

Collection CORPUS
dirigée par Nicolas MOLFESSIS

CORPUS DROIT PRIVÉ

Dirigé par Nicolas Molfessis

Série Droit privé, dirigée par Nicolas MOLFESSIS

Bernard AUDIT et Louis d'AVOUT, *Droit international privé*, 6^e éd.

Thierry BONNEAU et France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd.

Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*.

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 17^e éd.

Paul et Philippe DIDIER, *Droit commercial – Tome 1 : Introduction générale. L'entreprise commerciale*.

Karine GILBERT, *Légistique juridique*.

Stéphane PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*.

Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*.

Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Le droit de la propriété industrielle*.

Série Droit public, dirigée par Denys DE BÉCHILLON

Jean-Yves CHÉROT, *Droit public économique*, 2^e éd.

Anne-Marie LE POURHIET, *Droit constitutionnel*, 3^e éd.

Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd.

Gilbert ORSONI, *Science et législation financières – Budgets publics et lois de finances*.

Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*.

Laurent TOUVET et Yves-Marie DOUBLET, *Droit des élections*.

Série Essais, dirigée par Nicolas MOLFESSIS et Denys DE BÉCHILLON

Olivia BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*.

Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives – Contribution à l'étude du droit administratif*.

Vincent VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*.

Série Histoire du droit, dirigée par Albert RIGAUDIÈRE

David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*.

Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*.

Yves JEANCLOS, *Droit pénal européen – Dimension historique*.

Albert RIGAUDIÈRE, *Droit et institutions dans la France médiévale et moderne*, 4^e éd.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Bernard Audit

Sixième édition

**avec le concours de
Louis d'Avout**

SECTION II

LA CAPACITÉ

608. – Incapacité et protection des incapables. La capacité des personnes physiques étant le principe et l'incapacité l'exception, c'est à travers la seconde que doit être examinée la question abordée. Les incapacités de jouissance frappant dans un pays donné les étrangers collectivement et en tant que tels relèvent d'une autre catégorie ; ce sont en effet des règles matérielles édictées dans un pays donné pour les relations internationales (n° 22). L'on s'intéresse ici aux conflits de lois suscités par des incapacités édictées dans un autre but que la réglementation du statut des étrangers, en particulier – mais non exclusivement – la protection de l'intéressé.

La sanction normale de l'incapacité est le refus de donner plein effet aux actes de l'incapable ; le statut d'incapable permet la contestation *a posteriori* de ces actes. Mais la protection des incapables est également organisée de manière préventive au moyen d'organes divers, les uns de représentation ou d'assistance, les autres de contrôle. La mise en œuvre de cette protection organique soulève en matière internationale des difficultés particulières, qui ne permettent pas de la soumettre systématiquement à la loi d'où découle le statut d'incapacité, soit la loi personnelle.

À la différence de la capacité, le *pouvoir* ne vise pas la protection de la personne qui exerce des droits mais celle des droits qui sont en cause ; le pouvoir est en effet le droit attribué à une personne de gérer les intérêts d'autrui. Il faut donc se tourner vers la loi applicable à l'institution en cause. Pour les personnes morales (association, congrégation, fondation, société), la capacité de jouissance relève de la loi de l'État de constitution, la capacité d'exercice de la loi de l'État du siège réel (n° 1128).

§ 1. – LE STATUT D'INCAPACITÉ

609. – Compétence de la loi personnelle. L'art. 3 al. 3 C. civ. soumet la capacité des nationaux à la loi française. La règle a été bilatéralisée sans difficulté, de sorte que la capacité relève en principe, selon le droit international privé français, de la loi nationale prise en tant que loi personnelle¹. On écarte ainsi les solutions parfois admises à l'étranger consistant à appliquer la loi de l'acte juridique en question ou celle du lieu où il est passé ; la loi personnelle l'emporte également sur la loi réelle immobilière pour les actes portant sur un immeuble, du moins lorsque l'immeuble est en France². Il y a lieu de préciser le champ d'application de la règle et d'examiner son fonctionnement.

A. INCAPACITÉS VISÉES

610. – Distinction des incapacités de jouissance et d'exercice. Une incapacité générale de *jouissance* édictée par une loi étrangère serait contraire à l'ordre public car équivalant à un refus de la personnalité juridique. Les incapacités spéciales de jouissance sont susceptibles de relever de la loi personnelle, lorsqu'elles sont édictées en fonction d'une caractéristique de l'intéressé : ainsi une interdiction de contracter mariage pour les personnes atteintes de certaines affections physiques ou mentales (sous réserve d'une intervention de l'ordre public à l'encontre d'une telle mesure). Mais le plus souvent, elles relèveront de la loi de l'institution à laquelle elles se rattachent. En effet, une incapacité de cette nature vise un type donné d'acte pour une raison d'intérêt général plus que les caractéristiques personnelles de ceux qui y sont impliqués ; elle doit donc s'appliquer en fonction de l'environnement de l'acte et non de la loi personnelle. Un exemple typique est donné par l'incapacité du médecin de recevoir de la personne dont il a soigné la dernière maladie (art. 909 C. civ.) : visant la déontologie de la profession et la protection du public, non la personnalité du bénéficiaire, elle relève de la loi applicable à la libéralité (n° 894). De même l'incapacité du tuteur de recevoir de son pupille relève de la loi de la tutelle.

Le rattachement des incapacités à la loi personnelle est en revanche pleinement justifié à l'égard des incapacités d'*exercice*, telles que celles du mineur ou du majeur interdit. Celles-ci affectent une personne pour une catégorie d'actes ou l'ensemble de ses actes, en raison d'une qualité qui lui est inhérente : jeune âge, altération des facultés mentales, prodigalité... La nécessité d'une continuité de statut, qui constitue la justification fonctionnelle du statut personnel (n° 131), s'applique avec une pleine force à ce type d'incapacité ; son but serait manqué si la protection cessait de s'appliquer à l'occasion d'une activité internationale de l'intéressé.

Il est donc nécessaire de distinguer, dans un cas donné, si l'incapacité invoquée relève du statut général de la personne ou de la réglementation de l'acte à passer¹.

611. – Incapacités reconnues et incapacités de fait. L'incapacité du mineur est assurée *de plano* par la loi ; celle des majeurs requérant protection ne l'est en général que dans le cadre d'un régime dont la mise en œuvre suppose l'intervention préalable d'une autorité afin de constater la nécessité de la protection. Selon le droit interne français, en l'absence de protection organisée, un acte attaqué pour altération *de fait* des facultés mentales n'a été pendant longtemps annulable que par application des textes relatifs aux vices du consentement. Lorsque la même situation se présentait en matière internationale, cela conduisait à appliquer la loi de l'acte ce qui aurait été peu compatible avec l'idée de protection permanente de la personne en tant que telle. La Cour de cassation a donc été

1. Paris, 13 juin 1814, S. 14.2.393, GA n° 1.

2. Civ. 13 avril 1932, aff. du *château de Chambord*, préc. n° 159 ; 13 juin 1960, D. 60.597

1. Sur la capacité d'agir en justice, n° 443 ; sur celle de conclure un contrat de mariage,

amenée à déclarer que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité naturelle soumis à la loi personnelle et non à la loi régissant les actes incriminés comme les vices du consentement »¹. Ainsi se trouvait consacrée, pour les besoins du droit international privé, une notion d'incapacité, catégorie de rattachement, plus large que celle du droit interne (n° 201). La loi du 3 janvier 1968, en consacrant la notion d'incapacité naturelle (art. 489 C. civ.), a mis fin à cette particularité.

612. – Incapacités établies par jugement. Les incapacités relevant du statut personnel incluent celles qui sont établies par jugement. S'agissant de déclarer l'incapacité, on appliquera en principe successivement dans un cas donné les règles de conflit de juridictions et de conflit de lois : ainsi un tribunal français se reconnaîtra le cas échéant compétent pour se prononcer sur l'interdiction d'un étranger domicilié en France, puis il appliquera la loi nationale de l'intéressé pour décider de la mesure à prendre. Mais aussi l'autorité saisie, en général sur le fondement du domicile ou de la résidence habituelle de l'intéressé, peut être tentée d'appliquer les mesures prévues par sa propre loi : d'une part, pour des raisons de commodité ou d'urgence ; d'autre part, en vertu de l'idée que toute personne ayant une attache stable avec le territoire doit pouvoir être protégée selon les dispositions de la loi locale quelles que soient celles de son statut personnel. La loi nationale souffre ainsi une concurrence de la part de la loi de la résidence habituelle.

Il en est de même lorsqu'il y a lieu de donner effet aux incapacités établies par jugement à l'étranger. Selon les principes applicables à l'efficacité des décisions et actes publics étrangers, un jugement d'incapacité a effet de plein droit en France, sous réserve de l'appréciation de sa régularité (n° 482). Sur ce point, il convient normalement de distinguer compétence juridictionnelle et compétence au fond. Ainsi les juridictions nationales de l'intéressé ne sont pas exclusivement compétentes du fait de la règle de conflit de lois : un tribunal de l'État X peut être estimé compétent pour s'être prononcé à l'égard d'un national de l'État Y sur le fondement de la résidence habituelle de l'intéressé dans son ressort, ce qui constitue un lien de rattachement suffisant et exempt de fraude (n° 469). L'exemple fait aussi apparaître l'inconvénient de la condition d'application de la loi prévue par la règle de conflit française, depuis peu abandonnée : fréquemment le juge étranger aura appliqué non la loi personnelle de l'intéressé, mais sa propre loi soit au titre de la résidence habituelle, soit pour les raisons de commodité et d'urgence évoquées plus haut, et l'on saurait difficilement lui en faire grief. Ainsi la concurrence entre la loi nationale et celle de la résidence habituelle se double d'une difficulté de séparer en la matière la compétence législative de celle des autorités appelées à se prononcer. On retrouvera le problème avec l'étude des régimes de protection (n° 616 s.).

