit de lois relative à la responsabilité parentale de plein droit (*P. Lagarde, Rapp. explicatif, cité n° 40, p. 582*).

### 4)2) Conflit mobile

#### 57. - Mesures prises par des autorités compétentes

En matière de compétence judiciaire, l'article 5, paragraphe 2, de la convention de La Haye de 1996 prévoit qu'en cas de changement (licite) de résidence habituelle, la compétence se trouve transférée aux autorités de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant (sur ce point *V. JCl. Droit international, fasc. 549-20, spéc. n°28, par N. Joubert. — comp. E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, spéc. n°186*). Il s'agit d'un transfert immédiat, en ce sens que s'il se produit en cours d'instance, les autorités qui ont été saisies doivent en principe se dessaisir au profit des autorités de la nouvelle résidence habituelle (comp. avec la solution différente du règl. Bruxelles II bis, art. 8, qui retient pour régler le conflit mobile le critère de la saisine des autorités). Logiquement, en vertu du principe de l'application de la *lex fori* posé par l'article 15, paragraphe 1, les autorités de la nouvelle résidence habituelle appliqueront dès lors leur propre loi. Toutefois, l'article 14 indique que les mesures déjà prises subsisteront, tant que les autorités nouvellement compétentes ne les auront pas modifiées ou remplacées. L'article 15, paragraphe 3, prévoit que la loi nouvelle régit les conditions d'application des mesures prises par les autorités de

Commenté [DC6]: Merci de confirmer

Mis en forme : alinéa

Commenté [TD7]: Merci de vérifier et de compléter.

l'ancienne résidence habituelle de l'enfant. Cela signifie qu'un suivi des mesures prises dans l'État de l'ancienne résidence habituelle est possible.

Deux situations sont alors possibles : soit les autorités de la nouvelle résidence habituelle ne prennent pas de nouvelles mesures, elles peuvent alors aménager, en vertu de leur propre loi, les mesures prises dans l'État de l'ancienne résidence habituelle ; soit elles prennent de nouvelles mesures, qui complètent ou remplacent les anciennes, en vertu de leur propre loi.

### **58. - Responsabilité parentale de plein droit**

Les règles posées par la convention de La Haye de 1996 en cas de conflit mobile en présence d'une responsabilité parentale de plein droit, sans intervention d'une autorité, sont assez intéressantes. Elles se trouvent aux articles 16 (régissant l'attribution et l'extinction de plein droit) et 17 de la convention (régissant l'exercice de la responsabilité parentale de plein droit).

L'article 16, paragraphe 3, affirme d'abord que la responsabilité parentale issue de la loi de l'ancienne résidence habituelle subsiste après le changement de résidence habituelle. Ainsi par exemple, si la responsabilité parentale était attribuée conjointement aux deux parents non mariés, celle-ci restera conjointe dans le pays de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, quand bien même la loi de ce pays ne connaîtrait pas l'autorité parentale conjointe pour des parents non mariés.

L'article 16, paragraphe 4, indique ensuite qu'en cas de changement de résidence habituelle, « *l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'est pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle* ». Il en résulte que, à l'inverse de la situation précédemment décrite, si l'enfant résidait dans un pays qui ne connaît pas l'autorité parentale conjointe entre parents non mariés et qu'il déménage dans un pays dont la législation attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents y compris hors mariage, alors cette nouvelle attribution résultant de la loi de la nouvelle résidence habituelle sera effective. Ces règles de conflit mobile sont clairement à coloration matérielle, car tout en préservant l'autorités parentale du pays de l'ancienne résidence habituelle, elles autorisent de nouvelles personnes à en être titulaires dans l'État de la nouvelle résidence, ce qui est incontestablement en faveur des règles qui admettent l'exercice conjoint de l'autorité parentale (*V. P. Lagarde, Rapp. explicatif, spéc. n° 108. - Sur l'ensemble, E. Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé (préf. P. Lagarde) : Defrénois 2004, spéc. n° 398 et s.*).

Enfin, l'article 17 indique que l'exercice de la responsabilité parentale relève de la loi de la nouvelle résidence habituelle en cas de changement (pour une mauvaise application de cet article 17, *V. CA Paris, 5 juin 2013, n° 11/08050 : AJ fam. 2013, p. 438, obs. E. Viganotti*). Il est le pendant, pour la responsabilité parentale de plein droit, de l'article 15, paragraphe 3, pour les mesures prises par une autorité (pour lesquelles les conditions d'application des mesures prises par les autorités de l'ancienne résidence habituelle relèveront de la loi de la nouvelle résidence habituelle, *V. n° 57*).

### **c) Articulation avec le règlement Bruxelles II bis**

#### **59. - Problématique**

Comme pour les autres conventions internationales qui contiennent tout à la fois des règles de compétence judiciaire et des règles de conflit de lois (*V. n° 6, 8, 10 et 31*), la convention de 1996 doit, la plupart du temps, céder sa place au règlement Bruxelles II bis (*V. JCl. Droit international, fasc. 549-20. - Règl. Bruxelles II bis, art. 61. - Règl. Bruxelles II ter, art. 97*) pour ce qui concerne l'ensemble des règles de conflit de juridictions (pour un exemple, *V. CA Versailles, 6 mai 2014, n° 13/03514*). La matière de la responsabilité parentale et de la

protection des enfants se trouve ainsi scindée entre le règlement européen s'agissant des règles de compétence et la convention de 1996 pour les règles de conflit de lois.

L'articulation entre les deux instruments devrait poser nettement moins de difficultés qu'avec la convention de 1961 (V. n° 31 à 33), ce qui est en grande partie dû au contexte de l'élaboration de la convention de 1996. Alors en effet que la Conférence de La Haye préparait le texte de la nouvelle convention, l'Union européenne travaillait de son côté à l'écriture de la convention dite de Bruxelles II, ascendant de l'actuel règlement Bruxelles II bis. Les textes ont ainsi été construits en contemplation l'un de l'autre, ce qui conduit à une grande similitude entre eux. Même si certaines divergences existent, elles sont mineures, et ne remettent pas en cause les fondations communes des textes.

