

les personnes et la famille

Bulletin du CERFAP

Centre d'études et de recherches
en droit de la famille et des personnes



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU
BORDEAUX IV

Bulletin du CERFAP, numéro spécial.
Septembre 2000.

L'Association SUP'NOT
Association des étudiants de DESS de droit notarial et de DSN
avec le concours de
l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
et sous le parrainage du
Conseil régional des notaires de Bordeaux

a organisé le mercredi 28 juin 2000
à la Faculté de Droit de la place Pey Berland, à Bordeaux

une journée d'information sur

« L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la pratique notariale »

L'ouverture des travaux a été faite par M^e Jean-Marc Meyssan, Président du Conseil régional des notaires de Bordeaux.

M. Emmanuel Tater, Vice-président de l'Association Sup'Not a ensuite effectué une présentation du DESS de droit notarial. La journée s'est poursuivie par les interventions suivantes :

M^{me} Corinne Bouchard-Santi, Notaire assistant, auteur d'un mémoire de DSN sur le notaire et l'internationalisation : " **Le notaire face au double défi de l'internationalisation et du progrès technologique**", Toulouse, 1999,

M^e Gilles Rouzet, Notaire, Professeur associé à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV : " **L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit disciplinaire notarial** ",

M. Michel Arrault, Sous-Directeur du CRIDON, Chargé d'enseignement à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV : " **L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la pratique notariale du droit patrimonial de la famille** ",

M. Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV : " **L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la pratique notariale du droit extrapatrimonial de la famille** ".

Les débats ont été animés par M. Bernard Maubru, Directeur du CRIDON, Professeur associé à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV.

Avec l'aimable autorisation des auteurs, nous reproduisons dans les pages suivantes le texte de différentes interventions. Le CERFAP tient particulièrement à remercier les organisateurs et les participants de cette journée. Ce fut une occasion pour le notariat et les acteurs opérant sur la scène juridique de souligner combien le travail effectué au niveau du Conseil de l'Europe est essentiel pour la construction de la grande Europe, tant au plan juridique et institutionnel qu'au plan des valeurs qui unissent et permettront de fédérer les nations européennes : car ces valeurs transnationales sont essentiellement les Droits de l'Homme et une certaine définition de la Démocratie que la Cour européenne, par sa jurisprudence, complète, explicite et conforte au fil des décisions.

L'INFLUENCE DE LA C.E.D.H. SUR LE DROIT DISCIPLINAIRE NOTARIAL¹

Par Gilles ROUZET

La revue *Droit & Patrimoine* publiait en 1999 un « dossier (dit) pratique » - c'est-à-dire la moitié d'un numéro - sur « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit des affaires », sujet où le lien qui relie l'un à l'autre (les droits de l'homme / le droit des affaires) paraît si ténu qu'il est hasardeux pour un auteur de se lancer dans cette aventure. Pourtant, cinq d'entre eux - dont le professeur Fricéro, qui s'implique dans l'harmonisation des procédures, et M. Berger, greffier près la Cour européenne - se sont penchés sur ce sujet.

Fallait-il avoir l'inconscience du praticien, ou une attirance mal maîtrisée pour la déontologie « cette arlésienne dont on parle beaucoup, mais qu'on ne voit jamais », selon le propos amusé du professeur Bergel en 1998, pour relever le défi dans le domaine spécifique de l'exercice d'une profession et traiter un sujet aussi incertain que « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit disciplinaire notarial » ?

- Peut-être, si l'on retient que rares sont les auteurs qui se sont inquiétés de la question, exception faite d'un universitaire et praticien belge, le professeur et notaire honoraire Roland De Valkeneer, qui reconnaissait (la semaine dernière) qu'une partie de ce qu'il avait écrit en la matière dans les années 90 était déjà plus ou moins obsolète ;

- Certainement pas, si l'on admet qu'une vague de fond encore inconnue au début de ces mêmes années 90 pousse inexorablement les instances professionnelles à intégrer ce droit nouveau et que, sous l'impulsion d'avocats de renom « surfant » avec talent sur sa crête - le bruxellois Pierre Lambert² ou le bâtonnier parisien Georges Flécheux³ - la jurisprudence se propose de l'imposer et de la généraliser aujourd'hui en Europe.

De quoi s'agit-il ?

La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* [C.E.D.H.] a été signée, voici cinquante ans, plus précisément le 4 novembre 1950, à Rome. Elle est entrée en vigueur quelques années plus tard, le 3 septembre 1953, et une quarantaine d'États membres du Conseil de l'Europe l'ont ratifiée à ce jour.

La France a manifesté certaines hésitations avant de soumettre ses dispositions internes à la législation supranationale, mais ses réticences sont maintenant levées puisque l'ensemble de ses institutions reconnaît la suprématie de la Convention européenne sur les normes nationales :

- Le Gouvernement d'abord, qui - dans une réponse du 19 mai 1980 - précise que « en vertu de l'article 55 de notre Constitution, la Convention européenne des droits de l'homme prime notre législation interne. Cet article lui confère même une autorité supérieure à celle de la loi : les justiciables peuvent donc l'invoquer devant les tribunaux qui sont tenus de l'appliquer » ;

- La doctrine ensuite, que reflète l'opinion du doyen Cohen-Jonathan et selon lequel " *La Convention a une autorité supralégislative ; c'est-à-dire, écrit-il, qu'en cas de conflit avec une norme nationale - fût-elle une loi organique - la règle internationale doit toujours prévaloir, que cette norme soit antérieure ou postérieure au Traité* " ⁴

- La jurisprudence enfin, puisque la Cour de cassation a reconnu en chambre mixte la suprématie de la Convention européenne dans son arrêt *Jacques Vabre* de 1975 et que le Conseil d'Etat l'a rejoint sur ce point dans l'arrêt *Nicolo* de 1989.

L'incorporation de la Convention européenne dans l'ordre interne permet d'invoquer directement et individuellement ses dispositions devant le juge national de sorte qu'aujourd'hui, le ressortissant d'un Etat contractant - disons le notaire poursuivi disciplinairement - qui s'estime victime de la violation d'un droit garanti par la Convention européenne a la possibilité de saisir directement la Cour européenne à deux conditions : avoir épuisé l'ensemble des voies de recours internes ; agir avant l'expiration d'un délai de six mois⁵.

Comment la Cour fonctionne-t-elle depuis la réforme de 1998 ?

- Un « comité » de trois membres assure le filtrage des recours et une chambre de sept juges remplit la fonction de médiation pour la recherche d'un règlement amiable et celle de formation de jugement ;

¹ NB : Cette communication est une adaptation de l'étude publiée par l'auteur dans la revue "Droit et Patrimoine" de mai 2000, sous le titre "La convention européenne des droits de l'Homme et le droit disciplinaire interne".

² P. LAMBERT, Rapport de synthèse sur les procédures disciplinaires des barreaux européens au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme dans Colloque 1998, éd. Bruylant/Nemesis 2000 ; voir surtout Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire, dans Mélanges en hommage à Pierre Lambert, éd. Bruylant, 2000.

³ G. FLÉCHEUX et Th. MASSIS, Les procédures disciplinaires et la Convention européenne des droits de l'Homme, dans Mélanges en hommage à Pierre Lambert, op. cit., p. 363 à 373.

⁴ G. COHEN-JONATHAN, Convention européenne des droits de l'Homme et procédure civile, Rép. Dalloz 1993, Proc. civ., p. 4, n° 24.

⁵ CEDH, prot. 11, art. 35, al. 1.

- La « Grand chambre » - composée de dix-sept membres, outre les présidents - connaît des questions « graves » et des appels (ceux-ci étant soumis à un délai de prescription de trois mois et à l'examen préalable d'un « collègue » de cinq membres) ;

- L'arrêt définitif, qui n'efface pas la décision nationale lorsqu'il y a condamnation de l'Etat attrait mais qui peut accorder une indemnisation dite de « satisfaction équitable » au justiciable, est transmis au Comité des ministres pour en surveiller l'exécution.

La Commission européenne - du temps où elle existait, puisque cette première « chambre des requêtes » a été supprimée en 1998 - a été saisie de 1115 requêtes et la Cour européenne de 903 affaires pour la période du 20 avril 1959 au 31 décembre 1997, et 110 demeuraient alors en instance⁶. La France a fait l'objet de 109 recours, dont 43 ont abouti à un constat de violation et 27 à un constat de non-violation, tandis que 27 d'entre eux demeuraient pendants à cette date. Aucune affaire disciplinaire contre la France ne figure dans ces statistiques puisque l'affaire *Gautrin & autres*, tenant à la non-publicité des débats devant un conseil de l'Ordre des médecins, était encore en instance à l'époque. Il était cependant déjà prévisible que la France succomberait à ce recours ; c'est chose faite aujourd'hui puisqu'elle a été condamnée à l'unanimité, ce qui confirme :

- Que la Convention européenne est applicable à la procédure disciplinaire ;
- Que le notariat doit se soumettre à l'article 6-1 de la Convention européenne.

1^{er} PRINCIPE : LA C.E.D.H. EST APPLICABLE A LA PROCEDURE DISCIPLINAIRE

Le principe du procès équitable, énoncé à l'article 6-1 de la Convention européenne, s'inspire très directement de l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 qui impose que toute cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial. Comme le souligne Mme Rozès, premier Président honoraire de la Cour de cassation, sa " *formulation très générale, est heureuse, car elle englobe l'ensemble des situations contentieuses qui peuvent affecter un individu non seulement dans la sphère purement privée de sa vie familiale, des droits moraux et patrimoniaux, des relations professionnelles ou contractuelles, mais aussi dans ses rapports avec les autorités administratives* " ⁷.

L'article 6-1 de la Convention européenne confirme ce principe de bon sens - d'un tel bon sens qu'on l'oublie, tellement il est évident - et l'incorpore au droit positif tandis que la Déclaration universelle des droits de l'homme relève seulement de la pétition de principe. L'article 6-1 dispose que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement, poursuit le texte, doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal lorsque, dans des circonstances spéciales, la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ».

Pourtant, l'application de la Convention européenne aux procédures disciplinaires n'était pas assurée à première lecture du texte car l'article 6-1, garantissant le droit à un procès équitable, vise explicitement les « *contestations sur les droits et obligations de caractère civil* » ou le « *bien-fondé de toute accusation en matière pénale* », mais non le droit disciplinaire *stricto sensu*.

Il a donc été nécessaire que la Cour européenne :

- Décide dès 1976 qu'il ne suffit pas à un Etat de qualifier une infraction de disciplinaire pour se soustraire à son obligation fondamentale d'accorder un procès équitable en matière dite pénale. Elle en a même profité pour énoncer les critères qui lui permettent de vérifier si une accusation donnée, à laquelle l'Etat attribue un caractère disciplinaire ou non, doit être qualifiée de pénale, et *vice versa* ;

- Se déclare compétente pour connaître des procédures disciplinaires applicables aux professions libérales. Si elle a rappelé dans l'arrêt *Lecompte, Van Leuven & De Meyere* de 1981, relatif à la suspension de ces trois médecins, bien que les poursuites disciplinaires échappent en principe au bénéfice de l'article 6-1, ces médecins ont droit à l'examen de leur cause par une juridiction répondant à la Convention européenne en raison des relations d'ordre privé qu'ils entretiennent avec leur clientèle⁸.