613. – Domaine de la loi applicable. La loi applicable détermine, comme on vient de le voir, les sources de l'incapacité. Elle définit en principe également son étendue, c'est-à-dire les actes que l'intéressé peut passer seul, ceux pour lesquels il doit être assisté ou représenté, ceux enfin qui lui sont interdits. Toutefois, dans les cas où la loi organisant la protection n'est pas la loi personnelle de l'intéressé (comme ce peut être le cas suivant la convention de La Haye sur la protection des mineurs : n° 625), il peut sembler préférable de laisser à la loi de protection le soin de déterminer l'étendue de l'incapacité afin que la protection de l'intéressé soit effectivement assurée. La loi nationale a été appliquée à l'émancipation¹.

Le fait que certains types d'actes soient soumis à des règles de capacité particulières par la loi de protection ne signifie pas pour autant que la question doive relever de la loi de l'acte ; parfois, il ne s'agit que d'aménager le régime général de protection en vue de ce type d'acte. La Cour de cassation a ainsi jugé à propos de la capacité particulière du mineur à conclure un contrat de mariage (*Habilis ad nuptias...*) qu'il s'agit d'une « simple modalité de son incapacité générale de contracter », relevant donc également à ce titre de sa loi personnelle et non de la loi du régime².

La loi applicable détermine également la sanction de l'incapacité ou de l'inobservation des formalités requises : nullité relative ou absolue des actes, réduction des engagements... Elle s'applique notamment à la prescription des actions³.

B. MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

614. – Mécanismes généraux du droit des conflits de lois. Le renvoi est aisément concevable en matière de capacité du fait que la loi personnelle peut être non seulement la loi nationale mais celle du domicile ou de la résidence habituelle ; et que la capacité peut être également rattachée à la loi de l'acte, celle du lieu où il est passé ou celle de la situation d'un bien par le biais de la qualification. Lorsqu'il y a lieu d'organiser un régime de protection, le renvoi au premier degré ne devrait pas manquer d'être accueilli car il permet d'échapper aux difficultés d'application d'une loi étrangère (n° 612)⁴. Dans le cas où il y a lieu de se prononcer sur la validité d'un acte unique ou de certains actes, on peut envisager, par faveur à la validité des actes, de faire jouer le renvoi lorsqu'il a un effet validant et non dans le cas contraire. En effet, outre que la loi nationale étrangère n'estime pas nécessaire la protection de l'intéressé, celle à laquelle elle renvoie en vertu des rattachements évoqués ci-dessus sera le plus souvent aussi celle du lieu de passation de l'acte ; la solution préserve ainsi la sécurité des tiers (n° 615).

En cas de *conflit mobile* provoqué par un changement de loi personnelle, il convient sans doute de distinguer selon qu'il s'agit de minorité ou

1. TI Paris, juge des tutelles, 4 janv. 1982, GP 82.2. Somm. 306, RC 83. Somm. 701.

2. Civ. 15 mai 1963, *Patiño*, préc. n° 200.

3. Civ. 25 juin 1957, *Silvia*, préc. n° 611 ; 15 mai 1963, *Patiño*, préc.

4. En ce sens, Civ. I, 21 sept. 2005, RC 06.100 n. Muir Watt, D. 06.1726 n. Morisset.

1. Civ. 25 juin 1957, *ép. Silvia*, RC 57.680 n. Batiffol, GA n° 29 ; v. déjà Req. 26 déc. 1934, JDI 36.166, RC 37.437.

d'incapables majeurs. Il n'y a guère de difficulté à admettre que le mineur changeant de nationalité puisse devenir aussitôt majeur. On hésiterait en revanche à admettre que le changement de loi personnelle replace l'intéressé dans le statut de minorité, d'autant plus qu'il serait appelé à redevenir rapidement majeur. S'agissant d'un majeur, il a été admis que des mesures de protection prises en vertu de la loi française soient rendues caduques du fait de l'acquisition de la nationalité d'un pays qui ignorait de telles mesures¹. Mais on hésitera à tirer de cette décision un principe général ; si l'incapacité a été prononcée par une décision de justice, on pourrait considérer que son effet se prolonge jusqu'à une nouvelle décision prise en fonction du nouveau statut de l'intéressé.

Dans toute la mesure où le conflit mobile met fin à une incapacité, l'exception de *fraude à la loi* peut être réservée ; c'est ce qu'ont fait les décisions qui ont appliqué la nouvelle loi personnelle de l'intéressé. Mais il ne semble pas exister d'exemple où ce moyen ait été appliqué. La « fraude » consistant à se déplacer pour passer à l'étranger un acte que l'on ne peut valablement conclure selon sa loi personnelle serait sanctionnée par une application pure et simple de la règle de conflit (n° 242). Celle éventuellement commise par obtention d'un jugement ou d'un acte public à l'étranger serait paralysée par le refus de reconnaissance de la décision.

L'ordre public est susceptible d'intervenir à l'encontre des lois étrangères. En particulier, une incapacité de jouissance fondée sur la race ou la religion serait contraire à l'ordre public ; il devrait en être de même aujourd'hui d'une incapacité fondée sur le sexe. On considère généralement qu'une incapacité résultant d'une condamnation pénale étrangère ne saurait être reconnue du fait de l'inapplication de la loi pénale étrangère ; mais il peut être tenu compte d'une telle condamnation pour l'application d'une règle française, concernant notamment l'exercice d'une profession donnée. L'ordre public est également susceptible d'intervenir à l'encontre d'une loi jugée insuffisamment protectrice, faute par exemple de véritable aliénation mentale (prodigalité, intempérance...), voire parce que seules les facultés physiques de l'intéressé sont atteintes. Mais cette intervention ne saurait être systématique.

Des lois de police sont susceptibles de faire échec à l'application normale de la loi personnelle. À ce titre peuvent notamment s'appliquer des mesures édictées pour le cas où l'intéressé est en danger ou présente un danger (n° 621). Dans un autre ordre d'idées, il a été jugé que la capacité fixée par la loi française pour s'engager dans la Légion étrangère tenait en échec la loi nationale d'un mineur au titre des « lois concourant à la défense du pays »².

615. – Ignorance excusable de l'applicabilité du droit étranger. L'annulation d'un acte pour incapacité selon la loi personnelle se justifie aisément s'agissant des actes qui intéressent l'état familial, tels que le mariage, ou d'actes patrimoniaux d'une importance certaine, tels qu'en général

ceux portant sur des immeubles ; les uns et les autres s'effectuent en outre dans des conditions telles qu'il y a loisir de s'enquérir de la capacité des personnes intéressées. Les actes plus proches de la vie courante n'appellent ou ne permettent pas les mêmes vérifications ; aussi les personnes traitant avec l'incapable peuvent-elles légitimement s'estimer lésées par l'intrusion d'une loi étrangère d'où résultera une nullité pour incapacité ou défaut d'autorisation. Il apparaît donc nécessaire d'assurer un certain équilibre entre leurs intérêts et le maintien d'une protection suffisante de l'incapable, c'est-à-dire entre l'application de la loi personnelle et celle de la loi locale. Dans une affaire *Lizardi*, la Cour de cassation a ainsi maintenu la validité d'actes passés en France par un étranger mineur selon sa loi nationale mais majeur selon la loi française en relevant que le cocontractant avait agi « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi »¹. La solution est encore plus opportune lorsque l'incapacité résulte d'une décision de justice applicable à une personne majeure selon sa loi personnelle comme selon la loi française et que la décision n'a donné lieu à aucune publicité en France². Mais on ne va pas jusqu'à soumettre en principe la capacité de contracter à la loi du lieu de passation de l'acte, même en réservant l'application de la loi personnelle pour les actes les plus graves, car cela amoindrirait sans doute excessivement la portée de la protection prévue par la loi personnelle ; l'arrêt *Lizardi* ne formule qu'une règle matérielle tempérant l'application de cette loi³. Le juge se prononcera en fonction des circonstances et en particulier du degré de connaissance ou simplement de précaution que l'on pouvait attendre de la part de celui qui plaide pour le maintien de l'acte⁴. En fait, les applications de la jurisprudence *Lizardi* sont rares, car le vendeur à crédit a normalement la possibilité et donc le devoir de s'informer⁵.