### 60. - Identité de compétences

De la même manière que pour les conventions déjà examinées, la difficulté d'articulation provient principalement du fait que la convention de 1996, appelée à n'intervenir que dans le cadre du conflit de lois, aligne ses règles de conflit sur les règles de compétence judiciaire. Toutefois, eu égard aux grandes similitudes entre les deux textes, la coexistence entre les règles de compétence européennes et les règles de conflit conventionnelles devrait être majoritairement pacifique. À chaque fois qu'un juge compétent sur le fondement du règlement l'est également au regard des règles conventionnelles, il peut sans difficulté appliquer la *lex fori* au regard de l'article 15, paragraphe 1, de la convention, ou la loi de la résidence habituelle si aucune mesure n'est nécessaire (*Conv. préc., art. 16, 17 et 18*). Il en va ainsi aussi bien du juge de la résidence habituelle de l'enfant (*Règl. préc., art. 8. – Conv. préc., art. 5*), du juge du divorce (*Règl. préc., art. 12, § 1. – Conv. préc., art. 10*) que du juge mieux placé pour statuer à l'égard de l'enfant (*Règl. préc., art. 15. – Conv. préc., art. 8 et 9*), ou encore du juge de l'urgence (*Règl. préc., art. 20. – Conv. préc., art. 11 et 12*). Loi de la résidence habituelle de l'enfant, loi du juge mieux placé ou loi du juge du divorce peuvent donc être appliquées dans ces conditions, et même éventuellement être écartées par le biais de la clause d'exception. C'est la totalité des dispositions relatives au conflit de lois issues de la convention de 1996 (V. n° 46 à 56) qui peuvent donc être mises en œuvre par l'un de ces juges compétents selon le règlement Bruxelles II bis (l'illustration la plus répandue en jurisprudence concerne bien évidemment l'hypothèse d'un juge compétent sur le fondement de la résidence habituelle de l'enfant en France - art. 8 du règlement - appliquant sa propre loi en vertu de l'article 15 de la convention : V. par exemple *CA Lyon, 27 févr. 2012, n° 10/05059*). Le règlement Bruxelles II ter est en ce sens, dont le considérant 92 indique que « *La loi applicable en matière de responsabilité parentale devrait être déterminée conformément aux dispositions du chapitre III de la convention de La Haye de 1996. Lorsque cette convention est appliquée dans le cadre de procédures devant une juridiction d'un État membre dans lequel le présent règlement s'applique, la référence aux "dispositions du chapitre II" figurant à l'article 15, paragraphe 1, de ladite convention devrait être interprétée au sens de "dispositions du présent règlement" ».*

### 61. - Identité des conditions de la compétence

L'examen approfondi des règles de compétence contenues dans le règlement et dans la convention soulève néanmoins une interrogation relative aux conditions auxquelles sont attribuées ces compétences, qui peuvent ne pas être rigoureusement identiques en vertu des deux textes. L'identité de compétence (par exemple du juge du divorce) ne reflète en effet pas nécessairement une identité de conditions auxquelles est attribuée cette compétence. Cette remarque en réalité ne concerne que la prorogation de compétence du juge du divorce. S'agissant du juge mieux placé pour intervenir, les conditions de sa compétence sont, malgré des différences de forme, identiques dans les deux textes (*E. Gallant, Responsabilité parentale*

*et protection des enfants en droit international privé : Defrénois 2004, n° 212 s.*). En outre, si la liste des États membres ou contractants pouvant bénéficier de cette dérogation de compétence varie d'un texte à l'autre, il se trouve que c'est le règlement de l'Union européenne qui est plus restrictif que la convention, ce qui n'implique pas de conséquence sur la mise en œuvre de la règle de conflit de lois conventionnelle, puisque tous les États visés par le règlement le sont aussi par la convention. Un juge compétent sur le fondement du règlement le sera ainsi nécessairement sur le fondement de la convention et la règle de l'article 15, paragraphe 1, peut s'appliquer sans difficulté.

S'agissant en revanche de la prorogation de compétence du juge du divorce, en plus des autres exigences, communes aux deux textes, la convention de 1996 requiert qu'au début de la procédure l'un des parents réside habituellement dans l'État du juge du divorce. Or, cette condition ne figure pas dans le règlement de Bruxelles II bis, lequel permet d'ailleurs de fonder la compétence du juge du divorce sur la seule nationalité commune des parties (*Règl. préc., art. 3, § 1 b*). Il en résulte ainsi que lorsque le juge du divorce, compétent sur le fondement de la nationalité commune des époux, voit sa compétence prorogée pour statuer à l'égard de l'enfant, le tout au regard du règlement Bruxelles II bis, on peut se demander s'il peut appliquer la convention de 1996 pour désigner la loi applicable. C'est qu'en effet, celle-ci fait dépendre les règles de conflit de lois de ses propres règles de compétence judiciaire : le juge compétent applique sa propre loi. Simple dans le cadre de la convention de 1961, où la compétence du juge du divorce n'était pas du tout prévue, l'hypothèse se complique dans le cadre de la convention de 1996, où cette compétence est bien organisée, mais à des conditions différentes de celles du règlement.

On pourrait, dans un premier temps, être tentés de refuser l'accès à la règle de conflit de lois conventionnelle permettant au juge du divorce d'appliquer la *lex fori*, dans la mesure où la convention de 1996, en alignant la règle de conflit sur la règle de compétence, sous-entend que le juge applique sa propre loi lorsqu'il est compétent au regard de la convention. Or, dans l'hypothèse envisagée, il ne l'est pas. Toutefois, et là réside toute l'ambiguïté du dépeçage d'un texte, il ne faut pas oublier que précisément les règles de compétence conventionnelles ne sont pas applicables, puisqu'elles sont remplacées par celles du règlement (*V. n° 31 et 45*). Ainsi, il semblerait plus approprié de ne pas refuser l'application d'une règle de conflit qui autorise le juge du divorce à appliquer sa propre loi, quand bien même ce juge ne serait pas compétent dans le cadre conventionnel, non pas parce que le principe de sa compétence n'est pas prévu, mais parce que l'une des conditions requises n'est pas remplie. À suivre ce raisonnement, il suffirait pour que la règle de conflit conventionnelle s'applique conformément au principe de coïncidence des compétences législative et judiciaire, que le principe de la compétence du juge soit prévu par la convention, quand bien même les conditions spécifiques de sa mise en œuvre ne seraient pas réunies. Le juge du divorce, compétent sur le fondement du règlement Bruxelles II bis pourrait donc appliquer sa propre loi conformément à la convention de La Haye, quand bien même toutes les conditions de sa compétence requises par la convention ne seraient pas réunies. Cette solution est validée par règlement Bruxelles II ter (qui entrera en application le 1er août 2022, *V. n° 3*), dont le considérant 92 indique précisément que « la référence aux "dispositions du chapitre II" figurant à l'article 15, paragraphe 1, de ladite convention devrait être interprétée au sens de "dispositions du présent règlement" ». Ainsi, le principe de l'application de la *lex fori* est parfaitement acquis dans le cadre du règlement Bruxelles II ter.

## **62. - Juge compétent sur le fondement du règlement mais pas sur la convention de 1996**

Dans certaines hypothèses, les règles de compétence contenues dans les deux instruments ne sont pas identiques. Plus précisément, le règlement Bruxelles II bis offre des règles de compétence qui n'existent en revanche pas du tout dans la convention de La Haye. C'est le cas

de l'article 12, paragraphe 3, selon lequel les parties pourront s'accorder sur la compétence d'un juge qui entretient un lien étroit avec l'enfant (*Règl. préc., art. 12, § 3. - V. JCl. Droit international, fasc. 549-20. - E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale), spéc. n° 149 s.*). C'est également le cas de l'article 9 du règlement Bruxelles II bis qui autorise, en cas de changement licite de résidence habituelle, que les autorités de l'ancienne résidence conservent leur compétence pendant 3 mois, lorsqu'elles ont déjà rendu une décision de droit de visite, afin de prendre les mesures exigées par le déménagement de l'enfant. Une telle compétence n'est pas prévue par la convention de La Haye de 1996 (sur l'ensemble de ces hypothèses, V. également *E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale), spéc. n° 90 s.*). Dans de telles situations, la question se pose de savoir quelle loi appliquer, puisque la convention de La Haye prescrit au juge saisi et compétent d'après ses propres règles d'appliquer sa propre loi. Faut-il se borner à respecter le principe de l'application de la *lex fori* affirmé par l'article 15, paragraphe 1 ? Cette solution serait à l'évidence la plus simple et la plus claire, même si elle forcerait un peu la convention de 1996 en lui ajoutant des éléments de rattachement qu'elle ne prévoit pas. C'est bien cette solution que suggère le règlement Bruxelles II ter dans son considérant 92 (*préc. n° 60*).