⁶ V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 1998, 6^e éd., p. 3, n° 6 & Ann. D, p. 636.

⁷ S. ROZES (s/c M. BETTATI, O. DUHAMEL & L. GREISSAMER), *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, éd. folio, 1998, p. 70.

⁸ C.E.D.H., 23 juin 1981, Aff. *Le Compte, Van Leuven & De Meyere c/ Belgique*, dans, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, par V. BERGER, 1998, 6^e éd., p. 160, n° 411 & suiv.

La position prise à Strasbourg dans l'arrêt de 1981 s'est confirmée en 1983 pour ce même corps médical⁹ et son principe a été étendu, fin 1987, au barreau belge¹⁰.

S'agissant dans ce dernier cas d'un avocat radié de sa profession, le gouvernement belge contestait l'application des dispositions de l'article 6-1 au barreau. Il se fondait sur les différences profondes qui séparent la profession d'avocat des autres professions libérales, telle celle de médecin, puisque l'avocat assure les fonctions d'auxiliaire de justice.

La Cour européenne a rejeté la thèse défendue par les Pouvoirs publics belges, en retenant trois arguments :

- D'abord, que si le barreau est rattaché, pour certaines de ses missions, à l'ordre judiciaire, ce rattachement n'est pas décisif et n'exclut pas le caractère civil de la profession d'avocat ;
- Ensuite, que la clientèle de l'avocat représente des éléments patrimoniaux et confine au droit de propriété (argument qui ne saurait être contesté que par les puristes qui refusent de reconnaître une valeur patrimoniale à la clientèle civile) ;
- Enfin, que l'avocat accomplit hors du palais de justice, c'est-à-dire hors de son monopole professionnel, bien des tâches majeures qui n'ont souvent pas de lien direct avec les procédures judiciaires.

La Cour de cassation française a suivi ce raisonnement et adopté cette jurisprudence, sans trop s'attacher aux débats internes qui l'agitent sur le deuxième point (la valeur patrimoniale de la clientèle civile), et a généralisé l'application de l'article 6-1 de la Convention européenne à la procédure disciplinaire menée contre les professionnels du droit, avocat¹¹ ou notaire¹², tandis qu'elle la refusait dans un premier temps - en 1993 et en assemblée plénière - au juge élu des juridictions consulaires¹³.

« Si, affirmait-elle le 3 novembre 1993 sous forme de principe général énoncé à l'occasion de la mise en cause d'un officier public, l'article 6, alinéa 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 23 juin 1981 (arrêt *Lecompte & autres*, relatif aux médecins), donne à un officier public ou ministériel poursuivi disciplinairement devant la cour d'appel le droit de voir sa cause entendue publiquement et l'arrêt sur cette cause prononcé en audience publique, c'est à la condition que ce droit ait été invoqué devant cette juridiction » ; et, si elle rejetait le pourvoi, c'est « que M. B. n'ayant pas demandé à la cour d'appel d'entendre sa cause et de statuer en audience publique, le moyen tiré de la non-publicité des débats et du prononcé de l'arrêt, invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, ne peut être accueilli »¹⁴.

Le Conseil d'Etat s'est soumis tardivement à la règle supranationale en l'appliquant le 14 février 1996 à un avocat, mais après l'avoir longtemps refusée, selon le professeur Flauss, à « toutes les juridictions disciplinaires de l'ordre administratif, voire également celles ressortissant à l'ordre judiciaire »¹⁵.

- La décision est intervenue après que la Commission européenne (du temps où elle existait¹⁶) ait rejeté - le 27 novembre 1995 - l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement français, soutenant la non-recevabilité d'une requête déposée par des médecins, au motif qu'ils n'avaient pas épuisé les voies de recours internes, faute d'avoir saisi le Conseil d'Etat ;

- La Commission a objecté et retenu que la saisine de la Haute juridiction française « n'eût point constitué un recours « adéquat » et « effectif » puisque les justiciables avaient la certitude d'être déboutés en raison de la jurisprudence administrative alors en vigueur¹⁷ ;

- La Cour européenne a condamné la France à l'unanimité¹⁸ dans cette affaire *Gautrin* du 20 mai 1998 où des médecins reprochaient à leur conseil régional et à leur conseil national de l'Ordre leur manque d'impartialité et de transparence à l'occasion des poursuites disciplinaires dont ils faisaient l'objet.

Nul doute donc que la Convention européenne s'impose aujourd'hui au droit disciplinaire. « *La Convention devient maintenant une constitution européenne des droits de l'homme*, conclut sobrement l'avocat général R. de Gouttes, *que le juge peut appliquer au-delà ou même contre sa loi nationale* ».

⁹ C.E.D.H., 10 février 1983, Aff. Albert & Le Compte c/ Belgique, dans *Jurisprudence.... op. cit.*, 1998, p. 165, n° 421 & suiv.

¹⁰ C.E.D.H., 30 novembre 1987, Affaire H. c/ Belgique, dans *Jurisprudence.... op. cit.*, 1998, p. 192, n° 511. & suiv.

¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 janvier 1984, Bull. civ. 1, p. 6, n°8.

¹² Cass. 1^{ère} civ., 10 décembre 1985, Bull. civ. 1, p. 307, n° 341.

¹³ Cass. ass. plén., 8 février 1993, Droit & Patrimoine 1994, n° 14, p. 72, art. 505, obs. G. ROUZET.

¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 1993, Rép. Defrénois 1994, art. 35714, p. 174, obs. G. ROUZET.

¹⁵ J.-Fr. FLAUSS, Vers une évolution du contentieux disciplinaire devant la juridiction ordinaire, *Gaz. Pal.* 1982, p.338.

¹⁶ J.-Fr. RENUCCI, La nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme, Droit & Patrimoine, 1999, n° 74, p. 84.

¹⁷ Ch. PETITI, Législation & Jurisprudence, Droit & Patrimoine, 1998, n° 63, Chr. n° 2073, p. 104.

¹⁸ C.E.D.H., Aff. *Gautrin & autres c/ France*, 20 mai 1998, n° 38/1997/822/1025-1028.

2^d PRINCIPE : LE NOTARIAT DOIT SE SOUMETTRE A L'ART. 6-1 C.E.D.H.

Sur quels critères la Cour européenne se fonde-t-elle pour apprécier si une procédure disciplinaire respecte ou non l'article 6-1 de la Convention européenne ? Essentiellement sur l'apparence, pour ne pas dire exclusivement sur l'apparence, c'est-à-dire sur deux critères objectifs :

- L'impartialité du juge ;
- La publicité des débats.

1. L'impartialité du juge

L'impartialité du juge va de soi lorsqu'on est justiciable et qu'on attend de lui une parfaite indépendance¹⁹. On n'entend pas être jugé par celui qui vous poursuit ou celui qui vous accuse, le ministère public, ni même par celui qui a instruit l'affaire, le rapporteur. « *Il en découle notamment, écrit l'avocat général près la Cour de cassation Sainte-Rose en 1999, que la confusion des fonctions d'enquête, d'instruction et de jugement dans le déroulement de l'instance disciplinaire est de nature à porter atteinte au principe d'impartialité comme à l'égalité des armes entre les parties* ».

Le notariat est une profession qui, contrairement à la plupart des autres - c'est un point souligné encore récemment par la doctrine²⁰ - a non seulement ses propres rapporteurs mais aussi ses « procureurs », avec les syndics, et tout particulièrement le premier syndic. Celui-ci a acquis une telle autorité par le passé que, devenu en fait le deuxième personnage de la chambre, il aspire à en devenir le premier en droit, c'est-à-dire à succéder au président de chambre. Il est, nous disent certains, le « dauphin du président », mais il reste aussi :

- Celui qui « *dénonce à la chambre les faits relatifs à la discipline* » (O. 28 juin 1945, art. 6) ;
- Et qui, pour cette raison, « *ne prend part ni à la délibération, ni au vote* » (D. 28 décembre 1973, art. 9).

Si l'on veut bien admettre que la chambre des notaires n'est plus ce « tribunal de famille » que décrivait Favart à la fin de la Révolution, puisqu'elle peut entraver l'exercice de la profession, et que le tribunal de grande instance ne l'est jamais, le notariat devra abandonner l'usage qui s'est répandu dans les compagnies départementales au fil du temps qui veut que le premier syndic succède au président de chambre sortant²¹.

Il faut abandonner l'idée - l'usage - de le faire passer sans état d'âme apparent de la fonction de « parquetier » à celle de président de juridiction lorsqu'il est élu à la tête de la chambre ; il ne peut non plus diligenter des poursuites disciplinaires et intervenir comme expert technique, objectif, devant le juge de l'ordre judiciaire, du premier ou du second degré²², pour l'éclairer. La Convention européenne telle qu'elle est interprétée par la Cour de Strasbourg, mais aussi appliquée par la Cour de cassation dans ses décisions les plus récentes, lui interdit de se pencher successivement sur un même dossier en l'une et l'autre qualité²³.

Divers arrêts significatifs de la Haute juridiction française, rendus pour la seule année 1999, traduisent cette évolution. Deux décisions l'ont été par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 février 1999. Elles approuvent le juge du fond d'avoir annulé la sanction infligée par la C.O.B. à un chef d'entreprise parce que le rapporteur avait participé au délibéré. Cela signifie que le fait de remplir cette fonction porte objectivement atteinte à l'image d'impartialité du juge, sans qu'il soit besoin de rechercher s'il y a réellement manqué ou non.

Selon un commentateur de ces arrêts, M^e Brault, la Cour européenne se fonde sur la seule apparence et entraîne dans son sillage la jurisprudence de la Cour de cassation : « *Peu importe la réalité, écrit-il de façon très rigoureuse, peu importe qu'en pratique, un rapporteur n'ait pas lui-même procédé à des investigations ou n'ait pas pris la parole au cours d'un délibéré ; seule doit compter la perception que le justiciable peut avoir d'un risque, du seul fait que le rapporteur a le pouvoir de faire des actes d'instruction ou qu'il est physiquement présent lors du délibéré* »²⁴.

Deux autres arrêts de la Cour de cassation du 5 octobre 1999, plus proches du droit disciplinaire des professions libérales et jugés suffisamment importants pour qu'ils fassent l'objet d'une étude de l'avocat général Sainte Rose sous le titre « Procès équitable et procédure disciplinaire » dans le *Rapport de la Cour de cassation 1999*, publié en mai 2000, concernaient :

- L'un, un avocat au barreau de Lille auquel on reprochait d'avoir utilisé son compte C.A.R.P.A. pour des activités sans rapport avec son activité financière, et qui avait été radié de l'Ordre par arrêt confirmatif de la cour de Douai du 17 juin 1996 ;

¹⁹ M; FRISON-ROCHE, L'impartialité du juge, Dalloz 1999, chr., p. 53.