Le maintien du principe de la loi personnelle voudrait que soit repoussée une action en paiement à la suite d'une opération conclue à l'étranger par un Français incapable. Mais l'idée qui inspire la règle matérielle consacrée par l'arrêt *Lizardi* est également applicable dans ce cas, au bénéfice

1. Req. 16 janv. 1861, D.P. 61.1.193, S. 61.1.305 n. Massé, GA n° 5. La justification exacte de la solution, qui commande sa portée, n'a cessé d'être débattue : ignorance excusable de la loi étrangère (trib. Seine, 12 juin 1963, *prince Farouk*, RC 64.689 n. H. B., JDI 64.285 n. Ponsard), de la règle de conflit (liée au caractère discuté du rattachement : v. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, 1984, n° 204 s.), du caractère international de la situation...

2. V. par ex. Lyon, 30 avril 1907, RC 08.630.

3. On peut voir là l'application d'un principe général autorisant l'absence de vérification sur certains points dans l'exercice du commerce loyal (comme l'autorise sur d'autres l'art. 2279 C. civ., devenu art. 2276).

4. V. Chambéry, 29 janv. 1934, JDI 34.1118, RC 35.133, refusant le bénéfice de l'exception à un banquier d'Annecy traitant avec une femme mariée suisse. Elle serait également plus difficile à admettre lorsque les deux contractants sont de même nationalité ou, plus encore, se connaissent.

5. On a pu observer (Ponsard, JDI 1964.287) que la jurisprudence était limitée à des hypothèses assez circonscrites (et aujourd'hui surannées) : achats d'objets de luxe par des femmes mariées sans l'autorisation de leur mari.

1. Req. 11 nov. 1941, Nouv. Rev. dr. int. 1943.97 n. B. P.

2. Paris, 16 fév. 1966, RC 66.453 n. Lagarde.

du cocontractant local. La convention de Rome du 19 juin 1980 et le règlement Rome I formulent ainsi une règle analogue, de portée naturellement bilatérale : dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part (n° 845).

§ 2. – LA PROTECTION ORGANIQUE DES INCAPABLES

616. – Protection familiale et protection étatique. La protection de l'incapable étant fondée sur son état, il semble normal de déclarer applicable à la protection la loi même qui fixe cet état, c'est-à-dire la loi personnelle ; on respecte ainsi le lien entre la cause de l'incapacité et les mesures qu'elle entraîne. La corrélation est cependant moins nécessaire qu'elle ne paraît, et surtout souvent difficile à faire respecter. S'agissant de la minorité, la cause d'incapacité est universelle, mais les moyens d'assurer la protection de l'incapable ne sont pas identiques d'une loi à l'autre. Ainsi dans le cas le plus fréquent où la protection est assurée par l'autorité parentale, elle est étroitement liée à l'organisation familiale ; la tendance est alors de la soumettre à la loi des rapports parents-enfants (v. n° 742). En second lieu, lorsque la protection parentale ne peut intégralement remplir son rôle, l'autorité publique est appelée à intervenir. Sous sa forme la plus bénigne, cette intervention se traduit par un contrôle sur les organes familiaux (ainsi l'administration légale sous contrôle judiciaire en droit français) ; mais elle peut être plus prononcée. Dans tous ces cas se pose la question de l'articulation entre la loi personnelle de l'incapable et la loi de l'autorité saisie, qu'il s'agisse d'un étranger en France ou d'un Français à l'étranger¹. L'autorité publique peut enfin être amenée à intervenir de manière directe, par des services publics spécialisés : soit parce que les organes normaux de protection ne remplissent pas leur rôle, soit parce que ces organes mêmes font défaut et qu'il convient de les suppléer (tutelle de l'aide sociale à l'enfance pour les enfants sans famille). L'intervention d'organes administratifs et le caractère d'intérêt général de la législation à appliquer rendent encore plus difficile le respect d'une loi nationale étrangère.

Les difficultés de conciliation entre la loi personnelle et celle de l'État de résidence de l'intéressé furent particulièrement mises en lumière par l'affaire *Boll*, dans laquelle la CIJ fut appelée à statuer en raison de l'applicabilité d'une convention internationale, la convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle des mineurs. Alors que la convention donnait compétence à la loi nationale du mineur, la Cour admit que cette loi fût paralysée dans l'État de la résidence du mineur par des mesures

administratives qui y avaient été prises au titre de l'« éducation protectrice » et par un organisme public¹. Cette affaire devait entraîner l'adoption d'une nouvelle convention de La Haye, du 5 octobre 1961, *concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, destinée à remplacer la précédente en faisant la part entre la loi nationale et celle de la résidence². L'évolution subséquente s'est traduite par un effacement encore plus prononcé de la première en faveur de la seconde. Il se manifeste dans une prolifération de textes.

616 bis. – Multiplication et enchevêtrement des textes. Applicable à tous les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un des États contractants, indépendamment de leur nationalité (art. 13), la Convention de La Haye de 1961 régissait donc le plus grand nombre de situations dont les tribunaux français avaient à connaître. Des difficultés propres étant apparues dans son application, fut négociée une autre convention, du 19 octobre 1996, portant 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 ». Sur le modèle de celle-ci a également été adoptée, le 13 janvier 2000, une convention sur la protection internationale des adultes, entrée en vigueur dans certains États de l'UE, dont la France (1^{er} janvier 2009).

À la suite du traité d'Amsterdam est intervenu le règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale « et de responsabilité parentale à l'égard des enfants communs » (« Bruxelles II »), très rapidement remplacé par le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (« Bruxelles II bis ») visant les mêmes questions sauf à étendre la responsabilité parentale à tous les enfants, applicable depuis le 1^{er} mars 2005.

S'ensuit aujourd'hui, en ce qui concerne les mineurs, un enchevêtrement de règles, voire un dépeçage juridictionnel. Le règlement Bruxelles II bis prévaut, dans son domaine, sur les conventions de La Haye de 1961 (art. 60 du règlement) et de 1996 (art. 61), comme sur les conventions pouvant exister entre les États membres (art. 59), en particulier en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions entre les États membres. La Convention de La Haye de 1961 continue de s'appliquer aux mineurs n'ayant pas leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ; et même à ces mineurs en ce qui concerne ses dispositions sur la loi applicable, dont le règlement Bruxelles II bis ne traite pas (v. également

1. Civ. I, 3 mars 2010, n° 09-13.949, appliquant la loi portugaise de l'intéressé, laquelle permet de déférer la tutelle à un professionnel (en l'occurrence un organisme social français) lorsqu'elle ne peut être exercée par un membre de la famille.

1. CIJ, arrêt du 28 nov. 1958, CIJ Rec. 1958, p. 55, RC 58.713. La décision s'est fondée principalement sur la différence de domaine entre les mesures du type en cause (éducation protectrice) et une tutelle : en effet, les premières sont aussi bien applicables lorsque l'enfant est sous le régime de l'autorité parentale ; elles se superposent donc à la tutelle au lieu de s'y substituer. Il reste que les deux types de mesures concourent à la même fin et que les premières ont vocation à se prolonger jusqu'à la majorité, de sorte que la différence est assez conceptuelle.

2. Entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972 (RC 1973.574). Cette convention est appelée à être remplacée par celle du 19 oct. 1996 (n° 628).

n° 633). Celle de 1996 n'est pas encore en vigueur, bien que sa ratification ait été « autorisée » par une décision n° 2008/431/CE du Conseil.

Si la Convention de La Haye et le règlement marginalisent l'application du droit commun, ils ne le font pas disparaître. Il demeure applicable notamment aux mineurs comme aux majeurs ayant leur résidence habituelle dans un État extérieur à l'Union européenne et non partie à une convention de La Haye susceptible de les viser ; certaines solutions dégagées en droit commun sont également susceptibles de s'appliquer dans le cadre de celles-ci. L'étude du droit commun précédera donc celle du droit conventionnel puis des dispositions du règlement Bruxelles II bis visant la responsabilité parentale.

A. DROIT COMMUN

617. – Compétence de la loi personnelle. Le droit français consacre la compétence de principe de la loi personnelle de l'incapable pour organiser sa protection¹. Lorsque l'incapable et son protecteur sont de lois personnelles différentes, c'est celle du premier qui sera appliquée car il est l'élément essentiel du rapport ; ainsi pour décider si le second est apte à exercer ses fonctions, ou s'il peut s'y soustraire.

Les systèmes d'inspiration territorialiste sont portés à déclarer applicable la loi de la situation des biens, sauf à considérer que les meubles sont situés au domicile de l'intéressé ; tel fut le cas sous l'Ancien droit français. Le droit positif actuel respecte en revanche le principe d'unité de la tutelle. C'est donc la loi de celle-ci, non la loi réelle, qui décide de la possibilité d'opérations amiables² et qui détermine les formalités habilitantes en vue d'une opération déterminée³.

Un renvoi éventuel de la loi nationale à la loi française prise comme loi du domicile devrait être accepté, car il permet d'échapper aux difficultés d'application de la loi personnelle qui sont envisagées ci-dessous⁴.

L'ordre public est susceptible d'intervenir à l'encontre d'une loi étrangère qui, tout en reconnaissant un état d'incapacité, n'assurerait pas une protection suffisante dans le cas envisagé ; mais une loi étrangère moins protectrice que la loi française n'est pas en soi contraire à l'ordre public. Plus souvent, l'ordre public a été invoqué pour justifier l'application de la loi française en raison de la difficulté *de fait* de pourvoir à la

protection de l'incapable selon sa loi personnelle. Son rôle est alors « positif » plutôt que d'éviction ; on peut dire que la loi française se substitue à la loi étrangère en vertu d'une règle de conflit subsidiaire¹.