## **II. - Loi applicable à l'autorité parentale en droit international privé commun**

---

### **63. - Solutions obsolètes**

Le thème de la loi applicable à l'autorité parentale en droit commun est assez peu fréquemment abordé, et lorsqu'il l'est, les solutions proposées sont à la fois anciennes et périmées. Plusieurs paramètres peuvent expliquer ce phénomène, qu'il s'agisse de l'influence de l'évolution législative en la matière ou d'une diminution du nombre de cas d'application de la règle de conflit de lois.

### **A. - Cas d'application de la règle de conflit de droit commun**

---

#### **64. - Sous l'empire de la convention de 1961**

Il s'agit ici de déterminer les cas dans lesquels la règle de conflit de droit international privé commun, d'application résiduelle par rapport aux règles conventionnelles, était amenée à être appliquée par un juge français. Applicable dès lors que l'enfant résidait habituellement en France, la convention de 1961 avait ainsi absorbé un grand nombre de cas où désormais la règle de conflit de droit commun n'était plus utile. Pour que la règle de conflit de droit commun trouvât à s'appliquer, il fallait que le juge français fût compétent sur un autre fondement que la résidence ou la nationalité de l'enfant, par exemple l'article 14 du Code civil, et que l'enfant ne résidât pas dans un État contractant de la convention. Les hypothèses de compétence du juge français en dehors de la résidence de l'enfant ou de sa nationalité étant rares en matière d'autorité parentale avant l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II bis, la règle de conflit de droit commun avait donc peu de latitude pour intervenir.

#### **65. - Influence du règlement Bruxelles II bis**

L'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II bis le 1er mars 2005 a eu pour effet de mettre en place un certain nombre de règles permettant d'octroyer compétence en matière d'autorité parentale à un juge autre que celui de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'enfant, bien que le premier de ces critères soit désormais le fondement de la règle de principe. Il en résulte ainsi que si le juge français était compétent sur un critère autre que la résidence habituelle de l'enfant et que celui-ci ne résidait pas dans un État contractant de la convention de 1961 la règle de conflit de droit commun trouvait à s'appliquer. Bien que toujours d'application

résiduelle, la règle de conflit de droit international privé commun bénéficiait d'une augmentation de son champ d'intervention, puisque le règlement Bruxelles II bis donnait plus de possibilités au juge français d'être saisi d'une question relative à l'autorité parentale alors qu'il n'était pas le juge de la résidence habituelle.

S'agissant des conventions bilatérales régissant la matière (*V. n° 5 à 12*), leurs règles de conflit s'appliquent dès lors qu'une condition de nationalité est remplie par les parties ou seulement par l'enfant selon les cas. Puisque la convention de 1961 s'applique dès lors que l'enfant réside habituellement dans un État contractant, elle s'applique à chaque fois que l'enfant réside en France, ne laissant dès lors aucune place à la règle de conflit de droit commun. Dans les hypothèses où le juge français était compétent sur le fondement du règlement Bruxelles II bis sans être le juge de la résidence habituelle de l'enfant (*Règl. préc., art. 12, § 1, 12, § 3 et art. 15*), la règle de conflit de droit commun était applicable à la condition que l'enfant ne résidât pas dans un autre État contractant de la convention de 1961.

En cumulant l'ensemble de ces hypothèses, à chaque fois que l'enfant n'était pas ressortissant de l'un des États parties à une convention bilatérale, qu'il résidait ailleurs que dans un État contractant de la convention de 1961 et que le juge français était néanmoins compétent, la règle de conflit de droit commun trouvait à s'appliquer. Ainsi pour appliquer la règle de conflit de droit international privé commun :

- le juge français devait être compétent, sur le fondement du règlement Bruxelles II bis mais pas sur le fondement de la résidence habituelle de l'enfant, ou sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil ;
- l'enfant n'était ni polonais, ni slovène, ni ressortissant de Bosnie-Herzégovine, ni portugais ;
- il ne résidait pas : en Allemagne, Autriche, Espagne, France, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Suisse et Turquie.

Ainsi par exemple un enfant de nationalité britannique résidant en Grande-Bretagne dont les parents divorçaient en France pouvait être soumis au juge français (*Règl. préc., art. 3 et 12, § 1*) qui devait dans cette hypothèse appliquer la règle de conflit de droit commun. Certes résiduel, le domaine d'intervention de cette règle n'était cependant pas anecdotique.

## **66. - Depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996**

L'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 semble avoir modifié considérablement les choses.

Comme déjà précisé (*V. n° 4 et 14*), la convention de La Haye de 1961 a aujourd'hui disparu du fait de l'entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 et de sa ratification par l'ensemble des États contractants de la convention de 1961.

S'agissant de la convention de La Haye de 1996, il est entendu qu'elle ne définit pas son champ d'application géographique par le biais d'une règle générale, mais au travers de chacune de ses règles de compétence, les règles de conflit de lois étant alignées sur les règles de compétence judiciaire (*V. n° 44*). Au regard des règles de conflit de lois, la question se pose pourtant avec une certaine acuité dans un contexte où le texte est dépecé, abandonnant la compétence judiciaire à l'emprise du règlement Bruxelles II bis, pour n'être appliqué qu'en matière de loi applicable. Les règles de conflit de lois conventionnelles doivent-elles nécessairement être liées à la compétence judiciaire conventionnelle, ou bien peuvent-elles conquérir une certaine autonomie ? Le bon fonctionnement de l'instrument conventionnel dépecé ainsi que le caractère universel des règles de conflit de lois (*Conv., art. 20*) plaident en faveur de l'autonomie (en ce sens, déjà, *V. n° 59 à 62*). Il en résulterait un champ d'application accru de la règle de conflit de

lois conventionnelle, qui trouverait à s'appliquer finalement à chaque fois que le juge français est compétent sur le fondement du règlement Bruxelles II bis, même lorsque l'enfant réside dans un État tiers non partie à la convention. **Il résulte de cette solution que la règle de conflit de droit commun n'aurait plus qu'un champ d'application très résiduel**, se réduisant aux cas où le juge est saisi sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil (possibilité offerte par l'article 14 du règlement Bruxelles II bis).

## **B. - « Disparition » de la règle de conflit après 1972**

---

### **67. - Influences**

L'étude de la loi applicable à l'autorité parentale en droit international privé commun conduit à la constatation que la règle de conflit semble avoir disparu sous l'influence conjuguée de l'écoulement du temps, des réformes législatives et de l'évolution des mœurs familiales. Plus particulièrement, la disparition de la règle de conflit de droit commun en matière d'autorité parentale est le fruit d'une certaine évolution législative (1°), laquelle s'est accompagnée d'une diminution de ses cas d'intervention (2°).

### **1° Évolution législative**

#### **68. - Réformes**

Deux grandes réformes ont marqué, directement ou indirectement, le conflit de lois en matière de responsabilité parentale : la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation (*L. n° 72-3, 3 janv. 1972 : JO 5 janv. 1972, p. 145*), et la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce (*L. n° 75-617, 11 juill. 1975 : JO 12 juill. 1975, p. 7171*).