²⁰ D. LOCHOUARN, La fonction disciplinaire des organismes professionnels, Rev. huissiers, 1999, n° 6, p. 381.

²¹ G. ROUZET, Précis de déontologie notariale, éd. P.U.B., 3^e éd, 1999, p. 208, n° 262.

²² C.E.D.H., 6 mai 1985, Aff. Bönisch c/ Autriche, dans Jurisprudence..., op. cit., 1998, p. 271, n° 730 à 732.

²³ J. VAN COMPERNOLLE, Impartialité du juge et cumul de fonction au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents, dans Mélanges en hommage à Pierre Lambert, op. cit., 2000, p. 946, n° 10.

²⁴ D. BRAULT, La présence... op. cit., 1999, p. 81.

- L'autre, un avocat au barreau de Guadeloupe qui avait reçu un avertissement de l'Ordre, confirmé la cour d'appel de Basse Terre le 19 février 1997 pour avoir refusé d'assurer la défense d'un accusé devant la Cour d'assises alors qu'il avait été commis d'office.

Dans les deux cas les avocats sanctionnés se sont fondés sur la méconnaissance de l'article 6-1 de la Convention européenne et ont obtenu gain de cause, pour défaut d'impartialité de leurs juges, aux motifs que les rapporteurs étaient les anciens bâtonniers qui avaient instruit les poursuites et qui avaient néanmoins pris part à la délibération. Il faut en conclure que l'usage selon lequel l'avocat qui a mené l'enquête préliminaire à la demande du bâtonnier en exercice poursuit son instruction en qualité de rapporteur devant le conseil de l'Ordre²⁵ ne l'autorise pas à siéger et à délibérer dans la formation de jugement. Sa présence au sein de la juridiction disciplinaire est susceptible²⁶ de créer un doute légitime sur l'impartialité du juge dans l'esprit du justiciable poursuivi et, par voie de conséquence, d'être censuré.

Rapportée au notariat, l'idée est assez neuve en matière disciplinaire puisque, comme l'écrit le professeur De Valkeneer dans son *Précis du notariat [belge]* en 1988, « *La discipline au sein du notariat a toujours été considérée comme fondée sur des appréciations morales donnant naissance à une justice familiale, paternaliste et débonnaire, ne s'embarrassant guère des règles juridiques* ». Lui-même considérait déjà en 1992, dans sa contribution à des *Mélanges* offerts au Procureur général près la Cour de cassation belge - mais tout en reconnaissant les limites de la distinction - que :

- Si la Convention européenne est inapplicable aux sanctions purement morales généralement prononcées par la chambre (rappel à l'ordre, censure simple ou censure devant la chambre assemblée) ;
- Elle devient en revanche impérative lorsqu'il y a atteinte au droit d'exercer la profession (interdiction, destitution) ou d'entrer à la chambre des notaires (inéligibilité temporaire ou définitive).

Cette distinction, aussi intéressante soit-elle, n'est cependant plus possible car les peines de discipline intérieure peuvent s'accompagner d'une peine complémentaire d'inéligibilité aux organismes professionnels pendant dix ans (O. 28 juin 1945, art. 4). Perpétuer la distinction proposée serait prendre le risque de voir les décisions disciplinaires censurées pour violation objective de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque l'inéligibilité est toujours encourue devant la chambre, même si elle est rarement prononcée, et presque automatique devant le tribunal de grande instance. Il devient donc indispensable de prendre les dispositions nécessaires pour qu'un notaire ne puisse à l'avenir suspecter son président de chambre d'avoir perdu dans ses attributions premières d'accusateur la neutralité que la Convention européenne lui impose de respecter dans ses fonctions :

- de juge du premier degré ;
- ou d'expert devant la juridiction du second.

La modification qui s'impose est d'autant plus facile à réaliser qu'il s'agit d'abandonner un simple usage dans les seules compagnies départementales où il existe. En revanche, la modification est plus conséquente lorsqu'il s'agit d'assurer la publicité des débats, ordonnée par la Convention européenne et appliquée par la Cour du même nom, puisque le huis clos est prescrit par l'article 16 du décret du 28 décembre 1973.

2. La publicité des débats.

L'heure n'est plus à soutenir, selon la formule un temps trop utilisée, que l'on retrouve dans l'arrêt censuré en 1999 de la cour de Douai, « *que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects aux prescriptions de la convention européenne dès lors que la cour d'appel, exerçant un contrôle de pleine juridiction, est susceptible de compenser cet éventuel déficit* ». L'affirmation justifiait bien des approximations procédurales mais retenait aussi des principes aujourd'hui contestés, tels que celui de maintenir les débats - pas les délibérés - à huis clos sous couvert de respect de la loi ou du secret professionnel et surtout par crainte d'opprobre sur les institutions professionnelles.

Or, le problème du secret professionnel est un faux problème puisque la juridiction disciplinaire peut ordonner le huis-clos, en vertu de l'article 6-1 de la Convention européenne, lorsqu'il se justifie pour les raisons précédemment énoncées (moralité, ordre public, intérêt de mineurs, protection de la vie privée, etc.) ; mais encore faut-il que ce soit en vertu d'une décision motivée, dérogeant au principe, et comme telle sujette à un éventuel recours.

L'exemple pourrait venir ici des médecins, des experts-comptables, mais aussi et surtout des magistrats depuis ces dernières années. Le Conseil supérieur de la magistrature, formation disciplinaire des juges du siège et du parquet, s'est progressivement rangé à ces principes supranationaux, sous la pression de magistrats poursuivis et alors qu'il était divisé sur l'application de la Convention européenne en matière disciplinaire. Sa pratique - ou sa jurisprudence - montre que les objections liées par exemple à l'ordre public et au secret professionnel sont susceptibles d'être surmontées sans véritable difficulté.

²⁵ R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, éd. Litec, 1998, 3^e éd., n° 512.

²⁶ S. RUDLOFF, *Droits et libertés de l'avocat dans la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant & Némésis, 1995, p. 147.

Après avoir constaté dans son *Rapport annuel 1996* - tout en faisant état des avis divergents des formations du siège et du parquet - que « *la France s'est intégrée à un ordre juridique supranational dont les normes l'emportent par définition sur toutes les dispositions du droit interne, fussent-elles constitutionnelles* »²⁷ le « juge des juges » a :

- « *Estimé qu'aucune raison ne pourrait justifier qu'un magistrat en danger de voir sa situation personnelle gravement modifiée ne bénéficie pas éventuellement, comme un avocat ou comme un médecin, de la protection de la Convention européenne* »²⁸ ;

- Fait sienne la pratique de la Cour de Paris, appliquée dès 1983 au barreau²⁹ qui propose la publicité des débats à ses justiciables, et constaté qu'en son propre sein, depuis 1997, « *le président de séance s'est donné pour règle de demander à la personne poursuivie si elle souhaite l'application de la Convention ou entend y renoncer au profit de la foi interne* ».

On ne peut donc que regretter que la Cour de cassation n'impose pas encore explicitement aux juridictions disciplinaires des professions réglementées³⁰ les garanties de transparence que le Conseil supérieur de la magistrature offre à ses propres justiciables³¹, mais cela ne saurait tarder. Le huis clos est condamné à court terme, même si bien des professions - et pas seulement le notariat - hésitent à sauter le pas et à abandonner le sacro-saint principe de non-publicité des débats inscrit dans des textes obsolètes. La procédure disciplinaire devra « objectiver » les conditions dans lesquelles une décision de cette nature est instruite, débattue, rendue et modifier en conséquence ses codes de déontologie.

Pour éviter toute ambiguïté, « *Il serait nécessaire, convient Mme le professeur Fricéro avec réalisme, qu'une réforme législative vienne harmoniser les divers régimes de publicité devant les juridictions disciplinaires, et de les mettre en conformité avec les dispositions de l'article 6-1, à savoir, une publicité de principe des débats, et une faculté de prononcer le huis clos, si les circonstances le justifient pour protéger le secret professionnel ou la vie privée* »³².

Disons, pour conclure, que :

Il serait temps de lever les incohérences entre législation interne et principes supranationaux, et d'harmoniser les règles procédurales au prix, peut-être, de quelques exceptions. La soumission du droit interne à la Convention européenne impose que les divergences longtemps entretenues par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, les deux formations du Conseil supérieur de la magistrature, la Cour de Paris au regard des autres, etc. cessent et que le législateur se préoccupe de la cohérence de notre système juridique et plus particulièrement de nos règles procédurales.

Peut-être faudrait-il aussi que la Haute juridiction abandonne, par souci de réalisme et dans la droite ligne de ce qu'elle a jugé en 1999, ce qu'un publiciste, M. Lebreton, a qualifié de « *tendance à décerner systématiquement aux lois françaises des brevets de conformité à la Convention européenne des droits de l'Homme* »³³, lauriers qu'elle ne mérite pas toujours et qui ne compensent pas les condamnations infligées.

Ce changement d'attitude permettrait enfin de reconnaître objectivement, comme l'écrivent le Procureur général près la Cour de cassation, M. Burgelin, et M^e Lombard, avocat bien connu, dans un article commun publié en début d'année, qu'aujourd'hui « *Le centre de gravité de la jurisprudence est en partie passé de Paris à Luxembourg et surtout à Strasbourg* »³⁴.

Gilles ROUZET

²⁷ C.S.M., Rapport annuel 1996, éd. 1997, pp. 37.

²⁸ C.S.M., Rapport annuel 1997-1998, éd. 1998, p. 19.

²⁹ C.A. Paris, 12 juillet 1983, Gaz. Pal. 1983, n° 234, note A. D.

³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 3 février 1998, J.C.P. 1998, éd. N, n° 14, p. 505.

³¹ C.S.M., Rapport d'activité 1999, éd. 2000, p. 31 et p. 128.

³² N. FRICERO, (s/d S. GUINCHARD), Droit et pratique de la procédure civile, Coll. Dalloz action, 1998, p. 51, n° 2182.

³³ G. LEBRETON, Libertés publiques & droits de l'Homme, éd. A Colin, 1996, p. 220.

³⁴ J.-Fr. BURGELIN & P. LOMBARD, Huit propositions pour réformer la justice, Le Figaro 15 & 16 janvier 2000.

L'INFLUENCE DE LA C.E.D.H. SUR LA PRATIQUE NOTARIALE DU DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

Par Michel ARRAULT

En s'en tenant aux deux volets indissociables du droit patrimonial de la famille, c'est-à-dire les régimes matrimoniaux et les successions, l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la pratique notariale du droit de la famille nous invite à réfléchir dans deux directions : le principe de non-discrimination et le principe du droit à un procès équitable.

