

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit international

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 3 décembre 2015

LES FONDEMENTS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN DE LA FAMILLE



Université Panthéon-Assas

Lukas Rass-Masson

Sous la direction de : **Monsieur Yves LEQUETTE**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Membres du jury : **Monsieur Bertrand ANCEL**
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Hugues FULCHIRON
Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin)

Monsieur Jeremy HEYMANN
Professeur à l'Université de Lyon (Lumière)

Monsieur Marc-Philippe WELLER
Professeur à l'Université de Heidelberg

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*A Rose, Louise & Leopold.
A mes grands-parents.*

Remerciements

La fin de la thèse est l'aboutissement d'un long voyage intellectuel et humain dont jamais je n'aurais atteint la destination sans le soutien constant et l'aide précieuse de nombreuses personnes.

Je tiens dès lors à remercier, en tout premier lieu, mon directeur de thèse, Yves Lequette, qui par ses conseils avisés, sa disponibilité sans faille, sa patience, son regard critique, mais aussi par la liberté de pensée qu'il a su transmettre, a été un véritable pilier dans la conduite de ma recherche.

Je remercie également les membres du jury de soutenance, Bertrand Ancel, Hugues Fulchiron, Jeremy Heymann et Marc-Philippe Weller, d'avoir accepté de lire et d'évaluer mon travail et de lier ainsi, encore davantage, mon parcours scientifique au leur.

Mes remerciements vont aussi à l'ensemble des institutions et membres du personnel qui m'ont permis de bénéficier d'un cadre de travail toujours agréable et efficace, notamment Laurence Tacquard, au nom de l'ensemble de la « salle 102 », mais également le personnel des bibliothèques d'Assas et de Cujas, de l'Université libre de Bruxelles, du Palais de la Paix, de l'Université de Cologne et de l'Université d'Hong Kong.

Je veux remercier ensuite tous mes amis pour, parfois, avoir discuté avec moi de ma thèse – toujours de façon fructueuse -, mais surtout pour avoir, plus souvent, partagé avec moi d'indispensables moments de détente et de décontraction. Mes remerciements s'adressent spécialement à Auriane, Jonas, Kévin, Laure et Samuel pour leur très grande aide dans la dernière ligne droite de ma thèse.

Je remercie également Claude et Gerd, ainsi que mes grands-parents, mes parents, mes frères et sœurs et ma belle-famille, pour avoir toujours cru en moi et pour m'avoir constamment soutenu dans mon projet. Et aussi Rose, Louise et Leopold qui reconnaîtront sans doute un jour leur rôle dans l'élaboration de ma thèse.

Je remercie aussi toutes les autres personnes, collègues et amis qui ont contribué, bien des fois sans s'en rendre compte, à me permettre d'avancer continuellement dans mon travail.

Mais il y a surtout une personne dont l'importance est au-dessus de tout : mon épouse, Nathy. Lui dédier ce travail n'aurait pas été à la hauteur de son rôle. Sans sa présence à mes côtés, son soutien et son amour, il m'aurait été impossible d'arriver au terme de mon voyage. Tout comme je serais passé à côtés de toutes les étapes ayant fait de ce voyage une expérience unique et inestimablement précieuse qui mérite d'être racontée. C'est à elle que je dois tout.

Il ne m'appartient naturellement pas de me prononcer sur la valeur scientifique de mon travail. Je ressens cependant une fierté certaine de l'avoir terminé. Et j'espère que mon travail a du mérite au-delà de celui, déjà grand, d'être terminé. Mais je sais aussi que tout le mérite qu'il y a et qu'il peut y avoir dans mon travail, n'est pas le mien, mais est uniquement le sien.

Résumé :

Les situations familiales européennes correspondent aujourd'hui à une réalité incontestable qui se traduit, juridiquement, par l'émergence d'un véritable droit international privé européen de la famille, entendu comme l'ensemble des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois prévues par l'Union européenne pour s'appliquer aux relations familiales européennes. Face à la nouveauté de la matière et les incertitudes de ses concepts constitutifs, il est nécessaire de procéder à l'analyse des fondements du droit international privé européen de la famille, afin de mieux comprendre la matière et d'être capable de la faire progresser. L'étude de ces fondements révèle la nécessité de l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille qui mobilise toutes les méthodes du droit international privé, en les articulant efficacement autour du rôle central de la règle de conflit de lois, véritable pierre angulaire du système. Le droit de l'Union est actuellement loin d'un tel système d'ensemble. Il serait pourtant possible de surmonter la situation d'échec du droit de l'Union européenne par un droit international privé européen de la famille qui organise efficacement la pluralité des droits de la famille nationaux, tout en assurant l'effectivité des devoirs familiaux. Pour cela, le droit international privé européen doit intégrer la nécessité du respect des ordres juridiques nationaux et efficacement la mettre en œuvre par un système de droit international privé articulé autour d'une règle de conflit de lois conçue de façon à tenir compte de l'irréductible dimension nationale du droit de la famille. L'Union européenne, tout en proposant un droit international privé respectueux du concept de pluriel universel, pourrait ainsi (re-)découvrir l'identité pluraliste de l'unité dans la diversité. Et elle pourrait par-là faire émerger progressivement l'identité d'un véritable citoyen européen, qui s'épanouit et s'identifie dans la diversité des droits nationaux et dans la coordination harmonieuse de cette diversité, de façon, non seulement, à ce que chaque droit de la famille national soit le résultat d'un processus démocratique auquel les citoyens directement intéressés participent activement, mais aussi et surtout de façon à ce que chaque Etat membre puisse continuer à défendre ses valeurs nationales essentielles dans le contexte du fédéralisme européen.

Descripteurs :

droit international privé, droit de l'Union européenne, droit de la famille, histoire du droit international privé, droits de l'homme, fédéralisme européen, libre circulation des personnes, citoyenneté de l'Union, conflit de juridictions, conflit de lois, méthodes du droit international privé, reconnaissance, méthode de la reconnaissance, éléments de rattachement, résidence habituelle, nationalité, autonomie de la volonté, exception d'ordre public

Title and Abstract :

The Foundations of European Private International Family Law

European families are nowadays an undeniable reality. This reality is taken into account through the emergence of a genuine European private international family law, understood as the set of rules of conflict of jurisdictions and conflict of laws provided by the European Union to apply to European family relationships. Given the novelty of the subject and the uncertainty of its constituent concepts, it is necessary to analyse the foundations of European private international family law, in order to be able to better understand it and to enhance its operation. The study of these foundations reveals the need to develop a European private international family law that mobilizes all methods of private international law, effectively articulating them around the central role of the rule of conflict of laws, the real cornerstone of the system. The European Union is currently far from realising such a comprehensive and coherent system. Nonetheless it would be possible to overcome the failure of the current situation through the development of a European private international family law that effectively organises the plurality of national family rights, while ensuring the effectiveness of family duties. The European private international law should therefore incorporate the need to respect the national legal systems and effectively implement this respect through the elaboration of a system of private international law that is conceived around a rule of conflict of laws designed to take account of the inevitable national dimension of family law. The European Union, while offering a private international law respectful of the concept of a "pluriel universel", could hence (re-)discover the identity of the pluralistic unity in diversity. Thus, it could gradually let emerge the identity of a genuine European citizen, identifying herself and himself with the diversity of national laws and the harmonious coordination of this diversity, not only in order to protect the fact that each national family law is the result of a democratic process in which citizens directly concerned can actively participate, but especially in order to guarantee that each Member State can continue to defend its national core values in the context of European federalism.

Keywords :

Private international law, Law of the European Union, Family law, History of private international law, Human rights, European federalism, Free movement of persons, Citizenship of the Union, conflict of jurisdictions, conflict of laws, methods of private international law, recognition, method of recognition, connecting factors, habitual residence, nationality, party autonomy, public policy exception, ordre public.

Principales abréviations

Les abréviations utilisées sont les abréviations usuelles.

Voy. notamment, pour identifier celles-ci :

- la *liste d'abréviations en droit* du Syndicat national de l'édition (SNE) (http://www.u-paris2.fr/adminsite/objetspartages/liste_fichiergw.jsp?OBJET=DOCUMENT&CODE=1216212199178&LANGUE=0) ;
- la *liste d'abréviations* de la bibliothèque de l'Université Panthéon-Assas (http://www.u-paris2.fr/45446059/0/fiche_pagelibre/&RH=1197362140617) ;
- la *liste d'abréviations* du Service Commun de Documentation de l'Université Toulouse 1 Capitole (<http://resscd.univ-tlse1.fr/scd/abrev/>) ;
- la *liste d'abréviations* de la bibliothèque de droit de l'Université catholique de Louvain (<https://www.uclouvain.be/abjur.html>) ;
- la liste d'abréviations du Beck Verlag (« *Verzeichnis juristischer Abkürzungen* ») ; <http://www.beck-shop.de/verzeichnis-juristischer-abkuerzungen/SucheAbkuerzung.aspx>) ;
- le *Code de rédaction interinstitutionnel*, Annexe A4, Sigles et acronymes de l'Office des publications de l'Union européenne : (<http://publications.europa.eu/code/fr/fr-5000400.htm>) ;
- H. Kirchner, *Abkürzungen für Juristen: Alphabetisches Verzeichnis der Abkürzungen*, 2^o éd. revue, réimpression 2013, De Gruyter, Berlin, New York, 1992 ;
- l'application « *Jurica* » du Beck Verlag (disponible sur Google Play et le App Store).