#### **a) Loi du 3 janvier 1972**

##### **69. - Avant 1972**

Avant la loi du 3 janvier 1972 (*citée n° 68*), les choses étaient simples. Sur le fondement de la distinction du droit substantiel interne entre enfants légitimes et enfants naturels, il existait deux règles de conflit de lois, toutes deux de source jurisprudentielle, qui régissaient la filiation et ses effets. La loi des effets du mariage englobait ainsi la filiation légitime et ses effets. L'autorité parentale sur un enfant légitime était donc régie par la loi nationale commune des parents mariés ; à défaut de nationalité commune, par la loi de leur domicile commun ; et à défaut de domicile commun par la loi du for. La loi des effets du mariage englobant également le divorce (depuis le célèbre arrêt « Rivière », *Cass. 1re civ., 17 avr. 1953 : Rev. crit. DIP 1953, p. 412, note H. Batiffol ; JDI 1953, p. 860, note R. Plaisant ; JCP G 1953, II, 7863, note J. Buchet ; GAJDIP, n° 26*), elle s'appliquait également à l'autorité parentale après divorce. S'agissant des enfants naturels, leur filiation comme les effets de celle-ci étaient soumis à leur loi nationale (Sur les justifications de ces règles, *V. E. Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé : Defrénois 2004, spéc. n° 295 s.*).

##### **70. - Après 1972**

La loi du 3 janvier 1972 (*citée n° 68*), en plus de modifier le droit interne de la filiation, a aussi inséré des règles de conflit de lois relatives à l'établissement de la filiation (*C. civ., art. 311-14 à 311-18*). Son entrée en vigueur a suscité de nombreuses interrogations et a relancé le débat à propos de la loi applicable à l'autorité parentale. La loi de 1972 n'adoptant de règles de conflit de lois que pour l'établissement de la filiation, laissant de côté les effets de la filiation et donc la question de l'autorité parentale, la question s'est évidemment posée de savoir ce qu'il advenait des effets de la filiation et notamment de l'autorité parentale.

## 71. - Effets de la filiation

Fallait-il laisser les effets de la filiation sous l'empire des règles antérieures ? De nombreux auteurs ont soutenu cette position, arguant principalement que les nouvelles règles de conflit de lois issues des articles 311-14 et suivants du Code civil ne régissaient que l'établissement de la filiation et qu'il n'y avait aucun inconvénient à ce que la filiation soit désormais scindée et soumise à deux règles de conflit de lois distinctes selon qu'il s'agisse de son établissement ou de ses effets (*H. Batiffol et P. Lagarde, L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation : Rev. crit. DIP 1972, p. 1 s.* – *I. Fadlallah, La famille légitime en droit international privé (le domaine de la loi applicable aux effets du mariage) : Dalloz, 1977, n° 349.* – *Y. Lequette, Protection familiale et protection étatique des incapables : Paris, 1976, n° 84 s.* – *A. Ponsard, La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation : JDI 1972, p. 795*). Ces auteurs ont également soutenu qu'il n'existait pas d'obstacle théorique à ce que les enfants légitimes et naturels soient soumis, s'agissant de l'autorité parentale, à des règles de conflit distinctes, comme le postule le maintien des solutions antérieures.

Fallait-il au contraire, étendre les solutions nouvelles relatives à l'établissement de la filiation à ses effets ? Une doctrine minoritaire a soutenu que les règles nouvelles issues de la loi de 1972, élaborées pour régir l'établissement de la filiation, devaient néanmoins être étendues aux effets de la filiation, et donc à l'autorité parentale, afin d'éviter un morcellement peu souhaitable de l'institution et d'adopter, au moins en principe, une règle unique pour les enfants légitimes et naturels (*J. Foyer et M. Simon-Depitre, La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé : JCP G 1973, I, 2566*). Massivement critiquée notamment en raison de la difficulté à transposer les règles de conflit à rattachements multiples des articles 311-16 et suivants du Code civil, cette position aboutit souvent à appliquer à l'autorité parentale la loi nationale de la mère, qui ne paraît pas justifiée en ce domaine.

Trois décisions sont généralement présentées comme s'étant prononcées en faveur de ce système de l'extension des dispositions relatives à l'établissement de la filiation à la matière de l'autorité parentale : elles ont appliqué à l'autorité parentale la loi nationale de la mère, tel que le prescrit l'article 311-14 du Code civil (*CA Paris, 3 mars 1981 : Rev. crit. 1981, p. 496, note Y. Lequette.* – *CA Grenoble, 23 févr. 1987 : Rev. crit. DIP 1990, p. 784 ; Gaz. Pal. 1989, I, somm. p. 103.* – *TGI Grenoble, 18 mars 1985 : JDI 1985, p. 1014, note G. Légier ; Rev. crit. DIP 1987, p. 828 ; Gaz. Pal. 1985, 2, somm. p. 238.* – Sur ces trois décisions, *E. Gallant, Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé : Defrénois 2004, n° 308*).

## 72. - Nouvelles règles de conflit en matière d'autorité parentale ?

Enfin, fallait-il profiter de la réforme pour adopter de nouvelles règles de conflit en matière d'autorité parentale ? Un autre courant minoritaire a proposé, immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi de 1972, d'adopter une règle de conflit unique pour régir l'autorité parentale à l'égard de tous les enfants, indépendamment du statut matrimonial de leurs parents, s'affranchissant ainsi à la fois des règles antérieures et des règles nouvelles relatives à l'établissement de la filiation (*D. Alexandre, Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation : Annales de la faculté de Strasbourg, Travaux de l'institut de droit comparé, Actes du colloque des 13 et 14 octobre 1972, Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse, p. 73*). Seules quelques rares décisions procèdent à la désignation de la loi applicable au titre de la loi nationale (loi étrangère, *TGI Dunkerque, 29 mars 1984 : Gaz. Pal. 1984, 2, somm. p. 284.* – Loi française, *CA Paris, 3 mars 1981 : Rev. crit. DIP 1981, p. 496, note Y. Lequette.* – *TGI Dunkerque, 26 et 28 oct. 1987 : JDI 1988, p. 766, note E. Mezghani*).

## **b) Loi du 11 juillet 1975**

### **73. - Réforme du divorce**

Le débat s'est en outre nécessairement compliqué par l'adoption par la loi du 11 juillet 1975 d'une nouvelle règle de conflit de lois en matière de divorce (*C. civ.*, art. 310 ancien, devenu art. 309, caduc depuis l'entrée en application du règlement Rome III, cité n° 36). La soustraction du divorce du domaine de la loi des effets du mariage devait-elle entraîner avec elle l'autorité parentale après divorce ? Antérieurement à la jurisprudence « Rivière » (cité n° 69), c'est-à-dire avant que le divorce, et en conséquence, la filiation légitime (*CA Paris*, 21 juin 1955 : *Rev. crit. DIP* 1955, p. 529, note H. Batiffol ; *JDI* 1956, p. 1008), ne soient soumis à la loi des effets du mariage, la solution était de soumettre l'autorité parentale après divorce à la loi du divorce. Mais la réforme de 1972 créant une catégorie autonome relative à l'établissement de la filiation, celle de 1975 créant une règle de conflit spécifique au divorce, les fondations de la loi applicable à l'autorité parentale se voyaient fortement ébranlées. Quelques décisions ont ainsi appliqué l'article 310 du Code civil (devenu 309) à l'autorité parentale après divorce (*CA Paris*, 13 nov. 1979 : *Rev. crit.* 1980, p. 568, note Y. Lequette. – *CA Paris*, 25 juin 1986 : *D.* 1987, somm. p. 349, obs. B. Audit), tandis que d'autres l'ont exclu au profit de la loi nationale des enfants, expressément (*TGI Dunkerque*, 26 et 28 oct. 1987 : *JDI* 1988, p. 766, note A. Mezghani), ou implicitement (*TGI Dunkerque*, 29 mars 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm. p. 284). Dans tous les cas, ces décisions ont abouti à l'application de la loi française.