Le principe de non-discrimination

En matière de régimes matrimoniaux, c'est le droit international privé qui fournit un élément de droit positif et des éléments de réflexion avec l'arrêt Vialaron, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 24 février 1998¹, qui pose le principe de non-discrimination par rapport au sexe suivant l'article 5 du protocole n° 7 annexé à la CEDH. Ce protocole de 1984 est entré en vigueur en 1988. Le texte établit l'égalité entre époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : un ressortissant suisse et une française s'étaient mariés en 1973 sans contrat. Leur premier domicile national stable étant la Suisse, le droit suisse s'appliquait à leur situation sous la forme de l'ancien régime légal de l'union des biens. Ils achetèrent ensemble un immeuble en France. Ils divorcèrent en 1988. La femme demanda le partage et l'attribution préférentielle de l'immeuble sis en France. Or, en vertu du droit suisse applicable, le mari était propriétaire de tous les biens matrimoniaux (répartition 1/3 - 2/3, le 1/3 revenant à l'épouse sous forme d'un simple droit de créance).

La Cour de Chambéry refuse le partage et l'attribution préférentielle, en relevant que la règle de droit suisse applicable n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international car la loi française autorise les époux à déroger au partage égal.

La Cour de cassation censure au motif que le droit suisse impose une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la composition et le partage des biens de l'union conjugale. La Cour d'appel a violé l'article 5 du protocole n° 7 annexé à la CEDH qui s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'équilibre des droits entre les époux. La portée de l'arrêt Vialaron mérite d'être analysée. La solution dégagée a certainement vocation à s'appliquer dès que la règle de conflit française en matière de régimes matrimoniaux désigne une loi étrangère (matérielle/substantielle) contenant des règles inégalitaires comparables à celles du droit suisse.

Mais quid de nos articles 1515 à 1525 du Code civil qui prévoient le prélèvement par préciput avant tout partage ou la possibilité de mise en œuvre d'un partage inégalitaire dérogatoire au partage établi par la loi. La doctrine se pose pour le moins la question².

On doit néanmoins remarquer que le droit suisse en cause est un régime légal qui trouve à s'appliquer de plein droit et que l'inégalité est totalement subie. D'autre part, l'inégalité est double : une fraction inégalitaire revenant à l'épouse (1/3) et un droit de créance qui ne permet que l'attribution d'une créance l'empêchant de réclamer une attribution préférentielle.

En droit français, à l'inverse, la démarche conduisant à un partage inégal est purement volontaire et librement consentie (contrat de mariage, convention matrimoniale). Les clauses peuvent être stipulées sans distinction entre le mari et la femme et avec des aménagements, notamment en cas de décès ou de divorce. Enfin, les attributions de celui qui reçoit la part la plus faible ont lieu en nature et ne paralysent pas l'attribution préférentielle. Comme le note le Professeur Jean Hauser, une chose est de permettre aux époux de consacrer volontairement une inégalité entre eux, autre chose est d'appliquer un système juridique consacrant une inégalité imposée comme dans le cadre du régime légal suisse.

On peut donc penser que les articles 1515 et suivants du Code civil français sont hors de portée de la CEDH.

En matière de successions, c'est bien sûr l'arrêt Mazurek qui vient aussitôt à l'esprit.

Un enfant adultérin a mère, Claude Mazurek, se trouvait en concours avec un enfant légitime dans la succession de leur auteur commun. Le droit français prévoit dans ce cas de figure, suivant l'article 760 du Code civil, que l'enfant naturel ne reçoit que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit s'il eut été légitime. La fraction de sa part héréditaire ainsi diminuée devant accroître celle de l'enfant légitime. Le tribunal et la Cour d'appel font application de l'article 760.

Claude Mazurek se pourvoit en cassation en invoquant la violation de la CEDH, notamment les articles 8 et 14 énonçant les principes de non-discrimination fondée sur la naissance ainsi que la Convention de New York (CIDE) sur les droits des enfants du 26 janvier 1990 et le principe de non-discrimination énoncé par cette convention.

¹ Civ. 1^{ère}, 24 février 1998, Bull. civ. I, n° 78.

² Bernard Vareille, RTDCiv. 1998, p. 459.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la convention de New York ne s'applique qu'au mineurs et au motif que la CEDH n'est pas applicable à l'espèce³. Ce refus d'appliquer la CEDH se fonde sur les motifs suivants :

- L'article 14 de la CEDH interdit toute discrimination fondée sur la naissance mais ce n'est pas un texte autonome, il ne condamne les discriminations que pour la jouissance des droits et libertés reconnus par la convention ;
- La vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la CEDH.

Mais cette interprétation restrictive de la notion de vie privée et familiale était directement contraire à la jurisprudence européenne antérieure. En effet, à deux reprises, l'Etat belge avait été condamné dans les arrêts Marcks du 13 juin 1979 et Vermeire du 29 novembre 1991 ainsi que l'Etat autrichien dans l'arrêt Inze du 28 octobre 1987. Suivant ces décisions, la vocation successorale relève bien du droit au respect de la vie familiale (articles 8 et 14 combinés)⁴. La condamnation de la France était donc inévitable.

On comprend donc mal, à première vue, les arrêts Mazurek de 1996 et Vialaron de 1998.

En 1996, la Cour de cassation écarte péremptoirement la CEDH (article 8 et 14 combinés) à l'encontre de l'interprétation de la jurisprudence européenne et ne sanctionne pas une discrimination fondée sur la naissance adultérine en matière de succession.

En 1998, elle s'empresse d'invoquer la CEDH pour sanctionner une discrimination fondée sur le sexe en matière de régimes matrimoniaux en rappelant au juge que l'article 5 s'impose directement à lui et qu'il lui appartient de rétablir l'égalité entre époux.

Quoi qu'il en soit, Claude Mazurek dépose un recours devant la Cour de Strasbourg en invoquant les articles 8 et 14 de la CEDH et l'article 1^{er} du protocole n° 1. La Cour européenne des droits de l'Homme se prononce le 1^{er} février 2000 sur les "très fortes raisons" pouvant justifier une distinction fondée sur la naissance. Il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité. En l'espèce, il n'existe aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance adultérine. L'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables. Il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés par la loi française (l'article 760 du Code civil) et le but invoqué (la protection de la famille légitime).

La France a donc été condamnée à indemniser l'enfant adultérin dans la mesure du préjudice par lui subi du fait de l'application de l'article 760 du Code civil français.

La portée de l'arrêt Mazurek doit être appréhendée à sa juste mesure. L'arrêt ne porte que sur l'article 760 mais se trouvent concernés tous les textes subséquents : l'article 761 (attribution préférentielle au profit du conjoint ou des enfants légitimes), l'article 762 (faculté d'apportionnement), l'article 767, al. 2 (droit d'usufruit de moitié si présence de frères et sœurs et d'un enfant adultérin), l'article 908 (action en réduction contre l'enfant adultérin qui a reçu plus que ne le permet l'article 759 ou l'article 760), l'article 915 (réserve réduite de moitié), l'article 1097 (quotité disponible spéciale entre époux élargie en faveur du conjoint) et l'article 1097-1 (exclusion de l'article 1094-2 au bénéfice de l'enfant adultérin).

Se trouve concerné également l'article 759 du Code civil (concours entre le conjoint survivant et l'enfant adultérin en l'absence d'enfants légitimes).

Il semble prudent de considérer en pratique que tous ces textes sont visés par la solution établie par l'arrêt Mazurek. Pour certains d'entre eux (articles 761, 762, 1097-1), on peut se demander s'il n'existe pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but invoqué leur permettant d'échapper au grief de discrimination sanctionné par la CEDH.

Mais qu'en est-il de l'article 759 du Code civil ? La situation du conjoint pose le problème crucial. Certains auteurs veulent voir un rapport raisonnable de proportionnalité dans l'article 759 du Code civil (J. Massip ; A. Gouttenoir-Cornu et F. Sudre). Cette position nous semble douteuse face au "rouleau compresseur égalitaire" de la CEDH. En réalité, il est urgent de revoir le statut du conjoint survivant et lui accorder des droits accrus en usufruit sans pour autant en faire un héritier réservataire.

Le droit international privé fournit encore un cas de discrimination en matière de succession : il s'agit du droit de prélèvement institué par la loi de 1819. L'hypothèse est la suivante : la règle de conflit française en matière de succession désigne une loi étrangère applicable. Celle-ci contient une disposition qui permet d'exclure un héritier français ou de lui attribuer moins de droit qu'il n'en aurait eu si la loi française avait été applicable. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 permet à l'héritier français de prélever sur les biens français une portion égale à la valeur des biens situés à l'étranger dont il est exclu, à quelque titre que ce soit, en vertu du droit étranger. La jurisprudence en fait une application sans cesse étendue (par exemple dans l'affaire Caron). Or, cette loi du 14 juillet 1819 introduit une discrimination fondée sur la nationalité. Elle est critiquée en doctrine : le congrès des notaires de 1992 a exprimé le vœu

³ Cass. Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n° 268, p. 188 ; D. 1998, 453, note Brunet ; D. 1997, somm. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; JCP 1997, II, 22834, note Ph. Malaurie ; JCP 1997, I, 4021, obs. R. Le Guidec ; Rép. Defrénois 1997, 310, obs. J. Massip ; Droit de la famille 1996, n° 26, note B. Beigner ; RTDCiv. 1996, obs. J. Hauser et RTDCiv. 1997, 542, obs. Marguénaud.

⁴ Voir Vincent Berger, Jurisprudence de la CEDH, Paris, Sirey.

qu'elle soit supprimée. Elle est certainement contraire à la CEDH puisque l'article 14 condamne toute discrimination fondée notamment sur l'origine nationale.

Un dernier cas de discrimination qui relève d'ailleurs tout autant du droit des régimes matrimoniaux que du droit des successions peut être trouvé dans l'action en retranchement de l'article 1527, al. 2, du Code civil. L'application de cet article suppose l'existence d'une communauté universelle avec clause d'attribution intégrale par contrat de mariage. La Cour de cassation a refusé à l'enfant naturel le droit d'agir en retranchement⁵. Cette position est critiquée par la quasi totalité des auteurs pour deux raisons : d'une part, le principe de l'égalité des filiations tel qu'il résulte de la loi du 3 janvier 1972, d'autre part, la règle de l'intangibilité de la réserve. Le projet de réforme des successions de 1991 et une réponse ministérielle de 1995⁶ prévoient l'élargissement de l'action à tous les enfants conçus ou adoptés avant le mariage. On pourrait tout d'abord invoquer le principe de non-discrimination affirmé par la convention de New York de 1990 mais l'arrêt Mazurek retient qu'elle ne s'applique qu'aux mineurs. La CEDH paraît donc plus appropriée. La poussée d'égalité par elle insufflée semble ne pas s'accommoder du maintien de la solution au détriment de l'enfant naturel.