Voy. également, plus généralement :

- la *liste de sites proposant la traduction des abréviations et acronymes les plus couramment utilisés dans les références juridiques* du site Jurisguide de l'Université Panthéon-Sorbonne (<http://jurisguide.univ-paris1.fr/ARTICLES/index.php?view=1&artid=136>) ;
- le *Guide des abréviations et des citations* (Publié sous la direction de P. Vandernoot 5^e édition, 2009, Wolters Kluwer, Waterloo ; accessible en ligne sous <http://www.legalworld.be/legalworld/guide-des-citations-et-references.html?LangType=2060>).

Sommaire

Introduction.....	1
<i>Partie 1 Les présupposés du droit international privé européen de la famille.....</i>	<i>30</i>
Titre 1 Le concept de droit international privé à travers l'Histoire : la quête du singulier universel et pluriel.....	33
Titre 2 Le concept de droit de la famille face aux enjeux contemporains.....	182
<i>Partie 2 Les objectifs du droit international privé européen de la famille.....</i>	<i>238</i>
Titre 1 L'objectif d'unité du statut familial	239
Titre 2 L'objectif de diversité des statuts familiaux.....	363
<i>Partie 3 Concevoir le droit international privé européen de la famille à l'aune de ses fondements théoriques et politiques.....</i>	<i>479</i>
Titre 1 Articuler le conflit de juridictions avec le conflit de lois	481
Titre 2 Assumer la dimension nationale du droit de la famille.....	613
Conclusion générale	747
Bibliographie	758
Table des annexes	811
Table des matières	812

Introduction

1. « Identité, natalité, légalité. L'Europe ne retrouvera son rayonnement qu'en rallumant leurs phares, les phares de la conscience, de la vie et du droit. »¹ C'est en des termes qui insistaient sur des enjeux majeurs du droit européen de la famille que Louise Weiss ouvrait la législature du premier Parlement européen élu au suffrage universel direct. En soulignant l'importance de la natalité et de la vie, deux phénomènes qui restent intrinsèquement liés à l'existence d'une famille, elle montrait déjà à quel point il était essentiel, pour la construction européenne, de s'intéresser au droit de la famille. L'idée était présente que la réalisation d'une union entre Etats européens, construite dorénavant sur la volonté du rapprochement des institutions européennes avec les peuples européens et la recherche de l'identification directe des citoyens nationaux au projet européen, passait nécessairement aussi par les familles européennes.

2. La réalité des relations familiales européennes. A cet égard, force est de constater que les familles européennes correspondent aujourd'hui à une réalité incontestable. 13,7 millions de citoyens de l'Union résident dans un Etat membre dont ils n'ont pas la nationalité², auxquels s'ajoutent les personnes ayant une double nationalité et les immigrés venant d'un Etat non membre de l'Union européenne. Il ne surprend dès lors guère qu'un nombre assez élevé des relations familiales a désormais une dimension européenne ou

¹ L. WEISS, *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*, en ligne : http://www.europarl.europa.eu/pdf/cardoc/0609/allocution_Mme_Weiss.pdf.

² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 - Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union » (COM/2014/0144 final), p. 5 ; en référence aux données Eurostat. Sur l'ensemble de la population de l'Union européenne, ce chiffre est mesuré (estimation provisoire de 508 millions d'habitants pour 2015 pour l'UE 28, 503 millions sans la Croatie, ce qui serait un total d'environ 2,7% de la population totale (hors Croatie) ; voy. pour l'ensemble des statistiques : <http://ec.europa.eu/eurostat/>). La proportion bien plus élevée de familles internationales (c'est-à-dire comprenant les étrangers hors Union européenne, qui est d'environ 13 % des mariages et des divorces) montre cependant que la famille est aussi un des lieux privilégiés de l'intégration des étrangers, car si au moment de la création de la relation familiale, un nombre relativement élevé de personnes sont encore étrangères, par la suite elles acquièrent souvent la nationalité de l'Etat où s'installe la famille.

internationale. A titre d'exemple, pour l'ensemble de l'Union européenne, pour l'année 2007, il était estimé que 13 % des mariages et des divorces comportaient un élément d'extranéité³. Les relations familiales internationales sont ainsi un phénomène qui depuis le XXe siècle connaît un essor indéniable, et il est assez naturel qu'au sein de l'Union européenne, la tendance des citoyens de l'Union à « se marier, faire des enfants, acquérir un bien, divorcer et décéder dans un État membre autre que celui où ils sont nés »⁴ soit renforcée, sur fond de libre circulation des personnes garanties par les traités fondateurs de l'Union européenne. Il est par ailleurs évident que cet essor entraîne la multiplication au sein de l'Union européenne des situations familiales qui présentent des liens de rattachement avec au moins deux Etats.

3. La prise en compte par le droit de l'Union. Ce phénomène ne pouvait évidemment laisser indifférents les différents acteurs du droit en général, et du droit international privé en particulier. Les études sur le sujet fleurissent à une vitesse au moins aussi importante que ne se développent ces relations familiales européennes, les colloques se multiplient, législateurs européen et nationaux, juges, avocats et notaires apportent tous leur pierre à l'édifice d'un système permettant de trouver des solutions juridiques adéquates aux difficultés que peuvent rencontrer les familles dont les membres profitent de la faculté qui leur est offerte de s'installer dans un autre Etat de l'Union.

4. Le cadre normatif. Historique. Il n'en reste pas moins que le droit communautaire, devenu droit de l'Union européenne, ne s'est intéressé que récemment au droit européen de la famille. Le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne ne prévoyait ainsi aucune réglementation particulière de droit international privé, et encore moins de droit de la famille⁵, et se contentait d'encourager la négociation entre les Etats membres en vue d'assurer « la simplification des formalités auxquelles sont

³ Voy. SEC(2011) 327 final, p. 12 et annexes IV et V. Il n'y a pas de données plus récentes à notre connaissance, et la Commission se réfère également à ces données dans sa communication précitée, « L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 - Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union » (COM/2014/0144 final).

⁴ COM/2014/0144, p. 5.

⁵ En dehors évidemment du débat sur la question de savoir si le traité de Rome comprenait des règles de conflit « cachées » à travers les principes dits du « pays d'origine » et de la « reconnaissance mutuelle » ; voy. sur ce point p. ex. J. von HEIN, « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », dans Franz Jürgen SÄCKER, Roland RIXECKER et Hartmut OETKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2015, n^{os} 93-95 ; et en matière de droit d'établissement des sociétés C. THOMALE, « Thomale : Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm », *NZG* 2011.33.1290-1294.

subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires »⁶, à travers la conclusion d'instruments interétatiques. A ce titre fut conclue une convention importante, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷, mais qui n'intéresse la matière familiale qu'à la marge⁸, l'état des personnes et les régimes matrimoniaux étant exclus de son champ d'application⁹. D'autres conventions furent élaborées et signées, mais n'ont jamais été ratifiées, dont notamment la Convention dite « Bruxelles II » du 28 mai 1998 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de nullité de mariage, de divorce et de séparation de corps¹⁰.

5. Le cadre général. Ces autres conventions n'ont pas été ratifiées, en raison de la « communautarisation » du droit international privé intervenue entre-temps. Après une première modification par le traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993¹¹, qui introduit la notion de « citoyenneté européenne », et qui définit la coopération judiciaire en matière civile comme un domaine d'intérêt commun pour les États membres de l'Union européenne¹², une étape supplémentaire et décisive fut franchie avec le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999¹³, qui « communautarise » la coopération judiciaire en matière civile en la transférant vers le premier « pilier », c'est-à-dire en l'insérant dans un nouveau titre IV relatif aux « politiques liées à la libre circulation des personnes »¹⁴. Ce traité prévoit également que l'« Union se donne pour objectif de maintenir et de développer l'Union en tant qu'*espace de liberté, de sécurité et de justice* au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes »¹⁵. A cet effet, le Conseil européen a adopté à Tampere en octobre 1999 un premier programme de travail dont la mise en œuvre s'est achevée en 2004¹⁶. Le

⁶ Voy. l'article 220 du Traité instituant la Communauté économique européenne.

⁷ Voy. le texte consolidé in *J.O.C.E.*, C 27, 26 janv. 1998, p. 1.

⁸ A travers notamment son article 5 : 2) sur la compétence en matière d'obligation alimentaire.

⁹ Voy. l'article 1 : 1) de la convention de Bruxelles.

¹⁰ Voy. *J.O.C.E.*, C 221 du 16 juillet 1998.

¹¹ Voy. *J.O.C.E.*, C 191 du 29 juillet 1992.

¹² Voy. l'article B, tirets 3 et 4 du traité de Maastricht.

¹³ *J.O.C.E.*, C 340 du 10 Novembre 1997.

¹⁴ Voy. notamment les articles 61, 65 et 67 TCE.

¹⁵ Article 2 du traité, c'est nous qui soulignons.

¹⁶ Voy. les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 ; et sur le bilan du programme de Tampere la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », Bruxelles, le 2.6.2004, COM (2004) 401 final.