## **2° Errements jurisprudentiels**

### **74. - Peu de décisions**

Fort logiquement, il existe peu de décisions intervenant en dehors du champ d'application conventionnel après 1972. Pourtant, leur étude révèle une grande confusion. Hormis les décisions relatives à la garde provisoire, soumise traditionnellement à la loi du for (notamment *Cass. 1re civ.*, 13 févr. 1973, *Desramault* : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 631, note L. Topor. – *CA Paris*, 1er juill. 1974 : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 266, note J. Foyer ; *JCP G* 1976, II, 18275, note M. Simon-Depitre), et les quelques décisions qui ont pris parti pour l'un ou l'autre des systèmes proposés en doctrine après 1972 (*V. n° 70*), on trouve des décisions qui attirent l'attention en ce qu'elles appliquent systématiquement la loi française, sans trancher préalablement le conflit de lois. Ce double phénomène constitue une telle anomalie dans la sphère du droit international privé, que le constat mérite d'être consolidé.

## **a) Constat**

### **75. - Conflit de lois non tranché**

L'étude de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions françaises en matière d'autorité parentale depuis 1972 révèle, d'une part, qu'elles appliquent dans leur grande majorité systématiquement la loi française et, d'autre part, qu'elles ne tranchent pas préalablement le conflit de lois. Ainsi, les juges du fond saisis de litiges familiaux internationaux appliquent directement à l'autorité parentale la loi étrangère sans en préciser le titre (*CA Paris*, 18 déc. 1973 : *JDI* 1975, p. 525, note Y. Lequette ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 243, note J. Foyer. – *CA Paris*, 1er juill. 1974 : *Rev. crit. DIP* 1975, p. 266, note J. Foyer ; *JCP G* 1976, II, 18275, note M. Simon-Depitre. – *CA Agen*, 10 avr. 2008 : *Service de documentation de la Cour de cassation*) ou la loi française (*Cass. 1re civ.*, 8 déc. 1993 : *Rev. crit. DIP* 1994, p. 553, note H. Muir Watt. – *CA Versailles*, 11 mars 1999 : *Service de documentation de la Cour de cassation*. – *CA Lyon*, 21 sept. 2004 : *Service de documentation de la Cour de cassation*) ce qui est d'autant plus marquant lorsqu'en revanche, le conflit de lois est résolu au sein du même litige pour d'autres questions liées à l'affaire comme le divorce et/ou le montant des diverses pensions alimentaires (*CA Riom*, 1er juin 2004 : *Service de documentation de la Cour de cassation*. –

CA Douai, 23 juin 2005 : *Service de documentation de la Cour de cassation*. – CA Versailles, 4 avr. 2006 : *Service de documentation de la Cour de cassation* – CA Lyon, 25 juill. 2007 : *JurisData n° 2007-356436, Service de documentation de la Cour de cassation*) ou encore l'établissement de la filiation (CA Lyon, 12 déc. 2000 : *JDI 2002*, p. 479, note F. Monéger).

Outre les critiques pouvant être adressées à cette pratique judiciaire (V. n° 76 et s.), il faut remarquer que la quasi-totalité de ces décisions (sauf CA Agen, 13 mars 2008 : *Service de documentation de la Cour de cassation*) ont statué sur des hypothèses qui en principe devaient être soumises à la convention de La Haye de 1961 (généralement parce que l'enfant réside habituellement en France), ce qui réduit encore les applications de la règle de conflit de droit commun. Cette démarche doit néanmoins être examinée de plus près, puisque finalement, en raisonnant hors convention de 1961, les décisions mentionnées font comme si elles appliquaient le droit commun. Or, l'absence de mise en œuvre d'une règle de conflit de lois, qu'elle soit de source conventionnelle ou pas, nécessite en droit international privé d'être justifiée.

## **b) Éventuelles justifications**

### **76. - Diversité**

Abstraction faite de la question de l'ignorance de la règle de conflit issue de la convention de 1961, il s'agit plus largement ici d'essayer de comprendre et de rechercher les raisons qui peuvent pousser les juges du fond, dans cette matière, à s'affranchir de la règle de conflit de lois. En droit international privé, plusieurs mécanismes peuvent conduire à appliquer la loi française, sans passer par le jeu de la règle de conflit de lois. En l'occurrence, il faut pousser les investigations tant du côté du juge que du côté des parties.

#### **1) Du côté du juge**

### **77. - Office du juge**

Cette pratique judiciaire consacrant l'application systématique de la loi française sans trancher préalablement le conflit de lois intrigue d'autant plus que l'office du juge est alourdi lorsqu'il doit intervenir dans des matières où les droits ne sont pas à la libre disposition des parties. En application du dernier état de la jurisprudence en effet, le juge est tenu d'appliquer d'office la règle de conflit lorsque les droits des parties sont indisponibles (*Cass. 1re civ.*, 26 mai 1999, *Belaid* : *Rev. crit. DIP 1999*, p. 707, 2e esp., note H. Muir Watt ; *JCP G 1999*, II, 10192, note F. Mélin ; *Deffrénois 1999*, p. 1261, obs. J. Massip ; *GA*, n° 78), ce qui est incontestablement le cas de l'autorité parentale. Une décision qui ne tranche pas le conflit de lois en matière d'autorité parentale serait donc indéniablement censurée par la Cour de cassation si l'affaire venait à être portée devant elle.