La loi personnelle détermine en principe le régime de protection qui doit être appliqué, dans toutes ses modalités. Mais la mise en œuvre du principe se heurte à des difficultés dans la mesure où ceci fait intervenir la justice ou des organes publics.

618. – Intervention de la justice. L'intervention d'organes judiciaires jouant le rôle de contrôle et de protection, tel en France le juge des tutelles, rend malaisée la dissociation éventuelle de la compétence judiciaire et de la compétence au fond lorsque l'intéressé ne réside pas dans l'État de sa nationalité. Un moyen d'éviter ce problème serait de lier la compétence des organes à celle de la loi applicable. Mais d'une part, il est difficile pour les organes de l'État national d'accomplir leur mission à distance² ; d'autre part, s'adresser à eux implique en toute hypothèse des lenteurs peu compatibles avec les nécessités de la protection.

On pourrait inversement songer à lier la compétence législative à la compétence des organes appelés à intervenir pour la protection des incapables dans un pays donné. Cette voie a été largement suivie par la convention de La Haye de 1961 (n° 623) et elle l'emporte dans la Convention de 1996 (n° 629) comme dans le règlement européen. Mais le droit commun français maintenant l'application de la loi nationale, force est d'affronter les difficultés de séparation de la compétence organique et de la compétence au fond (v. déjà n° 612).

Si l'on se tourne vers les règles de compétence des tribunaux français, les art. 14 et 15 C. civ., se trouvent réaliser l'association de la compétence judiciaire à la compétence législative dont on vient d'évoquer les inconvénients lorsque la personne à protéger est établie à l'étranger (tutelle à distance) ; or tel est précisément le cas où ces textes sont susceptibles d'être invoqués. Si néanmoins les intéressés insistent pour saisir les tribunaux français, ceux-ci peuvent difficilement s'abstenir d'exercer leur compétence³. Quant aux règles de compétence territoriale internes, elles donnent compétence au juge des tutelles du lieu où « demeure » la personne à protéger en France (art. 1211, 1243 et 1262 CPC) ; elles sont donc parfaitement transposables en matière internationale et permettent ainsi de pourvoir à la protection d'étrangers en France⁴.

1. Civ. 2 juin 1908, S. 11.1.385 n. Audinet, D.P. 12.1.457 ; 13 juin 1960, D. 60.597 n. Malaurie, RC 61.540 n. Jambu-Merlin, J.not. 62.44 n. Droz ; 7 nov. 1972, RC 73.301 n. Lagarde. S'agissant cependant de l'enfant légitime et de l'autorité parentale, on défend également l'application de la loi de la famille, c'est-à-dire des effets du mariage (n° 742).
2. Pour le partage, v. Civ. 13 avril 1932, *aff. du château de Chambord*, préc. n° 609 ; Civ. 19 mai 1958, D. 58.496, S. 58.331, RC 58.700 n. Batiffol. Pour la vente, Civ. 13 juin 1960, préc. n° 609 (mineur étranger, bien situé en France), TI Montmorency, 9 sept. 1970, JCP 71.II.16759 n. Gaudemet-Tallon, RC 72.471, 2^e esp., n. Patarin, J. not. 72.238 n. Droz (mineur français, bien situé à l'étranger).
3. Civ. 13 juin 1893, D.P. 94.1.169, S. 97.1.508 ; Civ. 13 avril 1932, préc.
4. En ce sens, Civ. I, 21 sept. 2005, préc. n° 614.

1. V. avant-projet de codification du droit international privé de 1967, art. 2301, al. 2 C. civ. (RC 70.835, JDI 71.54).
2. On peut envisager de s'adresser aux consuls, au moins pour des actes non juridictionnels ; mais ce recours suppose, en droit, une convention consulaire et, en fait, que les consuls procèdent effectivement à l'accomplissement de la tâche.
3. V. Civ. I, 9 déc. 2003, Dr. fam. 04163 n. Bourdelois, PA 9 juin 2004, n° 114, n. Jault ; cpdt Civ. I, 6 avril 1994, Bull. civ. I, n° 140, Rép. Defr. 94.35892 n. Massip, D. 95. Somm. 137 obs. Bottiau.
4. La rédaction facilite l'intervention du juge français alors même que l'intéressé ne serait pas à proprement parler domicilié en France.

La transposition des règles internes rend moins nécessaire que jadis l'intervention des tribunaux français au titre de l'urgence ou de l'ordre public, dont la protection des incapables a constitué jadis un terrain d'élection (n° 355). Mais l'urgence est encore susceptible de justifier la compétence des tribunaux, notamment à l'égard de personnes résidant à l'étranger pour des biens situés en France, et même l'application de la loi française à un étranger¹. Toutefois les mesures prises sur ce fondement ont en principe un caractère provisoire et vocation à s'effacer devant celles qui seraient adoptées selon la loi compétente.

619. – Exercice de leurs pouvoirs par les tribunaux français. En vertu de la règle de conflit donnant compétence à la loi nationale, le juge français peut être appelé à prononcer une interdiction selon une loi étrangère ou à intervenir dans le fonctionnement d'un régime de protection différent de ceux prévus par la loi française².

Cette éventualité a soulevé une objection liée au fait que ce faisant le juge sort d'un simple rôle de *jurisdictio* pour exercer un *imperium* ; l'on s'est demandé s'il était admissible que le juge exerce ce rôle suivant les prescriptions d'une loi étrangère et, le cas échéant, hors des limites que lui trace la loi française. Mais cette objection est en général rejetée, au motif que restreindre l'intervention du juge aux seuls actes prévus par la loi française affaiblirait excessivement le principe d'application de la loi personnelle étrangère³. Dès lors que la règle de droit international privé française déclare applicable la loi étrangère, dans un but de coordination des lois, il n'y a pas lieu de faire une distinction tranchée selon que la fonction éventuelle du juge est d'*imperium* ou de *jurisdictio*. Concrètement, dans beaucoup de cas, la nature de l'intervention prévue par la loi étrangère n'est pas différente de celle que prévoit la loi française : examiner un compte de tutelle, autoriser une mesure, présider un conseil... Dans le cas où la loi étrangère confierait au juge un rôle trop éloigné de celui qui est le sien selon la conception générale française, il est admis qu'il devrait refuser sa participation.

Les tribunaux ou autres autorités françaises prêtent effectivement leur concours au fonctionnement d'un régime d'incapacité étranger : ainsi en nommant ou en révoquant un tuteur selon la loi étrangère⁴, en présidant un

conseil de famille¹, ou en autorisant certains actes². Cela requiert souvent une transposition ou adaptation des prescriptions de la loi étrangère, compte tenu notamment de la nature différente des autorités. Il convient toutefois de ne pas dénaturer cette loi ; en cas de doute, il serait préférable de ne prendre que des mesures provisoires.

620. – Reconnaissance des pouvoirs de protection étrangers. En application du principe général concernant les jugements rendus en matière d'état ou constitutifs, les jugements étrangers de tutelle doivent être reconnus sans exequatur lorsqu'ils ne donnent pas lieu à coercition sur les personnes ou à exécution sur les biens (n° 482). Cela s'applique à la désignation d'un tuteur et même aux délibérations d'un conseil de famille³.

En cas de changement de loi personnelle, on peut se demander si une décision étrangère antérieurement prise maintient ses effets. Le souci de continuité de la protection et le fait que la décision ait pu être publiée incitent à répondre par l'affirmative, aussi longtemps que de nouvelles mesures n'auront pas été prises (v. n° 612).

621. – Intervention d'un service public ; protection des personnes en danger. Lorsque des organes judiciaires, voire administratifs, exercent une fonction générale de surveillance ou d'autorisation sur une tutelle de nature familiale, la protection reste dans un cadre privé. Elle en sort lorsqu'un service public intervient directement, comme illustré par l'affaire *Boll*, pour pallier la défaillance éventuelle de la protection familiale. Une intervention de cette nature est généralement prévue lorsque la défaillance des organes normaux est telle que l'intéressé est en danger dans sa personne ou dans ses biens ou qu'il peut lui-même constituer un danger pour la société. Les services compétents interviennent selon leur loi et à l'égard de toutes les personnes se trouvant sur le territoire, car ils remplissent une mission d'intérêt public.

Les dispositions françaises sur l'assistance éducative ont ainsi été déclarées applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents⁴. Il y a là une illustration caractéristique de la notion de loi de police (n° 117). Si l'enfant ne réside pas en France mais s'y trouve temporairement, ces mesures pourront être appliquées au titre de l'urgence en attendant que l'enfant soit reconduit dans son pays d'origine. Réciproquement, les juridictions françaises se déclarent incompétentes pour prendre des mesures à l'égard de mineurs résidant à l'étranger⁵.