Le principe du droit à un procès équitable

Le principe du droit à un procès équitable est garanti par l'article 6 de la CEDH. Pour la Cour européenne de Strasbourg, ce texte ne se limite pas à garantir le droit à un procès équitable dans une instance déjà pendante. L'article 6 reconnaît aussi un droit d'accès aux tribunaux à toute personne souhaitant introduire une action entrant dans le champ d'application de la CEDH, c'est-à-dire une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil. Il s'agit d'un droit substantiel : le droit d'agir en justice trouve son prolongement naturel dans la reconnaissance d'un droit à une voie de recours.

1-Changement de régime matrimonial. Le cas de figure, en matière de régimes matrimoniaux qui peut poser problème a été mis en exergue par le professeur Philippe Delmas Saint-Hilaire dans son ouvrage paru à la LGDJ portant sur "Le tiers à l'acte juridique". Le cas de figure est celui d'un changement de régime matrimonial fait en fraude des droits d'un enfant naturel. Plus précisément, on peut se trouver en présence d'un changement de régime matrimonial avec communauté universelle et clause d'attribution en présence d'un enfant naturel dont l'existence a été dissimulée au juge.

En droit positif français, l'enfant, au décès, ne bénéficie pas de l'action en retranchement. Nous avons vu que cela semble une mesure discriminatoire contraire à la CEDH. L'enfant ne bénéficie pas non plus de la tierce opposition réservée aux créanciers lui permettant de contester le changement. On se trouve donc dans une impasse. Dans une décision très contestée de 1997⁷, la Cour de cassation a décidé que l'homologation laissait subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial et a admis une action en nullité de l'enfant fondée sur la fraude ayant consisté à dissimuler son existence. Il s'agit tout de même d'une acrobatie juridique. "Voies de nullité ont lieu contre les jugements" déclare J.-J. Barbiéri⁸. Or, suivant l'article 460 du nouveau Code de procédure civile "la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi". Il serait plus juste d'admettre la tierce opposition au profit des enfants. La solution serait plus conforme à l'article 6 de la CEDH.

Il est permis de se demander si l'enfant qui se verrait refuser tout recours ne pourrait pas se prévaloir de ce texte. On ne peut refuser l'accès à la justice d'un sujet de droit qui est en situation de se prévaloir d'un intérêt légitime. Dans cet esprit, les juges du fond, pour traduire le principe posé par l'article 6 de la CEDH, ont imaginé l'appel-nullité ou la tierce opposition-nullité en cas de fraude⁹.

2-Régimes matrimoniaux et successions. La question du droit à un procès équitable peut se poser dans des hypothèses qui concernent à la fois les régimes matrimoniaux et les successions. On relève deux décisions de recevabilité rendues le 15 avril 1998 par la commission dans les affaires Malèze et Rotschild.

Suivant l'article 6 de la CEDH "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable". Dans l'affaire Rotschild, il s'agissait d'un partage judiciaire suite à une liquidation de régime matrimonial. Dans l'affaire Malèze, il s'agissait de la liquidation d'une succession testamentaire. De notaires commis, en PV de difficultés, de PV de difficultés en désignation d'expert, de désignation d'expert en ordonnance de clôture reportée, le procès s'est éternisé chaque fois sur des périodes de douze à quinze ans, ce dont les justiciables se sont

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, D. 1983, 19, note Beaubrun ; JCP 1983, II, 20018, note Henry.

⁶ RM Dimégliis, JO AN 14 août 1995.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, Bull. civ. I, n° 20 ; D. 1997, 273, rapp. X. Savatier ; JCP 1997, II, 22912, note E. Paillet et JCP 1997, I, 4047, n° 12, obs. W. Wiederkehr ; Rép. Defrénois 1997, 420, obs. G. Champenois ; RTDCiv. 1997, 985, obs. B. Vareille.

⁸ Revue Droit et Patrimoine, mars 1997, p. 46 et s.

⁹ Philippe Delmas Saint-Hilaire, Le tiers à l'acte juridique, Paris, LGDJ, 2000, spéc. p. 489.

plaints et il y a bien d'autres affaires en cours. La Cour de Strasbourg ne s'est pas encore prononcée mais une cascade de condamnations pourrait s'abattre sur la France.

La chancellerie est en quête d'arguments pour défendre la position de la France. Selon Jean-Pierre Marguénaud, le processus incriminé vient d'abord de ce que le notaire n'a pas su ou n'a pas pu accomplir la mission à lui confiée. Ce qui nous fournit une transition toute prête pour proposer des solutions en rapport avec la pratique notariale.

La pratique notariale et le principe de non-discrimination

En matière de régimes matrimoniaux, si l'on admet la portée restrictive de l'arrêt Vialaron de 1998, il semble que la pratique notariale n'ait pas à s'inquiéter outre mesure du sort des articles 1515 à 1525 du Code civil. Il faut simplement veiller, dans la rédaction des contrats de mariage ou conventions matrimoniales, aux clauses fondées sur une intention purement discriminatoire qui se verraient privées de tout effet, particulièrement pour des clients évoluant dans un contexte d'extranéité. Il faudra aussi porter attention aux clauses de célibat : l'article 12 de la CEDH consacrant le droit de se marier et de fonder une famille.

En matière de successions, l'hypothèse des successions en présence d'un enfant adultérin et l'application de l'article 760 et des textes subséquents pose problème. L'arrêt Marckx contre Belgique du 13 juin 1979 contient une directive qui semble indiquer que la jurisprudence nouvelle ne s'applique pas aux successions déjà réglées.

La situation est embarrassante pour le notaire appelé à régler la succession. Que doit-il faire en pratique ?

Il semble qu'il faille distinguer entre le notaire commis qui doit remplir un devoir d'information et le notaire mandataire des parties qui doit remplir un devoir de conseil.

Le notaire commis n'est pas le mandataire des parties ni leur conseil. Il agit comme auxiliaire de justice, mandataire du tribunal. Sauf référence à son mandat, il va donc appliquer le Code civil mais en signalant la solution de la Cour européenne et le caractère contestable des dispositions du Code civil contenant des dispositions discriminatoires.

En revanche, le notaire mandataire des parties a un devoir de conseil renforcé. Il va devoir pleinement exercer son devoir de conseil, par écrit (Massip, Khairallah). Il devra préciser les solutions découlant des textes du Code civil, de la Cour de cassation, de la Cour européenne afin que les parties contractent en connaissance de cause. Il lui appartient de rechercher un accord amiable entre les parties qui se traduira par une transaction ou un partage égalitaire. Cet éventuel partage égalitaire ne doit pas susciter d'inquiétudes au plan fiscal. C'est le taux habituel du partage avec prélèvement de lots qui s'applique, à savoir 1 %. Toute autre solution obligerait l'administration à prouver l'intention libérale.

A défaut d'accord, le notaire ne peut pas régler la succession mais il n'a pas à rédiger de PV de difficultés dans la mesure où il n'est pas commis.

La pratique notariale et le principe du droit à un procès équitable

Les affaires Rotschild et Malèze nous rappellent l'obligation de régler dans un délai raisonnable les partages judiciaires. Certes, il s'agit généralement d'affaires complexes mais les parties sont maîtres du procès et, parfois, usent ou abusent de manœuvres dilatoires et d'obstructions. Reste que le service public de la justice mérite mieux que certains atermoiements rencontrés. Il faut donc que les rôles des principaux acteurs de la procédure soient bien distribués et bien maîtrisés chacun connaissant parfaitement son champ de compétence. Le notaire, quant à lui, a une mission bien précise d'auxiliaire de justice. Il n'a sans doute pas assez de pouvoirs (cf. vœu du 95^{ème} congrès des notaires de Marseille en 1999, proposant d'accroître les pouvoirs du notaire).

La CEDH est là, en toute hypothèse, pour nous rappeler qu'un procès, concernerait-il un partage en droit patrimonial de la famille, doit aboutir dans un délai raisonnable. Il appartient au notaire, pour sa part, de contribuer à cette exigence.

Michel ARRAULT

L'INFLUENCE DE LA C.E.D.H. SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (Aspects personnels) ¹

Par Jean HAUSER

INTRODUCTION

Si l'Europe de l'argent semble se bien porter malgré les faiblesses de l'Euro, celle des Droits de l'Homme est sans doute plus difficile à élaborer peut-être parce que le concept lui-même est extrêmement obscur.

On peut tout d'abord faire remarquer qu'il prend l'Homme en tant qu'individu dans sa formulation elle-même tirant un trait sur des siècles de structures collectives parmi lesquelles la famille. La connotation individualiste est évidente et elle est peut-être le vrai défi de notre temps.

Dans le domaine familial l'accord des Etats membres se fait avec des bonheurs divers. Le poids de l'histoire est ici considérable mais il n'est pas certain que l'on assiste véritablement à un rapprochement.

Jusqu'à une époque récente on pouvait, un peu schématiquement, estimer que l'accord européen se faisait plus facilement sur le couple et les relations parents - enfants que sur la filiation. Sur cette dernière, l'opposition des « biologistes » et des « sociologistes » paraissait relativement irréductible et si la France maniait sans complexe sa célèbre possession d'état, il devenait à peu près impossible de l'expliquer outre Rhin voire outre Quiévrain ! Cette difficulté demeure largement, encore que peut-être le rapprochement s'amorce.

Mais voilà qu'à ce rapprochement d'un côté s'oppose désormais une dérive de l'autre. L'irruption des couples non mariés puis des couples homosexuels et demain peut-être des communautés plurales vient recréer des conflits dont, en simplifiant, on pourrait dire qu'ils opposent assez nettement pays à dominante catholique et autres pays.

Il est probable que le droit de la CEDH arrive à un croisement intéressant qui peut se résumer en deux mots d'ordre : **résoudre les contradictions , reconstruire une notion.**

I.- RESOUDRE LES CONTRADICTIONS

Si l'on s'en tient à la lettre des articles de la Convention, sont essentiellement concernés par notre sujet les articles 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale et l'article 12 sur le droit au mariage.

La liste est toutefois relative pour deux raisons :

- tout d'abord, nombre d'articles concernent indirectement les aspects personnels de la famille et notamment, par exemple, le principe de non-discrimination (art.14). Mieux même, on peut estimer que presque chaque article est susceptible d'une influence indirecte sur notre sujet. Quand, par exemple, la Cour accepte d'appliquer à l'hospitalisation d'office des malades mentaux les textes sur la détention arbitraire (arrêt WINTERWERP) elle interfère lourdement sur le rôle de la famille dans la protection des incapables et il n'est pas certain que la possibilité de saisine d'office du juge des tutelles (que le récent rapport Favart voudrait supprimer) trouverait grâce aux yeux de la Cour. L'article 9 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion a trouvé d'importantes applications dans les relations familiales. L'article 10 sur la liberté d'expression et de communication conduira souvent à des oppositions avec le droit au respect de la vie privée et familiale. L'article 6 sur les droits procéduraux peut avoir un impact considérable sur le contentieux familial, notamment sur notre procédure de divorce.
- Par ailleurs, la rédaction de l'article 12 qui vise uniquement la liberté du mariage et le droit de fonder une famille serait probablement aujourd'hui différente dans sa formulation et son contenu.