4 novembre 2004, le Conseil a adopté un autre programme pluriannuel 2005-2010, dit « programme de La Haye »¹⁷, fixant les nouveaux objectifs dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce programme fut suivi du « programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens »¹⁸, couvrant la période 2010-2014, lui-même désormais suivi de deux documents de programmation, un premier élaboré sous l'égide de la Commission, « l'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union »¹⁹, et un second, pris par le Conseil, sous forme très sommaire de « conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice et certaines questions horizontales connexes »²⁰. Les efforts pour construire l'espace judiciaire européen ont notamment débouché sur l'adoption des règlements dits « Bruxelles I », désormais « Bruxelles I bis »²¹, « Rome I »²² et « Rome II »²³, qui constituent les « éléments constitutifs d'une partie générale

¹⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 – « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » (COM(2005) 184 final, JO C 236 du 24.9.2005). Ce programme a été assorti par le plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union européenne (JO C 198 du 12.8.2005).

¹⁸ « Le programme de Stockholm – une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » (JO C 115 du 4.5.2010, p. 1-38) ; accompagné du plan d'action « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens » – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010, COM(2010) 171 final du 20.4.2010, non publiée au Journal officiel).

¹⁹ COM/2014/0144 final, précité. Ce document peut être lu dans le contexte du programme de travail de la Commission pour l'année 2015, « Un nouvel élan » (COM(2014) 910 final) et les orientations politiques de M. Juncker pour la prochaine Commission européenne, « Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'Emploi, la Croissance, l'Équité et le Changement démocratique » (Discours d'ouverture de la session plénière du Parlement européen, Strasbourg, 15 juillet 2014 ; accessible sous : http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_fr.pdf).

²⁰ 2014/C 240/05, JOUE du 24.7.2014, C 240/13. A ce document, on peut ajouter le « Programme de dix-huit mois du Conseil (1^{er} juillet 2014 - 31 décembre 2015) », du 23 juin 2014, élaboré par les futures présidences italienne, lettone et luxembourgeoise et par la Haute Représentante, présidente du Conseil des affaires étrangères (ST 11258/14). Celui-ci prévoit notamment que « sur les questions relatives au droit de la famille, une attention particulière sera accordée à la proposition de réexamen du règlement Bruxelles II bis concernant le divorce, la séparation de corps et la responsabilité parentale. Les trois présidences s'efforceront de faire avancer les travaux sur un règlement en matière de régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (p. 59).

²¹ Dans un premier temps, la convention de Bruxelles de 1968 fut transformée en règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dit règlement « Bruxelles I » (JO L 12 du 16.1.2001, p. 1-23). Celui-ci a été refondu par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012, « Bruxelles I bis », concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (JO L 351 du 20.12.2012, p. 1-32).

²² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (JO L 177 du 4.7.2008, p. 6-16).

²³ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (JO L 199 du 31.7.2007, p. 40-49).

du droit international privé européen »²⁴. A ces règlements s'ajoute un corpus désormais très compact de règlements de procédure civile qui accompagne et complète ces règles de « pur » droit international privé²⁵. En sorte que, à l'instar du droit civil général²⁶, la pertinence d'un « code européen de droit international privé »²⁷ ou d'un « règlement Rome 0 »²⁸ est désormais ouvertement discutée.

6. Les résultats des programmes pluriannuels en matière familiale. En ce qui concerne plus spécifiquement la matière familiale, le programme de Tampere a donné lieu à deux règlements, à savoir le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000, dit « Bruxelles II », relatif à « la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs »²⁹, qui reprend très largement le texte de la convention Bruxelles II, et le règlement n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis »³⁰, qui remplace le précédent règlement et élargit son domaine d'application aux questions de responsabilité parentale, tout en laissant les règles sur la désunion du couple pratiquement inchangées. Les programmes de La Haye et de Stockholm se sont ensuite voulus très ambitieux au regard des objectifs relevant du droit

²⁴ U. MAGNUS, « Artikel 19 Rom I-VO », dans *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : Staudinger BGB - EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR IPR. Art 11-29 Rom I-VO ; Art 46 b, c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2)*, 14^e éd., tome VIII, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2011, spéc. p. 769, n° 6. C'est nous qui traduisons. Ce droit international privé européen se prolonge en droit des affaires, notamment par la Société européenne et le règlement insolvabilité.

²⁵ Constitué notamment par le règlement « signification », le titre exécutoire européen, la procédure européenne d'injonction de payer, le règlement « petits litiges », obtention des preuves et, à partir de 2017, la procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. Ce corpus est tellement dense que des manuels de procédure civile envisagent désormais ensemble le droit interne et le droit de l'Union européenne ; voy. p. ex. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., coll. Précis, Dalloz, Paris, 2014.

²⁶ Voy. sur cette question, parmi beaucoup d'autres, Franz WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un Code civil européen ?*, Ed. universitaires, Fribourg (Suisse), 1998 ; H. COLLINS, *The European Civil Code : The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008 ; S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008 ; Y. LEQUETTE, « Vers un code civil européen ? », (2003) n° 107-4 *Pouvoirs* 97-126 ; Y. LEQUETTE, « Le code européen est de retour », *Revue des contrats* 2011.3.1028 et s. (en réponse à la consultation publique suite au livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (ensemble des réponses consultables sous : http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm)).

²⁷ Marc FALLON, Paul LAGARDE et Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Textes issus des actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008 par l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé, Dalloz, Paris, 2009 ; Marc FALLON, Paul LAGARDE et Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Ouvrage reprenant les actes du colloque organisé à Toulouse les 17 et 18 mars 2011 par l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé, coll. Euroclio, Peter Lang, Bruxelles et a., 2011.

²⁸ Stefan LEIBLE et Hannes UNBERATH (dir.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? : Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, sellier european law publishers, Jena, 2013.

²⁹ *J.O.C.E.*, n° L 160 du 30 juin 2000, p. 19-36.

international privé européen de la famille. Autour de l'idée que « l'achèvement du programme de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale est d'une importance primordiale »³¹, ils ont cherché à étendre « la reconnaissance mutuelle [...] à des domaines encore non couverts mais essentiels pour la vie quotidienne, tels que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples »³², tout en ouvrant la réflexion de façon plus générale « sur la reconnaissance mutuelle dans les matières liées à l'état civil »³³ et la promotion de « la reconnaissance mutuelle des effets attachés aux actes d'état civil »³⁴. Ces programmes ont vu proliférer les projets de règlements touchant au droit international privé européen de la famille. Ont ainsi été adoptés le règlement sur la loi applicable au divorce, également appelé règlement « Rome III »³⁵, le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires³⁶ et le règlement n° 650/2012 sur les successions³⁷. Face aux retards pris dans la réalisation des autres projets relevant du droit international privé européen de la famille, retards qui révèlent d'importantes difficultés politiques pour trouver un consensus au sein du Conseil, le programme « post-Stockholm » a renoncé à lancer de nouvelles initiatives. L'objectif est désormais plus modestement de faire aboutir les projets encore en cours et de consolider la législation déjà adoptée³⁸.

7. Le cadre international. Aux règlements européens s'ajoutent en outre certaines conventions de La Haye applicables à tous les Etats membres de l'Union européenne, ou presque. Il s'agit en premier lieu des conventions du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, du 23 novembre 2007 sur le

³⁰ *J.O.C.E.*, n° L 338 du 23 décembre 2003, p. 1-29.

³¹ Point 9 du programme de La Haye.

³² Point 3.1.2. du programme de Stockholm.

³³ Par l'annonce pour l'année 2008 d'un livre vert sur la reconnaissance mutuelle dans les matières liées à l'état civil (voy. point 4.3 de l'annexe au programme de La Haye). Ce livre vert a finalement été publié le 12 décembre 2010 (COM(2010) 747 final).

³⁴ Point 3.1.2. du programme de Stockholm.

³⁵ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (*JO L* 343 du 29.12.2010, p. 10-16).

³⁶ Règlement (CE) n° 4/2009 sur les obligations alimentaires du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (*JO L* 7 du 10.1.2009, p. 1-79).

³⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 sur les successions du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (*JO L* 201 du 27.7.2012, p. 107-134).

recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille et du protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, auxquels il faut également ajouter, parmi les conventions plus anciennes les plus importantes, les conventions du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale³⁹. Et en matière d'état civil, il faut évidemment tenir compte des conventions pertinentes de la Commission internationale de l'état civil⁴⁰.

8. Les projets en cours. Si les textes du droit international privé européen de la famille sont déjà nombreux, ils n'empêchent que certains projets sont encore en cours d'adoption. Il en va notamment ainsi des propositions de règlements sur les régimes matrimoniaux⁴¹, les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés⁴² et la libre circulation des documents publics et actes d'état civil⁴³. Le règlement Bruxelles II *bis*⁴⁴ est également engagé dans un processus de révision, lancé par un rapport sur l'application du règlement⁴⁵, suivi d'une consultation publique⁴⁶ et assisté par un comité d'experts⁴⁷. L'achèvement de ce processus est programmé, de façon peu réaliste, pour la fin de l'année 2015⁴⁸.

³⁸ Le Conseil affirmant sans ambiguïté que « la priorité générale est désormais d'assurer la transposition cohérente, la mise en œuvre effective et la consolidation des instruments juridiques et des mesures existant » (point 3 des conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 (2014/C 240/05)).

³⁹ Sur tous ces instruments et leur état présent, voy. le site Internet, régulièrement mis à jour, de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net).

⁴⁰ Sur ces conventions, voy. le site Internet de la Commission internationale de l'état civil (www.ciec1.org).

⁴¹ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux du 16 mars 2011 (COM(2011)0126).