1. TI. Paris (juge des tutelles), 3 déc. 1973, RC 74.653 n. Lequette.
 2. On rappelle que le palliatif du renvoi peut permettre d'échapper à la difficulté ; les consuls étrangers en France pourraient également être appelés à intervenir.
 3. Sur cette discussion, et en faveur de l'affirmative, v. Lequette, *op. cit.*, n° 177 s. V. sous l'empire des règles antérieures au CPC, circ. du 1^{er} juillet 1966, RC 1967.194 prévoyant l'intervention du juge français à l'égard des mineurs étrangers en France selon leur loi nationale et même l'application de la loi française en cas d'urgence ou si le rôle attribué par la loi personnelle aux autorités judiciaires ou administratives est incompatible avec les pouvoirs conférés par la loi française au juge des tutelles.
 4. Req. 25 avril 1939, S. 39.1.253 ; Nancy 23 oct. 1989, RC 90.723 n. Lequette, JDI 90.977 n. F. Monéger ; TI Montmorency, 28 juin 1971, RC 72.471, 3^e esp.

1. Civ. 19 mai 1958, préc. (sol. impl.).
 2. Trib. Aix-en-Prov. 27 fév. 1970, JDI 70.950 n. Kahn, RC 72.471, 1^{re} esp., n. Patarin, J. not. 72.236 n. Droz.
 3. Civ. 7 nov. 1972, préc.
 4. Civ. I, 27 octobre 1964, *Maro*, D. 65.81, JCP 64.II.13911 bis, RC 65.119 ; 28 juin 1965, Bull. civ. I, n° 424, p. 314 ; 16 janv. 1979, JDI 81.66 n. Foyer ; Paris, 21 juin 1962, RC 65.119, 2^e esp., JDI 63.1054, D. 63.142 ; Paris, 20 fév. 1964, JCP 64.II.13848, RC 65.119, 3^e esp. ; Crim. 4 nov. 1992, D. 94.11 n. Boulanger ; v. Jacques Foyer, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », RC 1965.119.
 5. Civ. I, 6 avril 1994, préc.

Il en sera de même de la tutelle de l'aide sociale à l'enfance, applicable aux enfants trouvés ou abandonnés, ainsi qu'en cas de déchéance de l'autorité parentale.

Enfin, les dispositions concernant l'internement des aliénés (L. 30 juin 1838, remplacée par la L. du 27 juin 1990) sont susceptibles d'être appliquées à toute personne se trouvant en France ; mais on sait que ces mesures sont, depuis la loi du 3 janv. 1968, indépendantes du régime de protection civile.

B. DROIT CONVENTIONNEL ET DE L'UNION EUROPÉENNE

621-1. – Textes. Sans préjudice de conventions bilatérales, les instruments appelés à l'application la plus fréquente sont les conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. S'y ajoute désormais le régime régional institué par le règlement européen Bruxelles II bis.

1. Conventions de La Haye sur la protection des mineurs

622. – Rapport entre les conventions de 1961 et 1996. Bien que la convention de 1996 ne soit pas en vigueur, elle est appelée à l'être dans un avenir assez proche. Elle remplacera alors progressivement, dans les rapports entre les États contractants, la Convention de 1961, sans préjudice de la reconnaissance des mesures prises selon celle-ci (art. 51). Cela justifie sa présentation à la suite de celle de 1961, dont les nombreuses difficultés d'application ont suscité l'adoption de la nouvelle convention.

a) *Convention du 5 octobre 1961*

623. – Politique législative. La Convention de La Haye de 1961 règle les questions de conflits de lois et d'autorités soulevées par la protection des mineurs¹. Le terme de « protection » vise toutes les mesures individuelles, de droit public comme de droit privé, prenant en considération la faiblesse de l'intéressé et visant sa personne ou ses biens. La Convention désigne par « mineur » une personne qui a cette qualité tant selon la loi interne de l'État dont elle est ressortissante que selon la loi interne de sa résidence habituelle (art. 12) ; elle n'est donc pas applicable si cette condition cumulative n'est pas remplie.

Alors qu'à l'époque de la convention de 1902, l'accent était mis sur la *représentation* juridique du mineur, une attention égale fut portée – à la suite de l'affaire *Boll* – aux *mesures* se révélant nécessaires dans des

situations de crise. La Convention a reconnu la protection normalement exercée dans le cadre familial en se référant à la loi nationale de l'enfant ; mais dès lors qu'une « mesure » est nécessaire, elle a donné compétence aux autorités de sa résidence habituelle, appliquant leur propre loi. Le premier principe visait à assurer la continuité de la protection du mineur ; le second à permettre aux autorités les plus proches de prendre les mesures éventuellement nécessaires. Mais l'articulation de deux lois ayant ainsi vocation à être appliquées devait révéler de sérieuses difficultés, au premier rang desquelles la détermination du critère de passage d'une situation à l'autre¹.

624. – Situation normale : compétence de la loi personnelle. La Convention impose la reconnaissance dans les États contractants d'un rapport d'autorité « résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant » (art. 3). Un rapport doit être considéré comme de plein droit lorsqu'il ne nécessite l'intervention d'aucune autorité judiciaire ou administrative : ainsi en droit français l'autorité parentale exercée par les deux parents ou par le parent survivant ; ou selon d'autres législations une tutelle légal. L'art. 3 est donc applicable dans le plus grand nombre de cas.

De l'art. 3 résulte une règle de conflit uniforme². Elle n'est pas exactement celle du droit commun français, dans la mesure où celui-ci soumet l'autorité parentale sur l'enfant légitime à la loi des effets du mariage (n° 742) et où cette loi peut ne pas coïncider avec la loi nationale du mineur. Qui plus est, en visant expressément la loi interne de l'État national du mineur, la convention exclut le renvoi.

Lorsque s'applique l'art. 3 sont reconnus la qualité de la personne représentant le mineur et en principe ses pouvoirs³. Si dans leur exercice, le représentant doit faire appel à une autorité judiciaire, celle-ci peut en France collaborer à l'application de la loi étrangère comme elle le fait selon le droit commun (n° 619).

Comme en tout domaine cependant, la compétence de principe de la loi nationale se heurte aux cas de double nationalité. Or ceux-ci se sont révélés particulièrement fréquents s'agissant de mineurs, avec la tendance croissante depuis 1961 au maintien de sa nationalité à la femme épousant un étranger et à la transmission de cette nationalité aux enfants. Le fonctionnement de la Convention s'en est trouvé sérieusement compromis. Dans le cadre de l'art. 3, le fait que l'enfant ait également la nationalité d'un autre État, dans lequel il réside, s'oppose fréquemment à la reconnaissance dans cet État du rapport de plein droit résultant de la première loi (v. également n° 625).

1. Comm. Droz, JDI 1973.603. La Convention peut être aménagée entre États contractants par des accords bilatéraux : v. par ex. convention franco-portugaise du 20 juill. 1983 (RC 1984.723). D'autres ont été passées avec des États tiers : v. convention franco-algérienne du 21 juin 1988 (RC 1988.797 ; comm. Monin-Hersant et Sturlese, GP 1988.2.253 ; Monéger, JDI 1989.41 ; Mebroukine, RC 1991.1) ; avec les États-Unis, v. échange de lettres, RC 1981.356.

1. V. typiquement, Civ. I, 6 fév. 2001, D. 2001.2440 note F. Boulanger, JDI 2001.846 note F. Monéger, RC 01.114 n. François, arrêt dans lequel la Cour de cassation vise trois textes de la Convention qui n'ont pourtant pas le même champ d'application. En raison de cette difficulté, la loi personnelle a cédé le pas dans la Convention de 1996 appelée à remplacer celle de 1961 (n° 628).

2. Elle est même, semble-t-il, applicable sans condition de réciprocité (v. art. 13, al. 1) ; en ce sens, TGI Grenoble, 18 mars 1985, JDI 86.1014 n. Légier.

3. Civ. I, 25 juin 1991, D. 91. I.R.228.

L'art. 3 ne fait aucune allusion à la compétence des autorités de l'État national. Cela s'explique sans doute par le fait que dans l'esprit des auteurs de la Convention, dès lors qu'une autorité était appelée à intervenir, on quittait le domaine du rapport d'autorité pour entrer dans celui des « mesures de protection », qui relèvent de l'art. 1^{er} (n° suivant). Mais des rapports de plein droit peuvent appeler occasionnellement l'intervention d'autorités pour leur mise en œuvre, sans qu'il y ait à proprement parler de « mesures de protection » : par exemple lorsqu'il y a lieu d'aménager l'exercice de la garde (droit de visite), et même pour y mettre fin, la démembrement ou la transférer. On pouvait donc admettre que les autorités de l'État national tirent directement de l'art. 3 une compétence pour intervenir ; mais cette compétence entre en concurrence avec celle des autorités de la résidence habituelle en vertu des autres dispositions de la Convention.

625. – Mesures de protection : compétence des autorités. Lorsque des « mesures de protection » apparaissent nécessaires, la Convention change d'approche et règle la compétence des autorités. L'on s'est efforcé alors de tenir la balance entre celles de la résidence habituelle et celles de l'État national, ce qui s'est révélé particulièrement malaisé.

Déjà lorsque s'applique un rapport d'autorité *ex lege*, les autorités de l'État de la résidence habituelle peuvent prendre des mesures de protection « pour autant que le mineur est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens »¹ ; toutefois, à la différence des cas qui suivent, les autorités des autres États contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures (art. 8.1).

a) Les art. 1^{er} et 2 donnent compétence aux autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État de la *résidence habituelle* du mineur pour prendre, selon leur loi interne, les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. Ainsi lorsque des mesures de protection sont nécessaires, la loi applicable devient celle de la résidence habituelle du mineur.