Si l'on essaie d'engranger une récolte maintenant très abondante, on pourrait dire que, brocardant quelque peu la formule républicaine, la jurisprudence de la CEDH se résume par trois mots d'ordre : liberté, égalité, neutralité.

¹ Cette communication purement orale a été conservée sans note (sauf une) pour ne pas alourdir la version écrite. Les références se retrouveront aisément dans tous les bons ouvrages sur le sujet, notamment J.-F. Renucci, Droit européen des Droits de l'Homme, LGDJ, 1999 ; F. Sudre, Droit international et européen des Droits de l'Homme, PUF, 1997 et, sur la jurisprudence, V. Berger, Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Sirey, 1998.

A) LIBERTE

Le chantier de la liberté n'est évidemment jamais clos. Les articles 8 et 12 ont été ici mis à contribution très largement et on ne peut, bien sûr, qu'en donner quelques aperçus étant admis que, comme le note très justement Mme Meulders-Klein, la tendance de la Cour a été longtemps (est-ce encore le cas ?) de privilégier la stabilité familiale contre la dissolution, somme toute les forces centripètes contre les forces centrifuges.

1°) La liberté du mariage pouvait paraître assurée depuis longtemps dans les États européens et pourtant elle a fait l'objet d'une jurisprudence active de la Cour.

- La Suisse (qui a ratifié la convention) s'est curieusement trouvée condamnée par une disposition qui imposait un délai pour se remarier après divorce avec le complice de l'adultère. Le délai de carence a existé en droit français mais sa base était très fragile : un délai de dignité... Il fut aboli en France dans les années 30.... par faveur pour le mariage, somme toute n'importe quel mariage pourvu que ce soit un mariage... !
- La Grande-Bretagne de la Dame de Fer a connu aussi une condamnation sur ce point, le gouvernement anglais ayant jugé opportun d'interdire le mariage aux prisonniers irlandais pour lesquels c'était essentiel...
- La France, si notre Conseil constitutionnel ne l'avait devancé, aurait sans doute été condamnée sur la disposition de la loi dite Pasqua qui permettait à l'officier de l'état civil de surseoir à un mariage suspecté de blancheur sans fixer de délai à ce sursis.

A supposer que la liberté de concubiner soit discutée, elle trouverait sans doute ses défenseurs au titre même du respect de la vie privée. On peut donc dire, *brevitatis causa*, que se trouve protégé sans réserve (sauf celle de la protection des mineurs et sans doute de l'inceste) le droit au couple.

2°) La liberté du divorce est beaucoup plus vague et on ne trouve véritablement aucune décision claire sur ce point faute de recours. La législation irlandaise antérieure à la réforme avait fait l'objet d'un recours qui fut rejeté mais sur des motifs difficiles à interpréter. Si l'interdiction n'a pas été expressément condamnée, était visée la tradition historique de l'Irlande ce qui semble bien dire que si tel pays qui admet le divorce depuis longtemps s'avisait de revenir en arrière il serait probablement condamné : avis à ceux qui, en France, brûlerait Naquet et 1884 pour encenser De Bonald et 1816.

3°) La liberté de la procréation est sans doute le secteur où la jurisprudence de la Cour est réservée. On chercherait ainsi vainement une affirmation claire sur le droit au recours à la PMA et notamment aux mères dites porteuses alors pourtant que le tourisme procréatif est devenu réalité et que le Thalys et l'Eurostar sont mis à contribution.

Par contre, la liberté des relations sexuelles ou familiales a constitué un secteur privilégié mais où les avancées sont devenues de plus en plus délicates.

Il n'a pas été très difficile de déclarer contraires à la CEDH les législations qui poursuivaient encore les relations adultérines ou les relations homosexuelles et, en 1981, l'arrêt DUDGEON c/ GB va fixer la jurisprudence mais on voit tout de suite l'interrogation : au nom de quoi ? le respect de la vie privée ou le respect de la vie familiale ? La nuance n'est pas mince et reste discutée.

En réalité, la « liberté » familiale apparaît souvent comme le second degré de la liberté individuelle et il est difficile de débrouiller le droit au respect de la vie privée du droit au respect de la vie familiale.

En fait, le problème ne se pose pas tant qu'on s'en tient à la famille – couple. Après tout, sous la seule réserve de la protection des incapables, on peut constater qu'à notre époque, en Europe, la constitution du couple ne connaît plus aucune limite (l'inceste lui-même n'est pas une infraction pénale).

C'est quand ce couple revendique l'égalité, soit l'égalité des droits courants (sociaux, fiscaux, etc.), soit l'égalité dans le droit d'avoir des enfants, que se pose alors la vraie question beaucoup plus difficile, tout simplement parce qu'alors il y a une 3^{ème} personne et qu'on ne peut plus esquiver les vraies questions.

B) EGALITE

Il y a en fait deux chantiers de l'égalité CEDH. Un premier qui ne pose pas de problème réel parce qu'il reste dans les canons de la famille séculaire et un second beaucoup plus délicat.

1°) Le premier remonte fort loin. Traquer toutes les scories de l'infériorité juridique des femmes ne pose plus guère de problèmes sauf curieusement du côté du nom.

Il est probable que notre droit serait condamné plus pour son désordre que pour ses convictions dans le domaine du nom. A vrai dire, aucune disposition claire n'est véritablement discriminatoire : la femme n'est pas obligée de porter le nom de son mari, il n'est pas évident que le mari ne puisse pas porter le nom de sa femme, quant au nom des enfants légitimes, ce ne sont que des dispositions indirectes (mais la présomption de paternité...). Seulement, les pratiques administratives, la détestable loi de 1985 sur le nom d'usage et la calamiteuse et illégale circulaire de 1986 rendraient la défense de la France bien délicate. Dans l'arrêt BURGHARTZ, la CEDH a clairement affirmé le droit des deux parents à donner son nom à la famille et à l'enfant, notre droit n'est pas très clair sur ce point...

L'affirmation d'une égalité parentale entre les sexes et entre les modèles familiaux ne présente pas non plus de difficulté particulière et s'il y a de la jurisprudence (Arrêt HOFFMAN par exemple) c'est plus parce que l'un des parents avait une vie discutée (notamment religieuse) que parce qu'il aurait été discriminé en tant qu'individu ou encore parce que certains droits de l'assistance éducative ont une conception musclée des mesures de privation de droit. Tout de même, les droits qui, en Europe, sous l'influence de mouvements féministes surchauffés, ont parfois admis que l'établissement de la filiation naturelle paternelle dépendait d'un accord de la mère pourraient bien se trouver un jour en voie de condamnation...

Traquer toutes les scories de l'inégalité des filiations apparaît également relativement simple même si la France en fait les frais, mais elle fait surtout les frais de la médiocrité et du désordre de son législateur. L'égalité dans l'établissement des filiations doit évidemment beaucoup à l'arrêt MARCKX mais la France qui n'admet toujours pas que la seule indication du nom de la mère naturelle dans l'acte de naissance vaut établissement de la filiation pourrait bien se voir condamnée (la réforme se heurtera sans doute aux lobbies de l'adoption). Par contre, notre jurisprudence sur l'article 322 a contrario nous mettra à l'abri des reproches sur l'égalité des filiations légitime et naturelle en cas de conflit. On vient de voir que l'inégalité successorale doit beaucoup à MAZUREK mais il y a d'autres textes en droit français... et l'on peut penser à l'action en retranchement mais aussi, dans le domaine personnel, au système surréaliste de l'attribution de l'autorité parentale sur l'enfant naturel tel qu'il est sorti de la nullité technique de la loi de 1993 et de la démagogie parlementaire.

Quelques bizarreries concernant les enfants adoptifs pourraient aussi susciter discussion.

En fait, le droit français pêche plus par son absence de cohérence que par une véritable opposition idéologique à la CEDH. La mise en conformité supposerait donc simplement un gouvernement moins soucieux d'affichage médiatique et d'un peu plus de sérieux juridique.

2°) La question est beaucoup plus délicate quand on sort des modèles classiques et qu'on veut assurer une égalité dont certains soutiennent qu'elle découle naturellement de la liberté qu'on a voulu consacrer.

- a) L'égalité mariage - concubinage n'a jamais été affirmée par la CEDH. Si la liberté de constitution est la même, il n'est pas interdit de ne pas accorder l'égalité des droits c'est-à-dire, penserait-on, de privilégier le mariage. En réalité, l'interprétation est fautive. On pourrait imaginer en image inversée une critique du droit qui privilégierait le concubinage. Le cas se présente peut-être en France dans certains calculs fiscaux ou sociaux ; il était très net et bien connu en Belgique et a pesé de tout son poids sur la loi récente qui reconnaît le partenariat mais... ne lui octroie aucun avantage spécifique. Encore dans l'arrêt MAZUREK se trouve réaffirmé le droit de privilégier un mode de conjugalité mais sous le contrôle de la pertinence, c'est-à-dire que le moyen utilisé ait bien pour effet de favoriser le mode visé, ce qu'on pouvait mettre en doute pour les moyens successoraux. Et puis, tout cela a une limite que l'arrêt REES a posé : le droit au mariage ou au concubinage ne conduit à l'égalité que dans les couples hétérosexuels. A aucun moment, le droit des couples homosexuels au mariage, voire au concubinage égalitaire, n'est affirmé par la CEDH.
- b) L'égalité couples hétérosexuels et autres couples est évidemment l'épine la plus difficile à extraire car elle met en cause, cette fois, d'autres valeurs et un tiers. Le droit à l'enfant n'a jamais été consacré par la CEDH et le refus induit d'importantes conséquences notamment l'absence de tout droit véritable à recourir à la PMA. A aucun moment, la CEDH n'a affirmé que le refus d'accès à la PMA à une personne célibataire ou à un couple homosexuel heurte le droit conventionnel. On reste toutefois frappé par le petit nombre des recours ce qui pourrait bien conduire à s'interroger sur l'effectivité des interdictions ou restrictions nationales notamment en France. L'établissement d'une filiation ne saurait donc se poser dans les droits qui prohibent la PMA hors des couples de type classique et la CEDH n'a jamais condamné cette restriction. Par contre, dans les législations qui admettent l'accès à la PMA pour un célibataire, la question se pose alors au second degré d'établir une filiation éventuelle avec le compagnon ou la compagne qui n'ont pas de lien biologique avec l'enfant mais veulent faire établir un lien purement juridique par reconnaissance de leur couple. A partir du moment où on admet qu'un couple transsexuel ou

homosexuel peut constituer une « famille – couple » le glissement vers la famille – parent devient une nouvelle revendication. L'embarras de la CEDH est patent et il était prévisible.