### **78. - Autorité parentale et lois de police**

À rechercher un fondement théorique à cette pratique judiciaire constatée, on pense d'abord aux lois de police, ou d'application immédiate, dont le mécanisme d'application s'affranchit précisément de la règle de conflit de lois. Définies comme des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays » (*Ph. Francescakis* : *Rép. int. Dalloz*, V° *Conflits de lois*, 1re éd., n° 137), les lois de police sont généralement identifiées comme telles par le juge en raison de leur but particulier (*D. Bureau et H. Muir Watt*, *Droit international privé*, t. 1 : PUF, 2010, n° 552 s. – *P. Mayer et V. Heuzé*, *Droit international privé* : *Montchrestien*, 10e éd. 2010, spéc. n° 121). Le domaine de l'autorité parentale, il est vrai, n'est pas totalement étranger aux lois de police, puisque dès 1964, la Cour de cassation a affirmé, ce qui n'a jamais été démenti depuis, que les règles françaises relatives à l'assistance éducative s'appliquent à tous les enfants qui se trouvent en France, quelle que soit la loi régissant leur protection (*Cass. 1re civ.*, 27 oct. 1964, *Maro* : *Rev. crit. DIP 1965*, p. 119,

note J. Foyer ; JCP G 1964, II, 13911 bis ; D. 1965, p. 81. – Cass. 1re civ., 28 juin 1965, *Belaid* : RD sanit. soc. 1965, p. 350, obs. P. Raynaud. – Cass. 1re civ., 16 janv. 1979 : JDI 1981, p. 66, note J. Foyer. – Adde CA Paris, 21 juin 1962 : Rev. crit. DIP 1965, p. 119, note J. Foyer ; JDI 1963, p. 1054, note J.-B. Sialelli ; RTD civ. 1963, p. 714, obs. H. Desbois. – CA Paris, 15 nov. 1962 : RTD civ. 1963, p. 714, obs. H. Desbois. – CA Paris, 20 févr. 1964 : Rev. crit. DIP 1965, p. 119, note J. Foyer ; JCP G 1964, II, 13848 ; Rec. gén. Lois 1964, p. 625, note G. Droz. – Cass. 1re civ., 6 avr. 1994, n° 93-05.024 : Bull. civ. 1994, I, n° 139 ; Deffrénois 1994, art. 35891, obs. J. Massip ; D. 1995, somm. p. 137, obs. A. Bottian). La solution est justifiée par le but des règles matérielles relatives à l'assistance éducative, généralement présentées comme ayant pour finalité d'assurer ou bien la protection de l'enfant contre son entourage ou bien la protection de la société contre cet enfant. L'impératif de protection en raison d'un danger assigné à ces règles d'assistance éducative justifie en effet qu'il en soit fait application indépendamment de la loi régissant la situation.

Les autres règles relatives à l'autorité parentale ne bénéficient en revanche pas de ce statut de lois d'application immédiate. Rien ne permet en effet de justifier que l'ensemble des dispositions relatives à l'autorité parentale revêtent le statut de lois de police puisqu'elles ne reposent pas sur l'idée de danger et qu'elles n'impliquent pas que l'État soit intéressé par leur application impérative (en ce sens, Y. Lequette, note ss CA Paris, 18 déc. 1973 : JDI 1975, p. 525, spéc. p. 529). En outre, les décisions dont il est question qui appliquent directement la loi française à l'autorité parentale, sans passer par le détour d'une règle de conflit de lois, n'utilisent pas cette justification (hormis quelques très rares décisions des juges du fond, CA Paris, 13 juill. 1951 : JDI 1952, p. 612, note J.-B. Sialelli ; JCP G 1952, II, 6975, note J.-B. Sialelli. – CA Paris, 24 juin 1988 : D. 1988, inf. rap. p. 222. – TGI Toulon, 5 avr. 1980 : JDI 1982, p. 138, note Ph. Kahn. – ou très anciennes, V. les décisions citées par L. Topor, *Les conflits de lois en matière de puissance parentale* : Dalloz, 1971, n° 250). Or, puisqu'il s'agit d'un mécanisme dérogatoire à la méthode conflictuelle, l'on peut s'attendre à ce que le juge, lorsqu'il fait application d'une loi de police, la mentionne expressément ne serait-ce que pour identifier avec précision son domaine.

## 79. - Application de la loi du for

Dans le contentieux familial, les juges du fond, à qui l'on demande de statuer sur un divorce, une pension alimentaire et une prestation compensatoire, ainsi que sur la garde des enfants, doivent interroger pour déterminer leur compétence et la loi applicable à toutes ces questions, pas moins de trois règles de compétence judiciaire et autant pour le conflit de lois. On pourrait imaginer que la complexité des litiges en cause conduit finalement à ce que les juges appliquent la loi française, parce que c'est la loi du for, et qu'à ce titre, elle est d'application aisée. La loi française serait ainsi appliquée à titre de loi du for, comme si une règle de conflit tacite en prescrivait l'application. Cette explication a le mérite de faire comprendre le contraste révélé dans de nombreuses décisions entre les questions pour lesquelles le conflit de lois est tranché, et les questions relatives à l'autorité parentale pour lesquelles il ne l'est pas (V. n° 75). Néanmoins, il est nécessaire de rappeler que quand bien même les juges appliqueraient la loi française à titre de loi du for, ce serait en vertu d'une règle de conflit de lois qui en prescrivait l'application.

## 2) Du côté des parties

### 80. - Volonté des parties

L'une des raisons invoquées, quasiment par réflexe, à ce double phénomène de l'absence de recherche de la loi applicable à l'autorité parentale et de l'application systématique de la loi française, repose sur le fait que les parties se contenteraient de la loi française et qu'en réalité elles n'auraient pas d'intérêt à faire appliquer une autre loi. Expliquant vraisemblablement

l'absence de décision de la Cour de cassation sur ce point, cette affirmation renferme deux idées sous-jacentes qui doivent être combattues.

### **81. - Enjeu du conflit de lois**

La première postule qu'en réalité, l'autorité parentale dans le cadre d'un litige international ne requiert pas que le conflit de lois soit résolu. C'est que la question majoritairement tranchée dans ce type de litiges est celle de savoir qui du père ou de la mère doit résider avec l'enfant. Cette question étant éminemment matérielle, elle ne nécessiterait pas qu'une loi soit désignée pour en régir les principes. Or cette affirmation n'est que très partiellement vraie. Les législations contiennent de grandes différences en matière d'autorité parentale notamment sur le point de savoir si l'autorité parentale est conjointe ou pas, si la résidence alternée est autorisée ou non, sur quelles périodicités, etc. Ces prises de positions doivent évidemment être connues pour décider du lieu de résidence de l'enfant. L'enjeu de la résolution du conflit de lois n'est donc certainement pas absent de la matière, ce qui prive l'affirmation susmentionnée de sa légitimité.

### **82. - Accord procédural**

En second lieu, le fait que les parties se contenteraient en réalité de l'application de la loi française révélerait qu'en réalité les parties s'abstiendraient de soulever le conflit de lois parce qu'elles sont d'accord pour que la loi française soit appliquée. On reconnaît là la figure de « l'accord procédural » (*P. Lagarde, note ss Cass. Ire civ., 4 oct. 1989, De Baat : Rev. crit. DIP 1990, p. 316*) permettant aux plaideurs d'écarter la loi applicable au profit de la loi française, et même de l'accord procédural tacite (*Cass. Ire civ., 6 mai 1997, Hannover international : Rev. crit. DIP 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; JDI 1997, p. 804, note D. Bureau ; GA, n° 78. – Cass. Ire civ., 1er juill. 1997, Karl Ibold : Rev. crit. DIP 1998, p. 60, 2e esp., note P. Mayer*), autorisant cette même conséquence sur le seul fait pour les plaideurs de conclure sur l'application du droit français. Or, si l'accord procédural a été admis par la jurisprudence, c'est uniquement dans les matières où les droits sont disponibles, ce qui, comme vu précédemment (*V. n° 77*), n'est pas le cas de l'autorité parentale. Ainsi, dans ce domaine de l'autorité parentale relevant des droits indisponibles, le juge a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois, tandis que les parties ne peuvent pas y déroger par un accord.