Indépendamment de la difficulté de déterminer où cesse le rapport d'autorité et où commencent les mesures de protection, la coordination des art. 1^{er} et 3 soulève un problème non envisagé par la Convention. Il se peut que dans un cas donné, notamment le décès d'un parent, la loi nationale du mineur mette fin au rapport d'autorité *ex lege* au profit d'une tutelle dative tandis que celle de la résidence habituelle en maintient un (ainsi dans l'exemple envisagé, dévolution de l'autorité parentale au parent survivant) et donc ne prévoit pas de « mesure de protection ». Il semble pratiquement nécessaire en pareil cas de laisser jouer le rapport d'autorité *ex lege* tel que prévu par la loi de la résidence habituelle, sans qu'il soit besoin de prendre de mesure.

b) Toutefois, dans le cadre même des mesures de protection et de la compétence des autorités, l'État national du mineur ne perd pas toute compétence. Nonobstant l'art. 1^{er}, les autorités de cet État, si elles

considèrent que l'intérêt du mineur l'exige, et à condition d'aviser au préalable les autorités de l'État de la résidence habituelle, peuvent prendre selon leur propre loi des mesures de protection (art. 4). Celles-ci remplaceront, le cas échéant, les mesures déjà prises dans l'État de la résidence habituelle. Mais la compétence ainsi attribuée aux *autorités* de l'État national du mineur ne s'impose qu'entre États contractants (art. 13 al. 2) ; car si une convention peut prévoir l'application d'une loi étrangère sans réciprocité, il ne saurait en être de même de la reconnaissance d'actes publics.

La disposition de l'art. 4 a soulevé une difficulté d'articulation avec celle de l'art. 3. Il s'est agi de savoir si dans la situation prévue par ce texte, c'est-à-dire un rapport d'autorité de plein droit, les autorités de l'État national du mineur ont dans certains cas compétence pour intervenir à son égard (v. n° 624) ou bien si une telle intervention relève dans tous les cas des autorités de la résidence habituelle du mineur selon l'art. 1^{er}. Si l'on adoptait la seconde interprétation, les autorités nationales étaient néanmoins susceptibles d'intervenir, mais en vertu de l'art. 7 et aux conditions de ce texte. Les tribunaux français se sont partagés sur cette question¹. Il est certain que permettre aux autorités de la résidence habituelle d'intervenir dans une situation plus proche de celle de l'art. 3 que relevant d'une mesure de protection réduit la portée de ce texte ; aussi était-il au moins préférable que ces autorités limitent en pareil cas leur intervention à des mesures dont le principe est admis par la loi nationale du mineur. Si nécessaire, les autorités de la résidence habituelle conservent la possibilité d'intervenir dans les conditions de l'art. 8 ; elles ont ainsi en quelque sorte le dernier mot, quoique les autorités des autres États contractants ne soient pas tenues de reconnaître ces mesures (al. 2)².

De même que la reconnaissance du rapport d'autorité (n° 624), des mesures prises par les autorités d'un État national au titre de l'art. 4 sont exposées à rester lettre morte dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant si celui-ci en a également la nationalité. Ce cas de figure se présentera souvent à la suite d'un divorce entre époux de nationalités différentes, l'enfant résidant avec l'un d'eux et l'autre tentant d'obtenir dans son pays une décision modificative au titre de l'art. 4. Si les autorités de l'État qui n'est pas celui de la résidence habituelle font prévaloir leur nationalité, conformément à la pratique traditionnelle (n° 139), et prennent à ce titre une décision, celle-ci a peu de chances d'être reconnue dans l'État de la résidence dont l'enfant a aussi la nationalité (ni même, sans doute, dans un État tiers, la nationalité la plus effective de l'enfant pouvant y être

1. Crim. 4 nov. 1992, préc. n° 621 (hésitant entre droit commun et Convention de La Haye).

1. Pour la compétence immédiate des autorités nationales, selon l'art. 3, nonobstant la résidence à l'étranger du mineur : TGI Paris, 9 nov. 1982, JDI 83.99 n. A. Huet ; pour l'application de l'art. 1^{er}, TGI Créteil, 18 juin 1981, JCP 82.II.19870 n. F. Boulanger, JDI 82.452 n. crit. A. Huet ; Dijon, 29 sept. 1988, RC 89.741 n. Y.L., JDI 89.707 n. Gaudemet-Tallon ; comp. Paris, 27 mai 1986, JDI 87.332 n. Alexandre.
2. Pour un ex. de mise en œuvre de l'art. 8, Civ. I, 17 déc. 1996, D. 97.I.R. 22.

considérée comme celle de l'État où il réside) ; tout se passe en définitive comme si la Convention n'existait pas¹.

Que des mesures aient été prises par les autorités nationales (art. 3 et 4) ou par celles de la résidence habituelle (art. 1^{er}), elles demeurent applicables en cas de déplacement de résidence habituelle du mineur d'un État dans un autre (art. 5). Cette disposition permet de prévenir les déplacements frauduleux, du moins dans un autre État contractant (v. aussi n° 702). Mais l'art. 8 permettrait également aux autorités de la nouvelle résidence habituelle d'intervenir, aux conditions prévues par ce texte.

Enfin, dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel *se trouve* le mineur ou des biens lui appartenant, prennent les mesures nécessaires (art. 9). Cette disposition peut, par exemple, s'appliquer en cas de fugue. Les mesures cessent, sous réserve de leur effet définitif, aussitôt que les autorités compétentes auront pris les mesures exigées par la situation.

626. – Fonctionnement du système. Les mesures prises par les autorités compétentes selon les art. 1 à 6 sont reconnues dans tous les États contractants (art. 7). Elles le sont de plein droit, c'est-à-dire sans vérification. Cela s'applique non seulement aux mesures de protection proprement dites, mais aussi, *a fortiori*, à celles qui seraient éventuellement prises par les autorités de l'État national du mineur dans le cadre d'un rapport *ex lege* (n° 624). Toutefois, si des mesures bénéficiant de reconnaissance comportent des actes d'exécution dans un État autre que celui où elles ont été prises (notamment une mesure de coercition sur les personnes), leur reconnaissance sera réglée selon le droit, commun ou conventionnel, de l'État où l'exécution est demandée (art. 7, seconde phrase). Cela peut impliquer des lenteurs peu compatibles avec la situation. Il peut être utile dans ce cas de recourir à l'art. 9 pour obtenir des mesures directes qui s'appliqueront dans l'attente d'un exequatur².

Étant donné la pluralité des autorités susceptibles d'intervenir, la Convention s'est souciee d'une collaboration entre elles. Les autorités de l'État national du mineur peuvent, d'accord avec celles de l'État où il a sa résidence habituelle ou possède des biens, confier à celles-ci la mise en œuvre des mesures prises ; de même les autorités de l'État de la résidence habituelle à l'égard de celles de l'État où le mineur possède des biens (art.

6). Dans le but d'assurer la continuité du régime appliqué au mineur, les autorités d'un État contractant ne prennent de mesures qu'après avoir procédé, autant que possible, à un échange de vues avec les autorités des autres États contractants dont les mesures sont encore en vigueur (art. 10). Enfin, les autorités qui ont pris des mesures selon la Convention doivent en informer sans délai les autorités de l'État national ou de la résidence habituelle (art. 11).

627. – Garde et droit de visite après divorce. La Convention de La Haye a permis aux États de réserver la compétence de leurs autorités pour statuer sur les mesures de protection d'un mineur lorsqu'elles sont saisies du divorce entre les parents (art. 15). Après avoir fait usage de cette réserve lors de la ratification, la France l'a retirée avec effet au 28 avril 1984¹. Les questions de garde après divorce sont donc soumises depuis cette date aux dispositions de la Convention lorsque celle-ci est applicable (n° 623).

Du fait qu'une attribution de la garde *ex lege* n'est pratiquement pas concevable dans ce contexte, ou alors qu'elle coure le risque d'être déclarée contraire à l'ordre public, les autorités compétentes selon la Convention sont celles prévues aux art. 1er (résidence habituelle) et 4 (État national), lesquelles appliquent leur loi interne. Cela met largement fin à une discussion antérieure sur le choix entre la loi nationale et celle du divorce, ainsi qu'à l'application de la loi française au titre de loi de police (n° 699). Les tribunaux français saisis du divorce ne sont compétents pour se prononcer sur la garde et le droit de visite que si le rattachement qui fonde leur compétence coïncide avec celui prévu par la Convention pour la garde. Ce sera le cas s'ils sont saisis en vertu des art. 14 et 15 C. civ., l'enfant ayant la nationalité française en vertu de l'art. 18 C. civ. (n° 969). Ce l'était aussi le plus souvent lorsque les tribunaux étaient saisis en vertu de l'art. 1070 CPC, texte prenant en considération la résidence des enfants mineurs². Le for du divorce est aujourd'hui déterminé dans la grande majorité des cas par le règlement Bruxelles II bis qui traite expressément de la responsabilité parentale.

b) Convention du 19 octobre 1996

628. – Dispositions principales. L'objet de la Convention de 1996 s'étend formellement 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 » (v. art. 1^{er})³. Visant les enfants et non plus les mineurs, elle est déclarée applicable à partir de la naissance et jusqu'à l'âge de dix-huit ans (art. 2). Aux fins de précision, elle énumère de façon non limitative le type de mesures envisagées (art. 3), ainsi que des domaines qui en sont exclus (art. 4). Conçue pour remédier aux difficultés inhérentes au système de la Convention de 1961, essentiellement les conflits de compétences, elle a abandonné la recherche d'un équilibre entre la loi nationale et celle de la résidence habituelle en faveur de la seconde, parachevant ainsi l'évolution entamée par la Convention de 1961 par rapport à celle de 1902.