⁴² Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés du 16 mars 2011 (COM(2011)0127).

⁴³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 du 24 avril 2013 (COM/2013/0228).

⁴⁴ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (JO L 338 du 23/12/2003 p. 1-29).

⁴⁵ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 du 15 avril 2014 (COM(2014)225 final).

⁴⁶ « Consultation on the functioning of the Brussels IIa Regulation (EC 2201/2003) », questionnaire et informations pertinentes publiés sous : http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/140415_en.htm ; réponses publiées sous : <https://ec.europa.eu/eusurvey/publication/BXLIIA>.

⁴⁷ Groupe « Brussels IIa », (E03294), dont l'activité peut être suivie sur le Registre des groupes d'experts et autres entités similaires (<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/>).

⁴⁸ Conformément à l'appel à manifestation d'intérêt (« Call for expressions of interest with a view to setting up a group of experts on Brussels IIA Regulation (Council Regulation No. 2201/2003) »), accessible sous : http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/2015_brussels_ii_a_en.htm.

9. La jurisprudence. A ce droit textuel s'ajoute une jurisprudence quelque peu contrastée de la Cour de justice. Deux arrêts de principe sont véritablement fondateurs d'une ébauche de droit international privé jurisprudentiel que la Cour de justice déduit des exigences des traités. Il s'agit des arrêts *Grunkin et Paul*⁴⁹ et *Sayn Wittgenstein*⁵⁰. Mais ces arrêts laissent une large marge d'appréciation aux autorités européennes et nationales pour façonner le droit international privé. Ils n'ont pas été suivis non plus par des arrêts qui généraliseraient la solution au-delà de la seule question de la reconnaissance du nom, élément qui relève, strictement parlant, du statut personnel et non du statut familial. Ainsi, leur portée au regard du droit international privé de la famille est pour le moins incertaine. Tout comme pour un principe général de reconnaissance en droit international privé qui se dégagerait de l'article 8 de la Conv. EDH⁵¹, on attend ainsi encore une confirmation de la portée générale des solutions particulières énoncées jusqu'ici. A côté de ce droit jurisprudentiel général aux contours encore vagues existe cependant, en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit dérivé, une véritable jurisprudence naissante de droit international privé européen de la famille. Bien aidée par la procédure préjudicielle d'urgence, spécialement mise en place pour les questions les plus sensibles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵², la Cour de justice a ainsi pu commencer une activité d'interprétation régulière, notamment du règlement Bruxelles II *bis*. La précision des contours de la notion de résidence habituelle est un exemple parmi d'autres de la formation indéniable d'une jurisprudence européenne de droit international privé de la famille⁵³. A l'instar de la matière civile et commerciale internationale, dans laquelle les arrêts de la Cour de justice sont depuis longtemps une des

⁴⁹ Cour de justice, 14 oct. 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul* (AJDA 2008. 2327, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2009. 845, note F. BOULANGER ; AJ fam. 2008. 481, obs. A. BOICHE ; Rev. crit. DIP 2009. 80, note P. LAGARDE ; JDI 2009. 203, note L. D'AVOUT).

⁵⁰ Cour de justice, 22 déc. 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* (AJDA 2011. 264, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; Constitutions 2011. 332, obs. A. LEVADE ; RTD civ. 2011. 98, obs. J. HAUSER ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. PATAUT).

⁵¹ Qui se dégagerait notamment des arrêts de principe *Wagner* (CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c. Luxembourg*, AJDA 2007. 1918, chron. J.-F. FLAUSS ; D. 2007. 2700, note F. MARCHADIER ; *ibid.* 2008. 1507, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2007. 807, note P. KINSCH ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; JDI, 2008. 183, note D'AVOUT) et *Negreptontis* (CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *Negreptontis-Giannisis c/ Grèce*, D. 2012. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2011. 817, étude P. KINSCH), mais auxquels la CEDH a elle-même refusé la généralité en écartant expressément, dans l'affaire *Paradiso*, les principes qui s'en dégagent à l'égard de la reconnaissance de la filiation d'un enfant né à l'étranger par recours à une mère porteuse (CEDH 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; AJ fam. 2015. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.* 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE).

⁵² Voy. les articles 107 et s. du règlement de procédure de la Cour de justice du 29 septembre 2012 (J.O.U.E. L 265 du 29.9.2012).

⁵³ Et notamment les arrêts *A* du 2 avr. 2009, n° C-523/07, *Mercredi* du 22 déc. 2010, aff. C-497/10 PPU, et *C* du 9 oct. 2014, n° C-376/14 PPU.

sources essentielles de la matière⁵⁴, la cour de Luxembourg est et sera un des acteurs institutionnels primordiaux du droit international privé européen de la famille.

10. Le cadre normatif. Résumé. Il est donc indéniable qu'« il existe aujourd'hui un droit international privé européen de la famille »⁵⁵. Et même si l'adoption de certains règlements est en retard par rapport aux objectifs initiaux, il est possible d'esquisser ce à quoi ressemblera probablement dans un futur proche l'environnement normatif de la famille européenne. En ce qui concerne les règles de conflit de lois et de conflit de juridictions trouveront à s'appliquer les règlements Bruxelles II *bis*, probablement révisé, Rome III, n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, n° 650/2012 sur les successions et, à la condition assez probable qu'un accord soit trouvé au Conseil, les règlements sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. A ces règlements s'ajoutent des conventions internationales applicables au sein de l'Union européenne y compris pour les relations familiales purement européennes, au premier rang desquelles figurent les conventions de La Haye pertinentes. Ces textes devront être complétés pour certaines questions annexes relevant du droit civil commun, telles les questions d'une réparation civile ou des effets d'un contrat ou quasi-contrat, avec les règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II. Pour la procédure, il faudra en outre appliquer les règlements pertinents relatifs à la procédure civile européenne ou internationale. Les droits nationaux enfin garderont une importance capitale en fixant, d'un côté, l'ensemble du droit matériel de la famille et la très grande majorité des règles de droit international privé relatives à l'établissement et la validité des relations familiales, et, de l'autre côté, l'ensemble des règles nécessaires pour combler les lacunes laissées par le droit de l'Union et pour sa mise en œuvre concrète par les autorités nationales.

11. Définitions. Dresser l'inventaire des textes constitutifs du corpus du droit international privé européen de la famille ne permet évidemment pas de considérer que l'on en a donné une définition. Pour partir d'une définition très large, le droit international privé européen de la famille est constitué de l'ensemble des règles de droit international privé permettant de résoudre les difficultés soulevées par l'existence d'au moins un élément d'extranéité dans la relation familiale européenne. Mais cette définition doit être précisée.

⁵⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5e édition, LGDJ, Paris, 2015.

12. Droit international privé. Le droit international privé, dans l'acception française traditionnelle de la matière, couvre l'étude de quatre questions, à savoir le conflit de lois, le conflit de juridictions, la nationalité et la condition des étrangers. Inutile de dire que le champ de la matière est très vaste et que la question de sa limitation, en vue de proposer des résultats cohérents et compréhensibles, se pose inévitablement.

13. Inclusions. Conflit de lois et conflit de juridictions. Il convient dès lors d'emblée de limiter l'étude du droit international privé européen de la famille aux questions de conflit de lois et de juridictions⁵⁶. Le conflit de lois concerne l'ensemble de règles et de méthodes relatives à la détermination de la loi applicable à un rapport de droit pourvu d'un élément d'extranéité. Il constitue traditionnellement le cœur de la matière du droit international privé⁵⁷ et il serait inconcevable de mener une étude du droit international privé européen de la famille sans y inclure le conflit de lois. La question ne se pose en outre plus réellement, puisque les règlements les plus récents portent aussi sur « la loi applicable » et incluent donc des dispositions relatives au conflit de lois⁵⁸. Est-ce à dire qu'il aurait été possible de se limiter au conflit de lois et d'exclure le conflit de juridictions ? Le conflit de juridictions, auquel il faut désormais ajouter le conflit d'autorités – mais nous le considérerons comme inclus dans le concept de conflit de juridictions pour les besoins de notre étude⁵⁹ – concerne deux hypothèses en réalités bien distinctes. Il couvre ainsi à la fois les règles relatives à la détermination de la compétence internationale directe des tribunaux ou des autorités d'un Etat, ainsi que les règles relatives aux effets dans un Etat des décisions rendues par les tribunaux ou autorités d'autres Etats. L'Union européenne évoque à l'égard de la compétence internationale directe tout simplement « la compétence »⁶⁰, tandis qu'elle vise la question des effets des décisions étrangères sous les termes de « reconnaissance et [d]'exécution des

⁵⁵ P. LAGARDE, « Réflexions conclusives », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, Paris, 2014, spéc. p. 267- 276 à la page 267.

⁵⁶ Choix qui a également été effectué par Dominique Bureau et Horatia Muir Watt dans leur manuel et dont ils s'expliquent dans l'introduction générale ; voy. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome I*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 1- 25.

⁵⁷ D'autant que certains systèmes juridiques limitent le droit international privé à cette question, ce qui est notamment le cas des systèmes de *common law*, qui tiennent le terme de « *conflict of laws* » pour synonyme de « *private international law* » ; voy. not. L. COLLINS, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London, 2012, par. 1- 087 et s.

⁵⁸ Règlements n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, n° 650/2012 sur les successions et Rome III.