### **83. - Synthèse**

L'ensemble de ces observations indique clairement que quand bien même les parties ne voient pas l'intérêt ou l'enjeu de trancher le conflit de lois, elles ne peuvent pas, en l'état actuel du droit positif, conclure d'accord procédural au profit de la loi française tandis que le juge est tenu de trancher d'office le conflit de lois puisque les dispositions relatives à l'autorité parentale ne sont pas à la libre disposition des parties. Elles ne sont pas non plus d'application immédiate. La pratique judiciaire mise en place conduisant à l'application systématique et directe de la loi française en matière d'autorité parentale a donc lieu d'étonner à ces divers titres, sans compter l'ignorance de la convention de La Haye de 1961, sauf à admettre qu'elle obéit en réalité à une règle de conflit, en quelque sorte tacite, parce que jamais énoncée, prescrivant l'application de la loi du for...

## **C. - Reconstruction de la règle de conflit de lois**

---

### **84. - Ordonnance du 4 juillet 2005**

Bien que d'application fort résiduelle, la règle de conflit de lois de droit commun en matière d'autorité parentale mérite d'être reconstruite. L'ordonnance du 4 juillet 2005 (*Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005 : JO 6 juill. 2005, p. 11159. – D. d'application, D. n° 2006-640, 1er juin 2006 : JO 2 juin 2006, p. 8332*) a modifié en profondeur le droit interne de la filiation, en

supprimant notamment la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels, aussi bien sur le plan du vocabulaire désormais employé, que sur le fond des règles de filiation. Les différences subsistant entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage concernent les modes d'établissement de la filiation (Sur ce texte, V. notamment, *H. Fulchiron : Dr. et patrimoine mars 2006, p. 44.* – *F. Granet et J. Hauser, Le nouveau droit de la filiation : D. 2006, p. 17.* – *A.-M. Leroyer : RTD civ. 2005, p. 836.* – *J. Massip, Le nouveau droit de la filiation : Defrénois 2006, p. 6, 91 et 209*). Bien que ne modifiant pas les règles de droit international privé mises en place par la loi de 1972 (en apparence du moins, puisque la suppression soi-disant de pure forme de l'article 311-16 du Code civil entraîne des répercussions sur les règles de conflit qui n'ont pas le moins du monde été soupçonnées par les auteurs de l'ordonnance, *V. E. Gallant, JCl. Droit international, fasc. 548-10.* – *F. Monéger, Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : Dr. famille oct. 2005, p. 7.* – *J. Massip, préc., spéc. p. 215.* – *H. Péroz, La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : JDI 2006, var. 10, p. 581*), on peut assez aisément postuler que la suppression de la distinction entre enfants légitimes et naturels est de nature à exercer une influence sur les règles de conflit de lois en matière d'autorité parentale, à supposer qu'elles soient encore celles d'avant la loi de 1972. Il devient extrêmement difficile, voire impossible, de justifier que les enfants, selon le statut matrimonial de leurs parents, ne soient pas soumis à la même règle de conflit de lois à propos de l'autorité parentale les concernant. Le système du maintien des solutions antérieures à la loi de 1972 paraît ainsi devoir être définitivement banni.

#### **85. - Critère de rattachement**

À supposer que l'on retienne désormais une règle de conflit unique pour tous les enfants, indépendamment du statut matrimonial de leurs parents et même du degré d'union entre eux, il reste à procéder à l'élection du critère de rattachement adéquat (*F. Boulanger, Autorité parentale et intérêt de l'enfant : Edilivre, 2008, n° 234 s.*). Plusieurs solutions se dégagent. En premier lieu, il faut déterminer si l'on souhaite recourir à un rattachement qui ne concerne que l'enfant ou bien si on cherche éventuellement à lui appliquer une loi du lien qui l'unit avec son ou ses parents. Dans cette dernière hypothèse, la mise en place d'une règle de conflit risque d'être néanmoins compliquée par le fait que dans bien des cas, la question de l'autorité parentale se pose au moment de la désunion de la famille et que précisément il devient difficile d'établir une loi du lien familial. Mieux vaut donc rechercher un critère de rattachement centré sur l'enfant lui-même. En l'état du droit positif, est de moins en moins justifié de recourir au fondement de l'article 3 du Code civil et de retenir la nationalité de l'enfant pour décider de l'attribution et de l'exercice de l'autorité parentale le concernant, quitte à faire jouer par la suite l'exception d'ordre public afin d'évincer une loi étrangère heurtant les conceptions fondamentales du for. Le critère de la résidence habituelle a en revanche une forte vocation à intervenir, du fait du rôle croissant qui lui est accordé dans les textes internationaux. Il comporte l'inconvénient d'être plus instable que la nationalité et source de conflit mobile, mais il présente l'avantage de constituer, en principe, un rattachement unique et commun aux enfants concernés d'une même fratrie, lesquels généralement résident habituellement au même endroit. Le nombre de décisions recensées appliquant directement la loi française sans trancher préalablement le conflit de lois semble indiquer qu'une certaine pratique judiciaire se dirige plutôt vers l'application de la loi du for (*V. n° 79*), ce qui finalement assure une continuité avec le droit conventionnel positif (la convention de La Haye de 1996 postule en principe l'application par le juge compétent de sa propre loi, *V. n° 46*). Une telle pratique ne saurait cependant être encouragée tant qu'il n'est pas précisé à quel titre la loi française est appliquée.

## BIBLIOGRAPHIE -----

### --Division biblio. - Ouvrages généraux

- B. Ancel, Y. Lequette ✕ Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé ✕ Dalloz, 5e éd. 2006
- B. Audit, L. d'Avout, ✕ Droit international privé ✕ LGDJ, 1re éd., 2018
- H. Batiffol, P. Lagarde ✕ Droit international privé ✕ LGDJ, t. II, 7e éd. 1983
- D. Bureau, H. Muir Watt ✕ Droit international privé, t. I et II ✕ PUF, 4e éd., 2017
- S. Clavel ✕ Droit international privé ✕ Dalloz, coll. Hyper Cours, 5e éd., 2018
- S. Clavel, E. Gallant ✕ Les grands textes de droit international privé ✕ Dalloz, 3e éd., 2019
- Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières ✕ Droit international privé ✕ Dalloz, 10e éd. 2013
- P. Mayer, V. Heuzé, B. Rémy ✕ Droit international privé ✕ Montchrestien, 12e éd., 2019
- P. Murat (ss dir.) ✕ Droit de la famille, 2020-2021 ✕ Dalloz, coll. Dalloz Action, 8e éd., 2019
- M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle ✕ Droit international privé ✕ LGDJ, 6e éd., 2017
- Th. Vignal ✕ Droit international privé ✕ Armand Colin, coll. U, 4e éd., 2017

Commenté [TD8]: Merci de préciser l'initiale du prénom.