1. V. circ. 27 juin 1984, RC 1984.754 ; auparavant, v. Civ. I, 3 juin 1982, Bull. civ. I, n° 211, RC 83. Somm. 695.
2. Il se peut aussi que les enfants n'habitent pas tous avec le même parent, auquel cas le for du divorce ne sera plus nécessairement compétent pour statuer sur la garde de tous les enfants : v. Metz 19 janv. 1999, préc. Sur les difficultés présentées par cette dissociation, v. les notes P. Lagarde, RC 1987.401 et Y. Lequette, RC 1988.337.
3. RC 1996.813 ; comm. Lagarde RC 97.217, Bucher, Rev. suisse dr. int. et eur. 2000.37.

1. V. Civ. I, 16 déc. 1986, RC 87.401 n. Lagarde ; cet auteur préconise de sortir de l'impasse du conflit de nationalités par des conventions bilatérales (sur le modèle de la convention franco-portugaise du 20 juill. 1983, préc.) : soit que les États renoncent à faire usage de l'art. 4 al. 1^{er} lorsque les autorités de la résidence habituelle sont saisies, soit qu'ils règlent plus généralement le conflit de nationalités en privilégiant celle de l'État de la résidence habituelle du mineur a (en ce sens, Metz 19 janv. 1999, JDI 03.115 n. Bigot, invoquant l'intérêt de l'enfant). Mais dans un cas comme dans l'autre, il sera pratiquement difficile par la suite d'obtenir de l'État de la résidence habituelle actuelle un transfert de celle-ci dans l'autre État, comme le montre l'exemple de l'affaire *Boll*.
2. La reconnaissance peut en revanche relever du règlement communautaire n° 2201/2003 (n° 629) ou de la convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (n° 702).

La nouvelle convention donne ainsi compétence de principe aux autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant (art. 5 ; à défaut de résidence habituelle, à celles sur le territoire duquel l'enfant est présent), lesquelles appliquent leur loi interne (art. 15, prévoyant certains assouplissements à la règle). Toutefois, à titre d'exception, l'autorité compétente peut d'elle-même, si elle considère que l'autorité d'un autre État contractant – telle que celle de l'État national – serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, demander à la seconde d'accepter la compétence pour prendre les mesures nécessaires (art. 8) ; de leur côté, les autorités d'un autre État contractant peuvent formuler une demande aux mêmes fins auprès de celles de la résidence habituelle (art. 9). Dans les deux hypothèses, la décision appartient aux autorités de la résidence habituelle, ce qui coupe court au conflit de compétences. En cas de déplacement illicite de l'enfant, les dispositions de la Convention de 1980 (n° 702) ont vocation à s'appliquer (art. 50). Dans le cas contraire, la Convention aménage l'acquisition progressive de la compétence de l'État d'accueil en fixant les conditions (art. 7).

En cas de divorce, une compétence concurrente à celle des autorités de la résidence habituelle est reconnue au for du divorce, sous réserve qu'il présente certains liens garantissant une proximité suffisante : soit qu'au commencement de la procédure l'enfant réside habituellement dans l'État du for *et* que l'un des parents ait la responsabilité parentale ; soit que les parents s'accordent sur la compétence du tribunal, celui-ci appréciant si sa compétence est confirmée à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 10). Le for du divorce perd sa compétence, en tant que tel, dès que la procédure a pris fin ; en particulier, il ne lui appartient pas de modifier les mesures prises par lui.

Compétence est également reconnue aux autorités d'un État contractant sur le territoire duquel se trouvent l'enfant ou des biens lui appartenant pour prendre des mesures en cas d'urgence (art. 11) ou des mesures provisoires (art. 12). Afin de régler les conflits de compétence, les autorités d'un État sont invitées à s'abstenir de statuer si des mesures correspondantes ont déjà été sollicitées des autorités d'un autre État contractant alors compétentes (art. 13). Toutes les autorités susceptibles d'être saisies, comme celles de la résidence habituelle, appliquent en principe leur loi.

L'attribution ou l'extinction de plein droit de la responsabilité parentale sont régies par la loi de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16) ; cette règle est universelle (art. 20). Un changement de résidence habituelle peut selon les cas se traduire par l'attribution d'une responsabilité parentale, sa disparition ou un cumul ; dans ce dernier cas, les difficultés éventuelles seront réglées par les autorités de la nouvelle résidence habituelle.

Les mesures prises par les autorités d'un État contractant doivent être reconnues de plein droit dans les autres, sous réserve de quelques motifs de refus énumérés (art. 23). Elles peuvent faire l'objet d'une action préventive en opposabilité ou en non-opposabilité (art. 24). L'exequatur ne peut être refusé que pour les mêmes motifs que la reconnaissance. La mise à exécution est opérée de la même manière que les mesures avaient été localement prononcées (art. 28). Cette référence inclut donc les raisons qui pourraient y faire obstacle.

La Convention organise une coopération entre les États contractants par le canal d'autorités centrales chargées de satisfaire aux obligations imposées par la Convention à l'État dont elles dépendent. L'on attend de ces dispositions (art. 29 à 39) qu'elles assurent l'application effective de la Convention.

2. Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes

628 bis. – Dispositions principales. Conçue sur le modèle de la Convention de 1996 concernant les mineurs, cette convention traite de la protection des personnes de plus de dix-huit ans dans les situations à caractère international lorsque, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, elles ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts (art. 1^{er})¹. Elle donne compétence aux autorités, tant administratives que judiciaires, de l'État de la résidence habituelle de l'adulte pour prendre les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5). Ces autorités appliquent en principe leur propre loi (art. 13). Dans la mesure où la protection le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération une autre loi avec laquelle la situation présente un lien significatif (art. 13). Les mesures ainsi prises sont reconnues de plein droit dans les autres États contractants (art. 22).

La Convention traite spécifiquement du *mandat d'inaptitude* que confère un adulte, soit par accord, soit par acte unilatéral, pour être exercé lorsqu'il sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts (en France, mandat de protection future, art. 477 s. C. civ.). Les conditions et les effets du mandat sont régis par la loi de la résidence habituelle de l'intéressé au moment de la passation ; mais peuvent également être désignées la loi nationale de l'adulte, celle d'une précédente résidence habituelle et celle d'un État où il possède des biens pour ce qui concerne ceux-ci.

3. Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis)

629. – Champ d'application. Le règlement n° 2201/2003, dit Bruxelles II bis, porte sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (il ne traite donc pas de conflits de lois). En ce qui concerne la responsabilité parentale (sur le contentieux matrimonial, *infra* n° 709), le règlement s'applique aussi bien en cas de procédure entre les époux qu'en l'absence d'une telle procédure, et même en dehors de tout mariage : il vise tout contentieux relatif à l'attribution, l'exercice, la délégation et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale. Celle-ci est définie de la manière la plus large, incluant notamment le droit de garde et le droit de visite, la tutelle, la curatelle et les institutions analogues, 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 l'assister, le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou un établissement, les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, la conservation ou la disposition de ses biens². Sont exclues les décisions relatives à la filiation, l'adoption, les

1. Texte RC 99.877 ; comm. Lagarde, RC 2000.159, Bucher, RSDI 2000.37).

2. Le règlement s'applique quand bien même des mesures de prise en charge et de placement d'un enfant sont adoptées dans le cadre de règles de droit public relatives à la protection de l'enfance : CJCE, 27 nov. 2007, aff. C-435/06, RC 09.342 n. Gallant ; 2 avril 2009, C-523/07, JCP 09.316 n. Boulanger, Gaz. Pal. GP 28.11.09, n° 332, p. 15 n. Guez.

nom et prénoms de l'enfant, l'émancipation, les obligations alimentaires (lesquelles relèvent du règlement n° 44/2001 – Bruxelles I – jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement 4/2009 et/ou des deux conventions de La Haye de 1973, respectivement sur la loi applicable et la reconnaissance des décisions). Le règlement organise une coopération entre autorités par le canal d'autorités centrales désignées dans chaque État à cette fin et vise à promouvoir la médiation afin faciliter la conclusion d'accords entre les parents.

630. – Compétence des autorités : règles de principe. Suivant l'exemple de la Convention de La Haye de 1996, le règlement donne compétence, expressément qualifiée de générale, aux juridictions (expression incluant toutes les autorités compétentes des États membres dans les matières relevant de son domaine) de l'État membre de la *résidence habituelle* de l'enfant (art. 8)¹. Lorsque l'enfant déménage *légalement* d'un État membre dans un autre pays et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, cette compétence subsiste pendant une période de trois mois suivant le déplacement pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue à l'ancienne résidence, lorsque le titulaire du droit de visite en vertu de cette décision continue à résider habituellement dans l'État membre de l'ancienne résidence habituelle (art. 9.1). À défaut d'action, les tribunaux de la nouvelle résidence deviennent compétents.