⁵⁹ Choix qui se justifie au regard des profondes parentés méthodologiques entre ces deux méthodes ; sur la notion de conflit d'autorités, voy. not. P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004.

⁶⁰ Voy. les règlements Bruxelles II *bis*, n° 4/2009 sur les obligations alimentaires et n° 650/2012 sur les successions.

décisions »⁶¹ et, au sujet de certains actes publics, d'« acceptation et [d]'exécution des actes »⁶². A ces règles, il convient d'ajouter le cas échéant des techniques de coopération internationale dont le but est de faciliter la mise en œuvre des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions⁶³. Face à l'importance prise par les règles de compétence et de reconnaissance et d'exécution dans les règlements européens, il ne serait donc pas justifiable d'exclure le conflit de juridictions. Le conflit de juridictions constitue en outre un élément clé de la mise en œuvre du droit international privé, que ce soit par les règles de l'instance directe ou de l'instance indirecte. Son influence sur la détermination de la loi applicable, c'est-à-dire le conflit de lois, ne saurait donc être négligée. L'étude du droit international privé européen inclut dès lors nécessairement les questions de conflit de lois et de conflit de juridictions, ainsi que la question de leurs rôles respectifs au sein du système commun.

14. Exclusions. Nationalité et condition des étrangers. L'exclusion des questions relatives à la nationalité et à la condition des étrangers se justifie plus aisément, ces deux matières n'étant pas considérées comme arbitrantes des questions de méthodes fondamentales du droit international privé⁶⁴. De nombreux droits étrangers n'entendent d'ailleurs pas le droit international privé comme incluant ces questions. Et de façon encore plus déterminante, les règlements européens de droit international privé de la famille y sont toujours indifférents. La question de la nationalité relève en effet de la seule compétence des Etats membres, sous la réserve que « les États membres doivent exercer leur compétence en matière de nationalité dans le respect du droit de l'Union »⁶⁵. Mais cette réserve ne saurait avoir pour conséquence d'attribuer une compétence à l'Union européenne dont elle ne dispose pas en vertu des traités. Si la question de « l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité » a été légitimement posée⁶⁶, la compétence d'attribution et de retrait de la nationalité reste une

⁶¹ Voy. les règlements Bruxelles II *bis*, n° 4/2009 sur les obligations alimentaires et n° 650/2012 sur les successions.

⁶² Voy. le règlement n° 650/2012 sur les successions.

⁶³ Voy. not. le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

⁶⁴ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, préc., note 56, spéc. p. 1.

⁶⁵ Voy. les arrêts *Micheletti* (CJCE, 7 juill. 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, Rec. I. 4239) et *Rottmann* (CJUE 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, C-135/08 ; et sur ce dernier *AJDA* 2010. 937, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *D.* 2010. 2868, obs. O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT et K. PARROT ; *Europe*. juin 2010. Étude 7. p. 5, note HEYMANN ; *Rev. crit. DIP* 2010. 540, note P. LAGARDE ; *RSC* 2010. 709, chron. L. IDOT ; *RTD eur.* 2010. 599, chron. L. COUTRON ; *ibid.* 617, chron. E. PATAUT ; *JTDE* 2010, n° 172, p. 245, N. CARIAT) ; voy. égal. S. CORNELOUP, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI* 2011.491 et s.

⁶⁶ S. CORNELOUP, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », précité.

compétence exclusive, quoique « non discrétionnaire »⁶⁷, des Etats membres de l'Union européenne⁶⁸. A supposer qu'il y ait un « droit européen de la nationalité »⁶⁹, celui-ci émanerait du Conseil de l'Europe⁷⁰ et trouverait sa source notamment dans la Convention du Conseil de l'Europe du 6 novembre 1997 sur la nationalité⁷¹. C'est donc ici l'absence de règles émanant de l'Union européenne qui justifie l'exclusion du droit de la nationalité du champ de notre étude. La question de la condition des étrangers quant à elle constitue une branche importante du droit matériel de l'Union européenne et l'Union européenne couvre ce domaine par un abondant corpus de droit dérivé qui est à la fois trop vaste et dont l'objet et les finalités sont trop éloignés des enjeux traditionnels du droit international privé pour pouvoir être intégré dans notre étude⁷². Il ne faut cependant pas négliger que les questions de nationalité et de condition des étrangers peuvent avoir une influence sur l'acceptation et le fonctionnement des mécanismes de conflit de lois et de conflit de juridictions, voire du droit de la famille en général, et que, à ce titre, une prise en compte de questions relevant à titre principal de la condition des étrangers ou de la nationalité s'imposera parfois.

15. Limité aux conflits de lois et de juridictions, le champ de l'étude n'en reste pas moins considérable. Si ce champ ne peut être suffisamment limité par les méthodes de droit international privé qu'il convient d'analyser, il faut alors se demander s'il ne pourrait éventuellement être limité matériellement.

16. De la famille. Une définition du concept de famille semble en l'état actuel de la société et du droit de la famille une chose très difficile, voire impossible. Les changements sociologiques contemporains sont tellement profonds que l'une des rares certitudes est celle que « la famille [est] en mutation »⁷³. Ces mutations contemporaines du concept de famille rejaillissent alors nécessairement sur le concept de droit de la famille, et par voie de

⁶⁷ S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, 1re éd., coll. Thémis., Presses universitaires de France, Paris, 2015, spéc. p. 64.

⁶⁸ *Ibid.*, spéc. p. 63- 67.

⁶⁹ C. DAADOUCHE, « Vers un droit européen de la nationalité ? », (2001) n° 49-2 *Plein droit* 18.

⁷⁰ Sur les activités, normatives et non normatives, du Conseil de l'Europe en matière de nationalité, voy. le site Internet du Conseil de l'Europe (www.coe.int/nationality).

⁷¹ Convention du Conseil de l'Europe STE n° 166 (accessible sous <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/166.htm>) ; en vigueur dans vingt Etats membres du Conseil de l'Europe (Source : Bureau des Traités sur : <http://conventions.coe.int>).

⁷² Voy sur ces questions, vis-à-vis du droit des étrangers, p. ex. S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, préc., note 67, spéc. p. 269- 282.

⁷³ René SEVE et Dominique LASZLO-FENOUILLET (dir.), *La famille en mutation*, coll. Archives de philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2014.

conséquence sur le droit international privé de la famille. Le droit de la famille doit ainsi composer avec le fait que la famille est désormais une « notion incertaine »⁷⁴. Cette incertitude a par ailleurs provoqué « une crise de la famille »⁷⁵ qui risque de conduire à une véritable « anomie de la famille »⁷⁶. Face à cette situation il est évident qu'il y a un enjeu majeur dans la question de la définition du droit de la famille si l'on veut que celui-ci soit conçu comme un droit ayant un sens particulier vis-à-vis des autres branches du droit civil. Mais il n'est guère possible de répondre à une telle question sans un véritable effort de réflexion. Et, compte tenu de l'importance fondamentale de cette question et de son inévitable influence sur la conception des règles de droit international privé européen de la famille, il ne serait pas justifié d'exclure la question du sens du droit de la famille de l'objet de la présente étude. Il ne nous paraît donc pas possible de définir la famille à ce stade-ci de la réflexion. Et cela d'autant plus que la notion de famille est désormais concurrencée par celle de « vie familiale »⁷⁷ et que cette dernière peut reposer simplement sur une vie familiale « de fait »⁷⁸. L'aspiration individuelle à voir reconnu un lien interindividuel peut ainsi suffire à caractériser une situation, pourtant non prévue par le droit de la famille, comme étant de nature familiale. Il n'est donc pas possible de procéder autrement que de se contenter ici d'une vague description de la famille, d'après laquelle celle-ci renvoie à cette idée incertaine d'un « groupe de personnes unies par des liens interindividuels »⁷⁹, ces liens étant constitués par « des rapports de parenté et d'alliance »⁸⁰ qui reposent sur des concepts de filiation et d'union eux-mêmes incertains et en profonde mutation. Le droit de la famille est alors le droit applicable à ces « liens interindividuels de famille »⁸¹, sans que l'on puisse dire avec précision, faute de véritable « cadre de référence »⁸², ce que sont ces liens familiaux.

17. Inclusions. Relations patrimoniales et extrapatrimoniales. La tentative de définition du droit de la famille se prolonge par la question de savoir si l'élément caractéristique de la famille ne serait pas la nature extrapatrimoniale des liens interindividuels en cause. L'étude pourrait ainsi être limitée à ces seules relations extrapatrimoniales. D'autant

⁷⁴ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, 3e édition, coll. Cours Dalloz., Dalloz, Paris, 2013, spéc. p. 11.

⁷⁵ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, 4e édition, Répertoire Defrénois, Paris, 2011, n° 95.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voy. l'art. 8 de la Conv. EDH.

⁷⁸ Notion désormais constamment utilisée par la CEDH, comme p. ex. dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* (requête n° 25358/12), précitée.

⁷⁹ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, préc., note 74, n° 12.

⁸⁰ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 4.