- c) Relations familiales. Si l'on s'en tient à l'affirmation d'un simple droit à la vie privée, la réponse est évidemment négative mais peut-être va-t-elle trop loin puisqu'elle conduit à nier même l'existence de liens de fait. Or, la jurisprudence française qui vient de rencontrer la question d'une demande de droit de visite de l'ex – compagne de la mère qui avait élevé les enfants paraît prudemment estimer que, en fait, et sans se prononcer sur un quelconque lien de famille, le droit de visite n'est pas exclu. On peut aussi avancer prudemment quand on demeure dans le droit individuel à une parenté classique que seul pourrait remettre en cause un mode de vie ultérieur. La jurisprudence française a rencontré très tôt la question du droit de visite du père ou de la mère séparée vivant en couple homosexuel et elle l'a sagement réglée au coup par coup, se gardant bien d'affirmations tonitruantes de principe : l'âge de l'enfant, le mode de vie du parent, etc., commandant des solutions casuistiques. C'est pour n'avoir pas observé cette prudence que le Portugal a encouru la censure de la CEDH dans l'arrêt SALGUEIRO DAL SILVA MOUTA. La question est posée dans le même cadre à propos de l'adoption par une personne vivant en couple homosexuel. Contrairement à ce qui s'écrit, il n'y a pas alors adoption par un couple mais simplement appréciation de l'aptitude à adopter, la « famille » d'accueil devant être jugée comme toute famille d'accueil. C'est bien ainsi que l'entendent les tribunaux judiciaires qui, rarement saisis, s'en tiennent à l'intérêt de l'enfant... Le Conseil d'Etat s'est singularisé, compétent sur l'agrément des pupilles de l'État, en étant beaucoup plus affirmatif sur l'impossibilité : quid d'un recours devant la CEDH ? Certes, le droit de visite (SALGUEIRO) et le droit d'adopter ne sont pas comparables mais il s'agit ici non pas du droit d'adopter en couple mais de l'effet de la vie privée sur le droit de visite ou d'adoption. C'est l'établissement d'un lien de filiation dans un couple hors norme qui nous met au pied du mur. L'arrêt X,Y, Z... traduit en 1997 l'énorme embarras. La loi anglaise permet l'insémination artificielle d'une célibataire, la décision étant plus d'ailleurs d'ordre administratif et hospitalier que de principe et souvent accompagnée, comme en l'espèce, d'une condition de reconnaissance postérieure de l'enfant par un homme. Si celle-ci vit avec une transsexuelle femme d'origine devenue homme (mais sans modification d'état civil impossible en droit anglais), ce dernier demande à être inscrit comme père de l'enfant mais l'état civil britannique refuse. La CEDH ne condamne pas tout en reconnaissant qu'il y a une famille de fait ce qui constitue une évolution notable mais elle n'est que de fait... L'établissement du lien de filiation pourrait reposer la question de l'adoption sur le terrain de laquelle le combat est plus difficile : après tout, fiction pour fiction... et, en 1969, le législateur français emporté par les lobbies a bien admis l'adoption par un célibataire ? La question ne saurait en droit français se poser dans le cadre d'un couple puisque seul le couple marié peut adopter ensemble et que l'adoption de l'enfant du conjoint suppose encore un mariage. Ici, le chemin est escarpé, douteux...

On voit bien qu'il y a des noyaux durs et que l'équation liberté – égalité ne suffit pas à dessiner les contours d'un droit nouveau.

Étrangement, la neutralité connaît aussi des aventures douteuses ces dernières années.

C) NEUTRALITE

Le cosmopolitisme naturel de l'entreprise européenne conduisait non moins naturellement à un certain mondialisme. D'ailleurs, la notion même de « Droits de l'Homme » était-elle compatible avec la limitation de l'idée aux pouvoirs des sacristains de paroisse ?

Dans un premier temps, donc, la notion de famille et de vie familiale ont été évoqués sous l'angle de la neutralité nécessaire des droits internes : un étranger = un national.

Ce qu'on n'a peut-être pas tout à fait vu, c'est qu'on touchait alors à une énorme construction, respectable et méritoire, qu'est le droit international privé depuis le début du XIX^{ème} siècle. La différence de méthodologie est à la fois évidente et source de perplexité.

1°) Différence de méthodologie

Le DIP classique n'a évidemment jamais condamné les tentatives d'unification matérielle. Simplement, considérant qu'elles ne pouvaient être que des objectifs lointains, il a pris son parti de la diversité des lois pour organiser cette diversité en attendant mieux.

L'existence d'un droit européen des droits de l'homme aurait pu sonner le glas de cette méthode plus particulièrement en droit des personnes et de la famille. L'Europe était appelée naturellement à construire un droit commun de la nationalité, du séjour des étrangers, etc. Elle ne l'a pas fait et, prenant à l'envers les questions selon une méthodologie qui ne doit rien au droit (prouver qu'on avance en avançant sans savoir

vers quoi), elle a aboli les frontières administratives (Schengen) (quid des interdictions de sortie du territoire après divorce ?) sans abolir les frontières juridiques.

Chacun continue donc à traiter des étrangers dans tous leurs aspects avec une superbe indifférence pour le droit du voisin, le tout avec des étrangers très différents, des nombres sans commune mesure et, bien entendu, une histoire de l'émigration ou de l'immigration très différente.

La CEDH, et, en France, les tribunaux judiciaires et administratifs, ont eu à supporter ce flou politique assez inadmissible (mais quid des notaires du XIV^{ème} siècle qui ne savaient guère qui du droit romain ou des coutumes devait avoir la préférence ?). Pour nous en tenir à la CEDH, la première période a été celle des belles idées et on serait plutôt tombé dans le réalisme.

2°) C'est que, face aux expulsions, on peut être perplexe : faut-il traiter également l'étranger marié et avec des enfants, expulsé faute de papier, et l'étranger expulsé par suite d'une grave infraction pénale ? Faut-il traiter également l'étranger venu en France, marié en ce pays avec des enfants nés en ce pays, et celui qui vient seul puis prétend faire venir sa famille étrangère dont la composition échappe à l'ordre public français ? La tentation est d'appliquer nos modèles familiaux aux autres (mais les nôtres sont-ils si sûrs ?) et on y voit bien une tendance que le DIP moderne avait pour ambition d'éloigner. La CEDH est ici prudente et l'évolution est intéressante de l'arrêt ABDULAZIZ aux arrêts BOUGHANEMI ou BOUCHELKIA, il y a des lieues ! De la supériorité de la vie familiale (parfois prétexte) à la supériorité de l'ordre public, il y a des cortèges de mariages blancs, de PACS blancs, de polygamies de circonstances, de répudiations calculées...

Alors se pose la vraie question : que voulons-nous ?

L'idée d'une défense souple, opportuniste, d'une réponse sans principe clair, trouve maintenant ses limites. Posons la question brutalement.

Le modèle européen des droits de l'Homme est confronté en matière familiale à deux risques :

- la dissolution dans la nébuleuse des droits individuels, la famille se ramenant à un empilement de droits particuliers, c'est-à-dire à rien ;
- la dissolution dans un mondialisme qui nie la dimension politique de la famille qui n'est jamais que le séminaire des États : le séminaire des États européens peut-il se ramener au séminaire des États américains ou au séminaire des États musulmans ou africains ?

Il faut alors s'interroger sur la construction du modèle familial européen.

II.- RECONSTRUIRE UNE NOTION

On s'aperçoit facilement que les droits européens ont vécu sur une communauté de pensée qui n'est plus. On n'a pas assez rappelé que l'idéologie d'un droit européen des personnes et de la famille n'est pas une première. La première c'est le droit canonique, au moins sans discussion jusqu'à la Réforme, et, avec discussion, jusqu'aux révolutions modernes et à 1792 en France. Avec des doutes, des résistances, des rébellions, il y a eu un PGCD (Plus grand commun dénominateur) européen... Il n'est plus, faute de renouvellement, de réflexion, de distinction et de subtilité : le débat sur le PACS l'a montré.

Quoi mettre à sa place ?

Les ingrédients d'un modèle familial sont connus. La société n'a aucune raison de reconnaître la famille pour ses seuls beaux yeux. Comme tout groupement intermédiaire, - syndicats, associations, etc. - elle ne la reconnaît qu'en tant qu'elle remplit un rôle social.

Reste alors à déterminer quel modèle familial est le plus performant et utile eu égard à ce raisonnement ? Les mouvements libertaires contestent le raisonnement mais ils sont finalement hostiles à toute famille donc la question disparaît ; les mouvements communautaristes y sont aussi hostiles et veulent fondre la famille dans d'autres structures plus vastes, là aussi la question disparaît.

Puisque, pour l'instant, l'Europe n'est ni libertaire ni communautariste, il lui reste à trouver un modèle familial qui réponde à l'utilité sociale au premier rang de laquelle il faut mettre – non pas les enfants – mais plus généralement la nécessité première de se renouveler sauf si l'Europe devait sombrer dans la démographie apocalyptique... (les projections sont très inquiétantes).

De ce point de vue, qui commande l'avenir de la CEDH, trois questions doivent être posées en conclusion. Parlons d'abord de méthodologie !

A) La méthodologie juridique

Le texte de la CEDH est largement elliptique même si de nombreux protocoles lui ont été ajoutés. Certains articles abondamment utilisés n'ont qu'un sens général qui a été plus que sollicité (vie privée par exemple).

C'est donc un droit de construction jurisprudentielle. Pour une partie de l'Europe et pour la France la méthode n'est pas sans inconvénient.

Les traditions juridiques sont en France de droit écrit et la réputation de la jurisprudence, même si elle s'estompe, n'est pas brillante : Dieu nous garde de l'équité des Parlements, selon que vous serez puissant ou misérable les jugements de cour vous rendront blanc ou noir... La France a un goût des principes fondamentaux écrits...

Le fonctionnement jurisprudentiel est totalement inadapté en France : plus de deux ans pour avoir une réponse de la Cour de cassation après un arrêt d'appel, une dizaine d'années en moyenne pour régler une question de principe, d'ailleurs l'article 6 conduit à de fréquentes condamnations de notre pays... La CEDH échappait pour partie à ce reproche mais le risque guette et la réforme très récente conduisant à la division en deux chambres, même si le recours devant la grand chambre assure l'unité ne rassure pas vraiment : évitera-t-on un jour où l'autre la question du filtrage des recours ?

Par ailleurs, l'autorité exacte des arrêts de la CEDH dans l'ordre juridique interne devra bien être posée : est-il normal qu'après l'arrêt MAZUREK personne ne sache exactement si l'arrêt s'impose aux juges du fond, aux praticiens notaires ou s'il faut attendre que la loi française soit modifiée ? La fuite en avant a des limites...