En cas de procédure en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, les juridictions de l'État membre saisies (sur les règles de compétence, v. n° 710) peuvent, selon l'art. 12.1, statuer à condition qu'un accord à cette fin intervienne entre les époux, dont l'un au moins exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant (sans quoi la responsabilité parentale ne serait pas directement affectée par le contentieux entre les parents) et qu'elle soit dans l'intérêt supérieur de celui-ci ; en effet, compte tenu de la multiplication des chefs de compétence retenus par le règlement en matière de divorce (n° 710), le for du divorce peut ne pas constituer un rattachement pertinent². La compétence du for du divorce prend fin avec la procédure entre les époux (art. 12.2). Hors le cas de procédure matrimoniale, un accord peut également intervenir sur la compétence entre les parties à la procédure sur la responsabilité parentale, à condition que l'enfant ait un lien étroit avec l'État membre dont la juridiction est choisie et que cette compétence soit dans son intérêt supérieur (art. 12.3).

Lorsque la résidence habituelle de l'enfant ne peut être établie, sont compétentes, par nécessité, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant est présent (art. 13.1). En cas d'urgence, les juridictions d'un État membre peuvent prendre des mesures provisoires et conservatoires relatives aux personnes ou aux biens, même si une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond¹ ; ces mesures cessent dès que la juridiction normalement compétente a pris les mesures qu'elle estime appropriées (art. 20)².

À titre dérogatoire, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour prendre une décision, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant, surseoir à statuer et inviter les parties à saisir une juridiction de l'autre État membre dans un délai fixé ou demander à la juridiction de l'autre État membre d'exercer sa compétence, ce que la seconde doit faire dans un délai de six semaines (art. 15).

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des dispositions du règlement, la compétence est, dans chaque État membre régie par la loi de cet État (art. 14).

Dans tous les cas, un juge saisi vérifie sa compétence et se déclare le cas échéant d'office incompétent si une juridiction d'un autre État membre est compétente (art. 17). Lorsque des actions relatives à l'autorité parentale ayant le même objet et la même cause sont introduites auprès de juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Si cela se produit, elle se dessaisit en faveur de celle-ci ; la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction seconde saisie peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

631. – Reconnaissance et exécution des mesures prises. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (art. 21.1). Les modalités de la reconnaissance et de l'exécution sont inspirées de celles du règlement n° 44/2001 en matière patrimoniale : une action en reconnaissance ou en non-reconnaissance est ouverte, la procédure d'exécution ou de reconnaissance est dans un premier temps non contradictoire (art. 31), les motifs de non-reconnaissance sont étroitement conçus : contrariété manifeste à l'ordre public (apprécié eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant), absence de notification de l'acte introductif d'instance, inconciliableté de décisions (art. 23). La reconnaissance peut en outre être refusée si, sauf en cas d'urgence, la décision a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État requis, ait eu la possibilité d'être entendu et, enfin, à la demande de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité paren-

1. Celle-ci vise « le lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. [Pour le déterminer] doivent être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État » (CJCE, 2 avril 2009, préc.).

2. Sur l'articulation particulièrement difficile du règlement (en l'occurrence celui de 2000), de la Convention de La Haye de 1961 et du droit commun lorsqu'il y a lieu de statuer sur le divorce et la responsabilité parentale, l'un des époux résidant hors de la Communauté. v. Paris, 24 juin 2004, D. 05. Somm. 1263 obs. Chanteloup.

1. CJUE 23 déc. 2009, C 409/03 PPU, *Deticek*.

2. Civ. I, 8 juill. 2010, n° 09-66406.

tale si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue (art. 15.2).

632. – Droit de visite et enlèvement d'enfant. Par une innovation notable (parallèle à l'introduction du titre exécutoire européen, n° 599), les décisions relatives au droit de visite, dès lors qu'elles sont exécutoires dans l'État membre où elles ont été prononcées, jouissent de la force exécutoire dans les autres États, selon le droit local, sans qu'aucune déclaration soit nécessaire et sans que l'on puisse s'opposer à leur reconnaissance ; il suffit que la décision ait été certifiée par le juge d'origine lui-même (suivant un formulaire dont le modèle est annexé au règlement) comme satisfaisant à différentes conditions, notamment que les parties et l'enfant aient eu la possibilité d'être entendus et que, en cas de décision par défaut, l'acte introductif ait été signifié à la personne défaillante en temps utile (art. 41). Si le droit de visite concerne une situation ayant dès le prononcé de la décision un caractère transfrontière, le certificat est délivré d'office lorsque la décision devient exécutoire (art. 41.3).

Un système analogue va s'appliquer en cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant (art. 42), à l'issue d'une procédure inter-judiciaire organisée par le règlement¹. Le principe de base est le maintien de la compétence des juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour aussi longtemps que l'enfant n'a pas acquis une nouvelle résidence habituelle dans un État membre. Il ne peut en être ainsi que si la personne ou l'organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou non-retour ; ou si l'enfant a résidé dans l'autre État membre pendant un an au moins après que la personne ou l'organisme a eu connaissance de lieu où il s'est trouvé, que l'enfant se soit intégré dans son nouvel environnement et que notamment une année se soit écoulée sans que cette personne ou cette autorité n'ait présenté une demande de retour de l'enfant (v. art. 10). Une demande de retour de l'enfant est effectuée selon les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, mais ses dispositions sont renforcées sur différents points et, surtout, une décision de retour de l'enfant prise dans l'État d'où il a été déplacé à l'issue de la procédure organisée prime sur une décision inverse dans l'État où il se trouve (*infra* n° 702)².

1. CJCE 11 juillet 2008, aff C-195/08 PPU, *Rinau*, JCP 08.10207 n. Devers ; RC 08.872 n. Muir Watt.

2. Dans le même esprit, alors que l'art. 20 du règlement permet à un État membre de prononcer des mesures provisoires visant à octroyer à l'un de ses parents la garde d'un enfant qui se trouve sur son territoire, cette faculté ne peut être exercée lorsqu'une juridiction d'un État membre, compétente pour connaître du fond du litige relatif à la garde, a déjà rendu une décision confiant provisoirement la garde à l'autre parent et que cette décision a été déclarée exécutoire sur le territoire de l'État où se trouve l'enfant : CJUE, 23 déc. 2009, C-403/09, GP 28-29 mai 2010, p. 47 obs. Guez. Comp. Civ. I, 8 juill. 2010, préc. n° 631.

633. – Rapports avec la Convention de La Haye de 1961. Ainsi que déjà indiqué (n° 622), le règlement prévaut sur la Convention de La Haye en ce qui concerne les matières communes. Du fait qu'il ne traite pas de conflit de lois, lorsque la Convention s'applique dans un État membre, l'autorité compétente selon le règlement reconnaît donc en principe un rapport d'autorité *ex lege* ; mais elle applique sa propre loi lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures, et les autorités de l'État national ne pourront intervenir selon l'article 4 de la Convention (à moins d'un transfert selon l'art. 15 du règlement).

La reconnaissance et l'exécution des décisions s'opèrent selon les dispositions du règlement (lequel, contrairement à la Convention, oblige à reconnaître même les décisions prises au titre de l'urgence).

Voy. : Ancel et Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II bis », RC 2005.569 ; Batiffol, *La capacité civile des étrangers en France*, 1929 ; Baudouin, « La protection du mineur étranger par le juge des enfants », RC 1994.483 ; Bucher, *L'enfant en droit international privé*, 2003 ; Capotorti, « La capacité en droit international privé », RCADI 1963. III.153 (t. 110) ; Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, 2001 ; Fulchiron et Nourissat (sous la dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, 2005 ; Glenn, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, 1975 ; Guinand, *Les conflits de lois en matière de capacité*, Neuchâtel, 1970 ; Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 1976 ; Patarin, « L'administration des biens du mineur étranger vivant en France », TCFDIP 1971-73, p. 71 ; Ryssen, « Quelques aspects de la vente d'un bien immobilier par un mineur en droit international privé », Rép. Defr. 1995.385 ; von Steiger, « La protection des mineurs en droit international privé », RCADI 1964.II.469 (t. 112) ; Topor, *Les conflits de lois en matière de puissance parentale*, 1971.

SECTION 3

DROITS DE LA PERSONNALITÉ

634. – Problématique du sujet. Le concept – relativement récent – de droit de la personnalité est hétérogène, recouvrant des aspects aussi divers que le droit à l'image, au respect de la vie privée, de l'intégrité physique, de l'honneur et de la considération, mais aussi le droit moral de l'auteur et de l'artiste sur leur création ou encore la liberté des funérailles. Ces droits acquièrent un relief particulier avec le développement de la société « techno-scientifique » (télécommunications, informatique, internet, recherches génétiques...), qui multiplie les possibilités d'atteintes notamment à travers ses applications marchandes. Pour la même raison, ces atteintes ont de plus en plus souvent un caractère international : il suffit d'évoquer la portée de celles qui sont commises par la voie des médias ou de l'internet.

La sanction d'une atteinte dans un pays donné pose au préalable la question de la *jouissance des droits* en question par les étrangers. Celle-ci