⁸¹ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, préc., note 74, n° 13.

que le législateur européen a cherché à imposer une telle acception purement personnelle de la notion de droit de la famille. Pour le règlement n° 650/2012 sur les successions, il a en effet considéré qu'en raison de la nature particulière de la matière et sa dimension essentiellement patrimoniale, la base juridique des traités à retenir n'était pas celle relative aux aspects touchant le droit de la famille, mais la base juridique générale de la matière civile et commerciale⁸³. Sans pouvoir entrer dans le détail ici, ce choix est pourtant pour le moins surprenant. Premièrement, en ce qui concerne la matière même du droit des successions, parce que « la famille est un des termes incontournables de la discussion relative aux fondements du droit des successions »⁸⁴ et parce qu'« il est avéré que la famille est un fondement nécessaire du droit de successions »⁸⁵. C'est ainsi que l'on a traditionnellement toujours considéré que le droit des successions est « en quelque sorte, un droit de famille prolongé »⁸⁶ et que les matières qui en relèvent « ont un lien si étroit avec les droits de la famille, qu'elles peuvent en être considérées comme l'émanation »⁸⁷. Le caractère familial des successions est d'ailleurs tellement évident qu'il n'échappe à personne⁸⁸, y compris la Commission elle-même, qui sur son site Internet ne traite pas des successions au titre des « questions civiles et commerciales », mais ensemble avec les « questions familiales »⁸⁹... Deuxièmement, il serait injustifiable d'interpréter la notion de « mesures relatives au droit de la famille »⁹⁰ dans le but principal d'échapper à la règle de l'unanimité prévue par les traités⁹¹. La Commission avait

⁸² P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 95.

⁸³ C'est-à-dire l'article 81, paragraphe 2, point c), du TFUE, mais en ignorant le paragraphe 3 du même article applicable aux « mesures relatives au droit de la famille ». L'instrumentalisation de la base juridique est évidente, puisque de cette façon il n'était plus nécessaire d'obtenir l'unanimité au Conseil. Il en va de même pour la proposition circulation actes d'état civil, avec le choix pour cette proposition de l'article 20 TFUE comme base juridique.

⁸⁴ S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 37.

⁸⁵ *Ibid.*, même si « les fondements [du droit des successions] sont à rechercher tout autant du côté de la famille que de celui de la propriété » (*ibid.*, spéc. p. 144).

⁸⁶ A. F. SCHNITZER, *De la diversité et de l'unification du droit : aspects juridiques et sociologiques*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1946, spéc. p. 46.

⁸⁷ Voy. déjà P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *Journal du Droit International* 1874.221-239 et 285-304, spéc. p. 295. Il vise « le droit de succession légitime, l'ordre de succession et les personnes capables de succéder, les limites de la quotité disponible et les conditions de validité intrinsèque des actes de dernière volonté ».

⁸⁸ Pour ne prendre qu'un exemple, un auteur a accueilli le règlement en affirmant que « le temps où l'on pouvait affirmer que l'Union européenne ne s'intéressait pas au droit de la famille est définitivement révolu » ; L. IDOT, « Un nouvel exemple d'incursion du droit de l'Union européenne en droit international de la famille : le régime des successions transfrontières », *Europe* 2012.Focus 46.

⁸⁹ Voy. les rubriques listées sous http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/index_fr.htm.

⁹⁰ Art. 81, para. 3 TFUE.

⁹¹ *Ibid.*

déjà entrepris une telle tentative de contournement des traités pour le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires⁹², mais sans succès dans ce domaine. Outre le caractère injustifiable d'une violation manifeste des stipulations très claires du TFUE, une telle approche du droit de la famille conduirait en effet à un morcellement de la matière qui risquerait de mettre à mal la cohérence de l'ensemble de la matière⁹³. D'autant qu'il serait, comme un auteur l'a très justement souligné, « pour le moins paradoxal que le droit international privé de la famille puisse prendre son essor... à condition de ne pas être considéré comme du "droit de la famille" »⁹⁴. Le droit patrimonial de la famille doit donc être considéré comme relevant du droit international privé européen de la famille. S'il en allait autrement, celui-ci se limiterait à un champ d'étude particulièrement étroit, seuls étant concernés, vis-à-vis du droit de l'Union européenne, les règlements Bruxelles II *bis* et Rome III. Ce champ d'étude serait en outre en décalage avec le contexte normatif européen, qui s'étend également au règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, au règlement n° 650/2012 sur les successions et aux propositions de règlements sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Il ne correspondrait pas non plus aux enjeux de la matière, car il est évident que les relations familiales comportent une dimension patrimoniale qui est essentielle pour les personnes concernées. Le législateur européen semble en avoir pris conscience, l'ensemble des textes susmentionnés, à l'exception du règlement n° 650/2012 sur les successions, se fondant sur la base juridique de l'article 81 TFUE qui concerne les « aspects touchant au droit de la famille ». Cela n'a cependant pas empêché la Commission de proposer une base juridique novatrice en matière de droit international privé pour la proposition sur la libre circulation des documents publics⁹⁵, en ne fondant pas celle-ci sur l'article 81 TFUE⁹⁶, ni même un autre article relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁹⁷, mais sur l'article 20 TFUE⁹⁸. La nécessité de

⁹² Communication de la Commission au Conseil invitant le Conseil à rendre l'article 251 du Traité instituant la Communauté européenne applicable aux mesures prises en vertu de l'article 65 du Traité en matière d'obligations alimentaires, COM (2005) 648 final, 15 décembre 2005. Voy. égal. C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D* 2006.1259, n° 3.

⁹³ P. GUEZ, « L'avenir du droit européen : le droit de la famille. Chronique de droit européen n° IX », *Petites affiches* 2006.221.13 et s., n° 4.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ COM/2013/0228, précité. Encore que le contenu tellement limité de cette proposition permettrait de soutenir qu'elle ne relève pas du droit international privé, mais la base juridique limiterait alors le contenu et les ambitions du texte...

⁹⁶ Qui concerne la « coopération judiciaire en matière civile ».

⁹⁷ Tel p.ex. l'article 67 TFUE qui introduit le titre V du TFUE sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice ou l'article 74 TFUE en vertu duquel « le Conseil adopte des mesures pour assurer une coopération administrative

garder une vision d'ensemble cohérente de la matière requiert pourtant d'y intégrer toutes les règles qui pourraient avoir une incidence directe sur la validité et les effets patrimoniaux ou extrapatrimoniaux des relations familiales européennes⁹⁹. Cette nécessité implique donc d'inclure la question de la circulation et de la reconnaissance des actes d'état civil, indépendamment de la base juridique choisie par la Commission, tout comme doivent être traités le droit extrapatrimonial et le droit patrimonial de la famille.

18. Même restreint au droit international privé de la famille, le champ matériel de l'étude reste donc particulièrement vaste. Ce qui soulève la question de la pertinence d'une limitation géographique du champ de l'étude.

19. Européen. Pour les besoins de l'étude du droit international privé européen de la famille, l'adjectif « européen » vise tout ce qui est relatif à l'Union européenne. Il intervient donc en substitution du terme « communautaire » qui était encore utilisé avant le traité de Lisbonne. En toute rigueur, il aurait certes fallu remplacer le terme « communautaire » par « de l'Union »¹⁰⁰, mais un tel choix aurait rendu le titre presque illisible. Il n'est pas possible non plus de créer un adjectif correspondant à cette nouvelle terminologie, contrairement à d'autres langues, comme par exemple en allemand par le recours à l'adjectif « unionsrechtlich »¹⁰¹. Dans le prolongement de Georges Scelle, qui par l'adjectif

entre les services compétents des États membres dans les domaines visés par le présent titre [de l'espace de liberté, de sécurité et de justice], ainsi qu'entre ces services et la Commission ».

⁹⁸ Qui constitue l'article fondamental instituant la citoyenneté de l'Union.

⁹⁹ Même si certaines exclusions du champ du droit international privé européen de la famille peuvent être justifiées, notamment pour les questions de droit social ou de droit fiscal, puisque ces questions relèvent principalement du droit public. Sur les aspects de fiscalité internationale, voyez notamment de façon sommaire, H. PÉROZ et É. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, Paris, 2010, spéc. p. 377-400.

¹⁰⁰ Voy. l'article 2., 2) a) du traité de Lisbonne : « Dans tout le traité [...] les mots « la Communauté » ou « la Communauté européenne » sont remplacés par « l'Union », les mots « des Communautés européennes » ou « de la CEE » sont remplacés par « de l'Union européenne » et l'adjectif « communautaire » est remplacé par « de l'Union » [...] » ; voy. égal. *Guide de légistique, n° 4.1.3 : Rédaction des textes de transposition des directives de l'Union européenne, Annexe 1 : Terminologie, point 1 : Changements intervenus à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009*, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/IV.-Regles-propres-a-certaines-categories-de-textes/4.1.-Textes-internationaux-et-de-l-Union-europeenne/4.1.3.-Redaction-des-textes-de-transposition-des-directives-de-l-Union-europeenne#ancree19582_0_10_1_1>.