L'arrêt récent de la Cour de cassation du 2 juin 2000 réaffirmant la supériorité de la constitution sur les traités pourrait bien aussi troubler : certes le droit communautaire ou la CEDH n'étaient pas ici directement en cause puisqu'était invoqué à titre principal le Pacte international relatif aux droits de l'homme et des libertés fondamentales (avec tout de même en annexe la CEDH) mais qu'arrivera-t-il demain si un tribunal plus frondeur, une Cour de cassation plus rétive décide que les arrêts de la CEDH lui sont indifférents ? Une obligation pour l'Etat de réformer sa législation ? Quand on connaît l'efficacité du système gouvernemental français on a lieu d'être inquiet, que d'amendes à payer (Voir MAZUREK) pour réparer l'impéritie d'un législateur national qui, spolié de ses pouvoirs au fond, n'a plus qu'un pouvoir de retardement des réformes internes que, par ailleurs, on finit par lui imposer !

Et puis que veut-on faire ?

B) Ordre public et PPCM (Plus petit commun multiple)

La construction d'un modèle familial interne s'est faite à base d'ingrédients connus : volonté, ordre public et protection des faibles. L'équilibre dynamique des trois éléments est très variable en histoire et si l'Empire romain finissant paraît bien favoriser le premier élément (sans grand succès), l'Eglise catholique défend les deux autres, le droit du XX^{ème} se replie sur les faibles et le droit du XXI^{ème} paraît pour l'instant se limiter à la maxime enfantine : « je fais ce que je veux... ». Attendons !

Il reste que l'ordre même de la construction européenne pose un grave problème pour le droit français. Cet ordre est inverse de ceux qu'on a jusqu'ici connus : Louis XI commence à créer un Etat fort et ses successeurs reprennent à l'Eglise et aux féodaux la compétence juridique familiale pour y imposer un modèle civil (qui n'est pas celui de l'Eglise !). L'Europe fait l'inverse, sans Etat, sans conception globale, elle construit empiriquement d'abord selon une certaine méthode Coué législative : avancer c'est prouver qu'on avance.

La méthode a ses adeptes en droit économique et elle ne choque pas spécialement en droit français où il s'agit seulement de retrouver l'autonomie de la volonté au grand bonheur de ceux qui dans les années 1930-1960 pleuraient sur sa décadence... mais, étrangement, ne l'apprécient guère en droit de la famille !

Tout autre est la situation du droit de la famille (qui, en ce sens, a toujours été un peu dirigiste dans ses méthodes sinon dans ses fins) : le droit de la famille a été construit par le haut (plus ou moins) à partir d'un modèle donné, fourni par une vision de l'organisation politique et sociale. Est-il possible de faire autrement et d'inverser la machine à construire ?

Sans doute, mais avec un risque évident. Comme l'autonomie de la volonté est la nébuleuse autour de laquelle peut se construire un droit européen, l'autonomie individuelle remplirait le même rôle en droit de la famille ? La jurisprudence de la CEDH paraît parfois y adhérer et consacrer non plus un PGCD mais un PPCM des droits européens : la loterie du plus permissif, plus individualiste que moi tu gagnes ! Le risque est si grand que la convention puis la Cour de Strasbourg ont construit depuis longtemps le contre-feu des intérêts supérieurs et de la méthode adéquate : on peut porter atteinte à la vie privée s'il existe des intérêts supérieurs... Il resterait à systématiser ces intérêts supérieurs pour éviter d'en faire toujours des exceptions, pour éviter de les précipiter dans les dispositions scélérates appelées à une mort prochaine et programmée. Au fond, très simplement, il reste à la CEDH à reconstruire un ordre public familial européen, à supposer qu'elle le veuille... et qu'elle le puisse : ce qui repose la question à la fois de la méthode de formation du droit européen et de la construction elle-même de l'Europe et, plus généralement, du droit moderne de la famille.

C) l'Etat

On ne remarque pas assez l'étrangeté de l'organisation de la CEDH. Ce n'est point tant la diversité nationale des juges que le fondement même de sa juridiction : condamner des Etats et donner raison à des particuliers... vaste programme orienté dès l'origine et soumis à l'arbitraire judiciaire du fait de son imprécision : le droit communautaire dévoyé, le cas BLOOD (Bergé, JCP 2000, I, 206)².

Devant une juridiction étatique ordinaire, la société est représentée, selon les systèmes, par l'avocat de la reine ou par le ministère public mais il y a, en général, une voix de l'intérêt collectif. Or, ici, la situation est étrange : les juges, par ailleurs si sourcilleux de l'impartialité des autres juridictions, sont en charge de tout, des intérêts individuels et des intérêts collectifs.

Inévitable, dira-t-on, puisqu'il n'y a pas d'Etat européen ; étrange système, ajoutera-t-on, qui condamne tout de même à n'entendre que les particuliers dans un contentieux qui intéresse en général la société tout entière. Il faut alors se demander si ce modèle pourra longtemps ignorer la question dont je n'ai pas la réponse : peut-on construire un droit de la famille à partir de purs droits individuels ? La tendance est, en droit interne, patente.

Remplacer les contraintes venues d'en haut par des contraintes que l'on consentirait, contractualiser le droit de la famille (en marche depuis longtemps) ; remplacer les sanctions venues d'en haut par des dommages et intérêts banalisés générés par une responsabilité banale que l'on tirera en droit français de l'article 1382 du Code civil.

Mais la famille est une structure collective, il n'y a point de collectivité utile qui se résume à l'addition d'égoïsmes individuels. Si tel devait être le cas, la famille, addition hédoniste, passagère et calculée d'intérêts, ne mériterait en aucune façon qu'on la considère comme destinataire de droits spécifiques. Elle serait alors devenue une structure de fait, sans intérêt juridique, dont le droit européen et national n'aurait plus à tenir compte.

Il reste, dans une Europe vieillissante où le droit en flèche est celui des incapables majeurs, à méditer cette vérité simple : les petits d'homme ne sont pas comme les chats, il leur faut un long moment (très long) pour accéder à la vie sociale et, sauf à ressusciter les folies utopistes dont Robespierre fut un des initiateurs modernes (après quelques utopistes) et les marxistes ou nazis les continuateurs, il faudra bien trouver autre chose pour les accueillir : la famille européenne modernisée et rénovée est à encore à inventer !

Jean HAUSER

² Où l'on voit un juge anglais qui, au nom de la libre circulation, valide une opération de procréation assistée contraire à la plupart des lois d'ordre public en présence : le commerce contre l'éthique... vaste programme, surtout si les spécialistes des deux disciplines s'ignorent superbement comme c'est le cas !

Convention européenne de sauvegarde des droits
de l'homme et des libertés fondamentales
Rome, 4 novembre 1950
(extraits)

Les gouvernements signataires membres du Conseil de l'Europe,
Considérant la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 ;
Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés ;
Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ;
Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ;
Sont convenus ce qui suit :

Article premier. - Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente convention.

TITRE 1

Art. 2. - Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

Art. 3. - Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Art. 4. - 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude.

2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :

- a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ;
- b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire ;
- c) tout service requis dans le cas de crise ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ;
- d) tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales.

Art. 5. - 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur décidée pour son éducation surveillée, ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1 c du présent article doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Art. 6. - 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

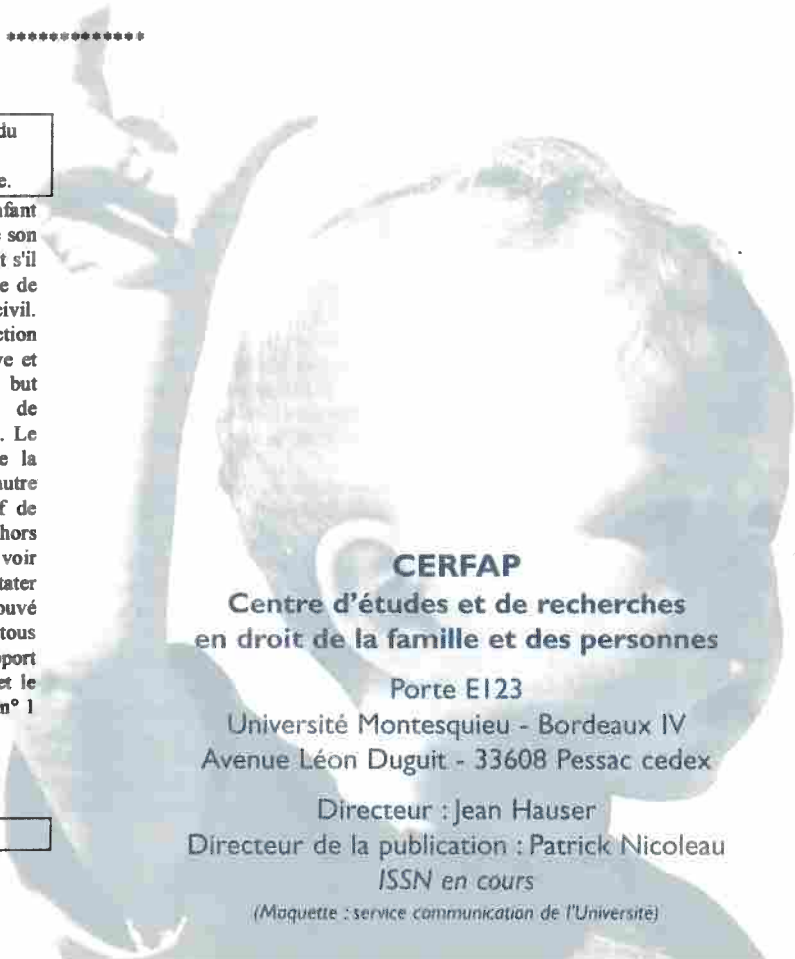
- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

- d) interroger ou faire interroger les témoins, à charge d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
 - e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.
- Art. 7. - 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.*
- 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droits reconnus par les nations civilisées.*
- Art. 8. - 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*
- 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*
- Art. 9. - 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.*
- 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*
- Art. 10. - 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*
- 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.*
- Art. 11. - Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.*
- L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.*
- Art. 12. - À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.*
- Art. 13. - Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.*
- Art. 14. - La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.*

Condamnation de la discrimination fondée sur l'article 760 du Code civil entre un enfant légitimé et un enfant adultérin. CEDH, 1^{er} févr. 2000, req. n° 34406/97 ; Mazurek c/ France.

La Cour constate que c'est en raison de sa condition d'enfant adultérin que le requérant a vu réduire de moitié, au profit de son demi-frère, la part de la succession à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant naturel ou légitime et que cette différence de traitement est expressément prévue par l'article 760 du Code civil. Au regard de l'article 14 de la Convention EDH, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or, la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

Crédit photographique : Stéphane Ferry



CERFAP
 Centre d'études et de recherches
 en droit de la famille et des personnes
 Porte E123
 Université Montesquieu - Bordeaux IV
 Avenue Léon Duguit - 33608 Pessac cedex
 Directeur : Jean Hauser
 Directeur de la publication : Patrick Nicoleau
 ISSN en cours
 (Maquette : service communication de l'Université)