Commenté [HC(9R8)]: ok

### --Fin de div. biblio-----

### --Division biblio. - Monographies et thèses

- A. Bigot ✕ L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé ✕ PUAM, 2003
- F. Boulanger ✕ Les rapports juridiques personnels entre parents et enfants ✕ Economica, 1999  
✕ Autorité parentale et intérêt de l'enfant ✕ Edilivre, 2007
- C. Chabert ✕ L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois ✕ PUAM, 2001
- E. Gallant ✕ Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé ✕ Defrénois, 2004
- Y. Lequette ✕ Protection familiale et protection étatique des incapables ✕ Dalloz, 1976
- M. Simon-Depitre, J. Foyer ✕ Le nouveau droit international privé de la filiation (L. 3 janv. 1972) ✕ Librairies techniques, 1973

### --Fin de div. biblio-----

### --Division biblio. - Articles spécialisés

- D. Alexandre ✕ Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation, in Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse ✕ Annales de la faculté de Strasbourg, Travaux de l'Institut de droit comparé, Actes du colloque des 13 et 14 oct. 1972, p. 65
- H. Batiffol, P. Lagarde ✕ L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation ✕ Rev. crit. DIP 1972, p. 1

- L. Chatin ✎ Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé ✎ Travaux comité fr. DIP 1982, p. 107
- A. Devers ✎ La résidence alternée en droit international privé ✎ Dr. famille 2008, n° 3, p. 9
- J. Foyer ✎ Les mesures d'assistance éducative en droit international privé ✎ Rev. crit. DIP 1965, p. 39 ✎ La réforme du droit de la filiation et le droit international privé ✎ Travaux comité fr. DIP 1970, p. 107 ✎ Problèmes de conflits de lois en matière de filiation ✎ RCADI 1985, t. IV, p. 17
- J. Foyer, M. Simon-Depitre ✎ La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé ✎ JCP G 1973, I, 2566
- E. Gallant ✎ Enlèvement international d'enfants ✎ JCl. Droit international, fasc. 549-30, 2019
- S. Godechot-Patris, Y. Lequette ✎ V° Mineurs ✎ Rép. internat. Dalloz, 2012
- P. Lagarde ✎ Destinées de l'arrêt Rivière ✎ JDI 1971, p. 241 ✎ La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs ✎ Rev. crit. DIP 1997, p. 217
- Y. Lequette ✎ Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales ✎ RCADI 1994, t. II, p. 19
- P. Lortie ✎ La convention de La Haye de 1996 ✎ Les enfants non accompagnés : l'état du droit et des bonnes pratiques en France et en Europe, [Actes du colloque du 13 juin 2016, éd. SLC 2017](#)
- P. Monin-Hersant, B. Sturlese ✎ Minorité et droit international : conflits relatifs aux droits de garde et de visite en droit international privé conventionnel ✎ Dr. enfance et fam. 1987-1988, n° 26, p. 126
- A. Ponsard ✎ La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation ✎ JDI 1972, p. 765

--Fin de div. biblio-----

--Division biblio. - Conventions bilatérales

- R. de Bottini ✎ La convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille ✎ Rev. crit. DIP 1970, p. 1
- J. Jodolwski, A. Ponsard ✎ La convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable et à la compétence et à l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille ✎ JDI 1970, p. 545
- F. Monéger ✎ La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ✎ Rev. crit. DIP 1984, p. 29 et 267

--Fin de div. biblio-----

--Division biblio. - Convention de La Haye de 1961

- G. Droz ✎ La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 ✎ JDI 1973, p. 603
- P. Lagarde ✎ La protection du mineur double national, talon d'Achille de la convention de La Haye du 5 octobre 1961. Studi in memoria di M. Giuliano ✎ Padova, CEDAM, 1989, p. 529

Commenté [TD10]: Merci de préciser l'ouvrage.

Commenté [EG11R10]: Il est indiqué, il s'agit du Répertoire Dalloz international.

Commenté [TD12]: Merci de vérifier et de compléter.

Y. Loussouarn ✕ La IXe session de la Conférence de La Haye de droit international privé ✕ JDI 1961, p. 654

A. Von Overbeck ✕ La reconnaissance des rapports d'autorité « ex lege » selon la convention de La Haye sur la protection des mineurs. Festgabe für H. Deschenaux ✕ Freiburg, Universitätverlag, 1977, p. 447

W.E. Von Steiger ✕ Rapport explicatif de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 ✕ Actes et documents de la neuvième session, Conférence de La Haye de droit international privé, 1960, t. 4, Protection des mineurs, p. 219

--Fin de div. biblio-----

#### --Division biblio. - Convention de La Haye de 1996

7e réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, oct. 2017 ✕ www.hcch.net

F. Boulanger ✕ De la convention de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale, requiem pour la loi nationale ? Mél. F. Sturm, vol. 2 ✕ Éd. juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1399

A. Bucher ✕ La révision de la convention de La Haye sur la protection des mineurs. Mél. B. Schnyder, Famille et droit ✕ Éd. Université Fribourg, 1995, p. 61

P. Lagarde ✕ Rapport explicatif de la convention du 19 octobre 1996 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 ✕ Actes et documents de la dix-huitième session, t. 2, Protection des enfants, Conférence de La Haye de Droit international privé, p. 533 ✕ La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs ✕ Rev. crit. DIP 1997, p. 217

La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant, t. XXI, 2018 ✕ www.hcch.net

Manuel pratique sur le fonctionnement de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ✕ Conférence de La Haye de droit international privé, avr. 2014

P. Picone ✕ La nuova convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori ✕ Riv. dir. int. priv. proc. 1996, p. 705

--Fin de div. biblio-----

#### --Division biblio. - Règlement Bruxelles II bis

B. Ancel, H. Muir Watt ✕ L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis ✕ Rev. crit. DIP 2005, p. 569

S. Corneloup ✕ Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale, in Fulchiron et Nourissat (ss dir.) ✕ préc., spéc. p. 69

E. Gallant ✕ v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale) ✕ Rép. internat. Dalloz

P. Hammje ✕ Le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis », Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution, in Fulchiron et Nourissat (ss dir.), p. 87

F. Jault ✕ La notion de « responsabilité parentale » ✕ Dr. & patr. 2005, n° 138, p. 58 et in Fulchiron et Nourissat (ss dir.), préc., p. 157

Commenté [TD13]: Merci de compléter le renvoi.

Commenté [TD14]: Ce renvoi n'est pas précité. Merci de vérifier et de compléter.

Commenté [HC(15R14)]: ok

Commenté [TD16]: Merci de vérifier le format.

Commenté [EG17R16]: ok

N. Joubert ✕ Autorité parentale, Conflits de juridictions ✕ JCl. Droit international, fasc. 549-20, 2019

--Fin de div. biblio-----

--Division biblio. - Règlement Bruxelles II ter

P. Callé ✕ Publication du règlement du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement d'enfants ✕ Defrénois 2019, n° 39, p. 29

[S. Corneloup et T. Kruger Le règlement 2019/1111, Bruxelles II : la protection des enfants gagne du terrain, Rev. crit. DIP 2020. 215.](#)

E. Gallant ✕ Le nouveau Règlement « Bruxelles II ter » ✕ AJ fam. 2019, p. 401

S. Godechot-Patris ✕ De quelques enseignements concernant le nouveau règlement Bruxelles II ter ✕ D. 2019. 1824

F. Mailhé ✕ Bruxelles II, troisième génération ✕ JCP G 2019, 1109

F. Monéger ✕ Les enlèvements d'enfants dans le projet de révision du Règlement Bruxelles II bis, in dossier Enlèvement international d'enfant ✕ AJ fam. 2018, p. 538

--Fin de div. biblio-----

Commenté [TD18]: Merci de vérifier et de compléter ce renvoi.

Commenté [EG19R18]: ok