¹⁰¹ Voy. pour quelques exemples A. DUTTA, « Vorbemerkung zu Art. 1 EuErbVO », dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 10, Internationales Privatrecht, 6^e éd., C.H. Beck, Munich, sect. 8 qui évoque la « Unionsrechtliche Kompetenzgrundlage » ; Voy. LIPP, « Art. 10 EGBGB Name », dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6^e éd., Bd. 10, Internationales Privatrecht, C.H. Beck, Munich, 2015, sect. 204, qui évoque la « unionsrechtliche Pflicht zur « Anerkennung » eines ausländischen Namens » ; M. ZOPPEL, *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, qui reprend le terme dans son sous-titre. Et le recours au terme

« européen » visait déjà le « fédéralisme européen de l'Europe occidentale »¹⁰², le droit international privé de la famille dont il est question ici est donc celui de la partie de l'Europe qui s'est regroupée au sein de l'Union européenne¹⁰³. En est exclu par conséquent le droit du Conseil de l'Europe, notamment celui résultant de la Conv. EDH et de son système juridictionnel, même si les effets de ce droit européen-là – au sens large – sur le droit de l'Union européenne – droit européen au sens de la présente étude – entrent évidemment dans le champ de l'analyse du droit international privé européen de la famille. Il importe cependant de préciser que tous les Etats membres de l'Union européenne ne sont pas concernés de la même façon par le droit international privé européen de la famille, puisqu'au regard du droit dérivé, qui constitue désormais la source principale du droit international privé européen de la famille, deux Etats membres bénéficient, par la technique du « *opt-in* », de la possibilité de ne pas y participer¹⁰⁴, tandis qu'un troisième en est, pour le moment encore, juridiquement exclu¹⁰⁵. Une complication supplémentaire résulte de ce que le règlement Rome III a été adopté en application de la technique de la coopération renforcée et ne s'applique dès lors qu'aux Etats membres qui y participent¹⁰⁶. Le terme européen visera donc le droit de l'Union européenne, tout en sachant que le champ d'application de ce droit ne couvre pas nécessairement l'ensemble de l'Union européenne, mais en fonction de son objet parfois seulement quinze¹⁰⁷, vingt-cinq¹⁰⁸, vingt-six¹⁰⁹ ou vingt-sept¹¹⁰ de ses Etats membres.

« unioniste » nous semble doublement exclu en ce qu'il a une forte connotation politique et en ce que, par le suffixe « iste », il suggère une radicalité et une absoluité qui sont inadaptées face au contexte du droit de l'Union européenne.

¹⁰² G. SCHELLE, *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Année 1952, fasc. n° 4, Publications du Centre européen universitaire de Nancy, Département des sciences politiques, Nancy, 1952, spéc. p. 34.

¹⁰³ Pour un choix identique, voy. p. ex. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010, spéc. p. 8.

¹⁰⁴ Royaume-Uni et Irlande.

¹⁰⁵ Le Danemark, même si celui-ci est *de facto* intégré à un grand nombre de règlements de droit international privé européen de la famille. Il devrait en outre se prononcer sous peu par référendum sur la fin de ce système d'*opt-out* et pour la possibilité d'aligner son régime sur celui du Royaume-Uni et de l'Irlande ; voy. not. « Denmark lays foundation for ending EU opt-out - The Local », *the local dk* (17 mars 2015), en ligne : <<http://www.thelocal.dk/20150317/denmark-lays-foundation-for-eu-opt-out-referendum>> ; « New Danish government calls referendum on EU Justice opt-out », *EurActiv | EU News & policy debates, across languages* (29 juin 2015), en ligne : <<http://www.euractiv.com/sections/elections/new-danish-government-calls-referendum-eu-justice-opt-out-315811>> ; « Danish parties agree to hold EU referendum by March 2016 », *Reuters* (17 mars 2015), en ligne : <<http://www.reuters.com/article/2015/03/17/us-denmark-eu-referendum-idUSKBN0MD18320150317>>.

¹⁰⁶ Quinze à l'heure actuelle, depuis la décision 2012/714/UE de la Commission confirmant la Lituanie comme Etat participant à côté de la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovaquie (voy. pour plus d'informations : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_fr.htm).

¹⁰⁷ Cas du règlement Rome III.

¹⁰⁸ Cas du règlement n° 650/2012 sur les successions.

¹⁰⁹ Cas du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

20. Inclusion. Relations familiales intra-européennes. La définition du terme « européen » permet de limiter plus précisément le sujet. Les relations familiales analysées seront ainsi les relations « européennes », ce qui est le cas lorsque la relation présente des points de contact avec les ordres juridiques d'au moins deux Etats membres de la Communauté. Il peut donc s'agir d'une relation familiale qui se rattache à deux ou plusieurs ordres juridiques d'Etats membres¹¹¹, auquel cas la relation est « simplement intra-européenne », ou qui se rattache en même temps à au moins deux ordres juridiques d'Etat membres et à un ou plusieurs ordres juridiques d'un Etat tiers, auquel cas la relation est « partiellement intra-européenne », puisqu'elle est à la fois « intra-européenne » et « extra-européenne ».

21. Exclusions. Relations familiales purement internes et extra-européennes. En tout état de cause, il ne s'agira, pour les besoins de notre étude, ni d'une relation familiale « purement interne », qui n'intéresse que l'ordre juridique national auquel la situation se rattache exclusivement, ni d'une relation « purement extra-européenne », qui ne crée de conflit qu'entre l'ordre juridique d'un seul Etat membre et un ou plusieurs ordres juridiques d'Etat tiers. Cela ne signifie pas que l'Union européenne n'ait pas vocation à prévoir les règles applicables à ces relations familiales extra-européennes, mais c'est là une question distincte de celle que nous traitons ici. Les enjeux sont en effet très différents en ce qui concerne les rapports au sein de l'Union européenne et les rapports entre l'Union européenne et les Etats tiers. L'exclusion se justifie d'autant plus que la question des relations avec les Etats tiers est sujette à une jurisprudence et une réflexion doctrinale très nourries¹¹².

22. Droit international privé européen de la famille. Il est possible dès lors de définir le droit international privé européen de la famille comme l'ensemble des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois prévues par l'Union européenne pour s'appliquer aux relations familiales européennes.

¹¹⁰ Cas des règlements Bruxelles II *bis* et n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹¹¹ « Etat membre » au sens variable que nous venons de définir, c'est-à-dire « les Etats membres participants » (article 3, point 1 du règlement Rome III), « tous les États membres à l'exception [de ceux auxquels le règlement ne s'applique pas] » (article 2, point 3 du règlement Bruxelles II *bis*) ou « tous les États membres auxquels le [...] règlement s'applique » (article premier, point 2 du règlement obligations alimentaires).

¹¹² Et qu'il faut pour cette raison réserver à des analyses consacrées plus spécialement à cette question.

23. Précision. Le choix du droit international privé. Cette définition s'accompagne d'une précision importante. Le recours au droit international privé ne s'impose en effet pas *a priori* pour résoudre les difficultés liées à l'internationalité ou à l'« européanité » des relations familiales. La voie du droit international privé est cependant celle prévue par les traités¹¹³. L'Union européenne ne dispose ainsi que d'une base juridique, au demeurant fort discutée par le passé¹¹⁴, pour les questions de droit international privé et non pour le droit matériel de la famille. Cela n'empêche cependant pas que la pertinence de ce choix fait partie des interrogations de la présente étude, qui couvrira donc également l'hypothèse de l'élaboration éventuelle, par les instances européennes, d'un droit matériel de la famille en lieu et place du droit international privé de la famille.

24. Les méthodes du droit international privé et le droit de l'Union européenne. Le droit international privé européen de la famille couvre donc l'ensemble des règles de l'Union européenne qui concernent « la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions »¹¹⁵. L'Union européenne est familière avec ces trois catégories de règles, qui se retrouvent à des titres divers dans les traités¹¹⁶ et qui font aujourd'hui partie intégrante du droit positif de l'Union européenne. Par le passé, certaines réserves quant au maintien de cette diversité de méthodes en droit international privé de l'Union européenne ont été émises face à l'éventualité du remplacement du droit international privé traditionnel par le principe de reconnaissance¹¹⁷. Mais cette éventualité a suscité une réaction forte en doctrine en faveur de l'élaboration d'un « vrai » droit international privé commun au niveau de l'Union européenne qui n'est pas restée lettre morte. Le principe de reconnaissance mutuelle d'origine jurisprudentielle est resté ainsi, sinon embryonnaire, du moins cantonné à l'état personnel. Et le droit dérivé a recours à l'ensemble des méthodes du droit international privé. Même s'il

¹¹³ Et notamment l'art. 81 TFUE.

¹¹⁴ Voy. notamment sur les graves doutes sur la pertinence et la légalité de l'intervention du législateur européen en matière de droit international privé la discussion très animée suite à la « L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit : Lettre ouverte au Président de la République », *JCP G* 2006.act. 586 dénonçant l'excès de pouvoir dont serait entachée la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; la « Contre-lettre », *JCP G* 2007.act. 18 ; et enfin l'explication donnée par Voy. HEUZE, « L'honneur des professeurs de droit », *JCP G* 2007.I. 116.

¹¹⁵ Termes que l'on retrouve désormais classiquement dans les titres des règlements de droit international privé européen.

¹¹⁶ Notamment à l'art. 81, para. 2, points a) et c) du TFUE.

¹¹⁷ Dès 2001 not. par E. JAYME et C. KOHLER, « Europäisches Kollisionsrecht 2001 : Anerkennungsprinzip statt IPR? », *IPRax* 2001.501-514. Ces auteurs ont également exprimé l'inquiétude que l'Union européenne fasse du droit international privé sans le vouloir, tout en étouffant dans l'œuf toute réflexion sur les questions fondamentales du droit international privé par la référence au principe du pays d'origine (*ibid.* p. 504).

visé à favoriser la reconnaissance des décisions et de certains actes publics, il assortit cette reconnaissance de garanties qui combinent la méthode de la reconnaissance avec les deux autres méthodes du droit international privé. Le droit dérivé conditionne ainsi la reconnaissance mutuelle tantôt par l'adoption de règles de compétence directe¹¹⁸, tantôt par l'adoption commune de règles de compétence directe et de règles de conflit de lois¹¹⁹. Face à cette situation, l'objectif de la présente étude est nécessairement de procéder à une analyse critique de ces méthodes dans le cadre du droit de la famille de l'Union européenne.

25. L'exigence d'articulation des méthodes. L'étude des méthodes de droit international privé en droit de l'Union européenne est de nature à apporter des précisions importantes sur la conception même de la matière du droit international privé. Il est acquis en effet que les règles de droit international privé donnent aujourd'hui lieu à des mutations méthodologiques profondes¹²⁰, en sorte que l'une des rares certitudes de la matière est celle de la multiplicité et de l'évolution de ses méthodes constitutives. Face à cette multiplicité se fait sentir un réel besoin d'articulation, au sens d'« organisation en éléments distincts contribuant au fonctionnement d'un ensemble »¹²¹. Cette articulation concerne en tout premier lieu les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions, qui constituent le cœur du droit international privé. Ces règles trouvent en effet leurs origines dans une cause commune, qui est l'internationalité du rapport de droit en question, et concourent à un même objectif, qui est celui d'apporter une réponse adéquate aux difficultés nées de l'internationalité du rapport de droit. Elles contribuent à ce titre au fonctionnement d'un même ensemble, qui est en l'occurrence celui du droit international privé européen de la famille. Face à cette situation, l'objectif de la présente étude aurait pu être de procéder à une analyse critique de l'articulation de ces méthodes, ce qui était d'ailleurs le sujet initial de recherche que nous avons choisi pour appréhender la matière du droit international privé européen de la famille.

26. Les incertitudes des concepts. Une fois posée la question de l'articulation du conflit de lois et du conflit de juridictions en droit international privé européen de la famille et les premiers éléments de réponse apportés, des doutes s'immiscent cependant dans la réflexion. Ce travail ne repose-t-il en effet pas sur des présupposés qui sont loin d'être établis ?

¹¹⁸ Voy. le règlement Bruxelles II *bis*.

¹¹⁹ Ou en conditionnant la reconnaissance à l'existence de règles de conflit de lois communes. Voy. sur ces points les règlements 4/2009 sur les obligations alimentaires et 650/2012 sur les successions.

¹²⁰ Voy. not. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, préc., note 56, spéc. p. 603-715.

L'analyse de l'articulation des méthodes aurait impliqué d'apprécier la pertinence de ces méthodes face aux besoins généraux inhérents à tout système de droit international privé de la famille et aux besoins spéciaux inhérents au système européen. Mais quels sont ces besoins ? A ce stade-ci du raisonnement et en l'état actuel de la réflexion sur le droit international privé européen de la famille, il paraît impossible de répondre à cette question. Le droit international privé européen de la famille s'inscrit en effet dans un contexte normatif et scientifique marqué par trop d'incertitudes pour qu'une réponse simple, dépourvue de démonstration, soit possible.

27. Le besoin de conceptualisation. La question des fondements. Il est au contraire nécessaire de chercher à comprendre ce que recouvrent le concept de droit international privé européen de la famille et ses notions constitutives. Il faut dans un premier temps bien comprendre à quels enjeux cette matière doit répondre, de saisir ce qui peut, en fin de compte, justifier son existence, voire plaider en faveur de sa disparition. Autrement dit, il faut en tout premier lieu procéder à l'étude des fondements du droit international privé européen de la famille. Pour reprendre la définition courante du terme « fondement », la question des fondements est celle de la « base, [de l']élément essentiel sur lequel s'appuie tout le reste »¹²², ou, plus largement, celle des « principes sur lesquels se fonde un système »¹²³. Ce n'est donc qu'une fois que seront analysés les éléments et principes fondateurs du droit international privé européen de la famille que l'on pourra véritablement s'interroger sur la façon de concevoir concrètement la matière.

28. Problématique. Le « pourquoi » pour concevoir le « comment ». L'étude des fondements est ainsi indispensable pour être capable de comprendre correctement cette nouvelle matière juridique émergente qu'est le droit international privé européen de la famille. La connaissance critique des fondements est en effet primordiale pour saisir les objectifs et les enjeux de la matière, mais aussi les obstacles qui pourraient se dresser face à sa réalisation. L'étude des fondements est alors un exercice nécessaire pour être capable de guider l'interprétation et la mise en œuvre des règles constitutives du droit international privé européen de la famille, tout comme elle est essentielle pour faire évoluer la matière en

¹²¹ Définition donnée par le *Le Petit Robert 2016*, éditions Dictionnaires Le Robert, 2015.

¹²² *Grand Larousse illustré 2015*, Édition 2015, Larousse, 2014.

¹²³ *Ibid.*

proposant des améliorations de ses règles lorsque des progrès de son fonctionnement seraient appropriés afin de mieux respecter et réaliser ses principes et enjeux fondamentaux.

29. Actualité du sujet. Le travail de réflexion sur les fondements du droit international privé européen de la famille reste donc nécessaire pour savoir si cette matière peut ou doit continuer à se développer. Le fait pour l'Union européenne d'intervenir sur le terrain du statut personnel et familial est certes présenté comme « une véritable révolution »¹²⁴, dont les projets adoptés et en cours de préparation prouvent qu'elle est en marche. Il y a cependant d'incontestables preuves de la difficulté, qui pourrait bien être une impossibilité, de faire progresser l'intégration européenne en ce domaine. Ainsi, alors que l'approfondissement du droit international privé européen de la famille était présenté déjà, et à juste titre, comme un des éléments moteurs de la citoyenneté de l'Union¹²⁵, l'« Année européenne des citoyens » qu'était l'année 2013¹²⁶ était aussi l'année pendant laquelle « une prise de conscience aiguë d'un échec s'établit »¹²⁷. Cette impression pourrait bien être confirmée par le droit international privé européen de la famille, puisque l'adoption des propositions de règlement sur les régimes matrimoniaux et de règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés a pris du retard et que le projet de règlement sur la reconnaissance des actes d'état civil est resté très en deçà des ambitions initiales¹²⁸. Mieux comprendre les fondements du droit international privé européen de la famille pourrait alors être un argument pour faire avancer politiquement la matière dans le sens le plus conforme à ses exigences fondamentales.

30. La question de l'identité européenne. Puisque l'intervention de l'Union européenne en matière de droit international privé européen de la famille se fait en vue de l'organisation de la pluralité des droits de la famille nationaux, et avec l'objectif de donner une véritable

¹²⁴ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », dans Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, Paris, 2011, spéc. p. 27- 61 à la page 51.

¹²⁵ Voy. p. ex. le point 3.1.2 du programme de Stockholm.

¹²⁶ Voy. la décision n° 1093/2012/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relative à l'Année européenne des citoyens (2013), *JO L 325* du 23.11.2012, p. 1-8.

¹²⁷ C. PIETRO, « 2013, Année européenne des citoyens - Ou comment renforcer le sentiment d'appartenance à l'Union avant les élections au Parlement européen », *RTD eur.* 2013.429.

¹²⁸ Après un livre vert ambitieux, la Commission s'est contentée ensuite d'une proposition de règlement *a minima* que le Conseil a néanmoins trouvé le moyen d'amputer encore par rapport à la proposition. Voy. la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et

identité au citoyen européen et à la notion de citoyenneté européenne, l'analyse des fondements de la matière permet également des éléments de réflexion utiles à la question de l'identité de l'Union européenne. Cette question est aujourd'hui à un point crucial, car si l'Union européenne veut surmonter le contexte de crise dans lequel elle s'est installée en ce début de XXI^e siècle, elle doit comprendre que « la chance de l'Europe [est] l'articulation de la pluralité de ses nations, de ses conceptions de la nation, de ses citoyens, de ses identités plurielles avec la pensée »¹²⁹. L'Union européenne doit donc accepter une démarche dans laquelle « penser et faire l'Europe, c'est travailler ces différenciations et spécificités, et corrélativement, c'est articuler ces différences dans une nouvelle perspective habitée par un sens ouvert, sinon c'est la porte ouverte à l'absence d'esprit ; alors, ayant oublié les fins, on ne se préoccupe plus que des moyens : on fait fonctionner de la bureaucratie, de la marchandise et de l'universel abstrait »¹³⁰. Le droit international privé européen de la famille nous semble alors une matière particulièrement bien à même de révéler si l'Union européenne a dépassé la dimension économique et bureaucratique qui était initialement la sienne. La question de l'identité européenne est par conséquent une des lignes directrices de l'étude des fondements du droit international privé européen de la famille.

31. Les efforts doctrinaux accomplis. Cette recherche ne s'insère évidemment pas dans un cadre délaissé par la doctrine. De considérables efforts doctrinaux et scientifiques ont au contraire été accomplis pour saisir différents aspects de la matière, au point qu'il serait impossible de dresser la liste complète des contributions, que ce soit ici ou au titre de la bibliographie générale. La bibliographie en ligne, non exhaustive, consacrée au droit européen de la famille et tenue par la commission sur le droit européen de la famille comprenait 321 références jusqu'à l'année 2014 et continue d'être mise à jour¹³¹. Il existe également une collection consacrée spécifiquement au droit européen de la famille et qui comporte à l'heure actuelle 41 ouvrages dédiés à divers aspects de la matière¹³². Pour le seul règlement n° 650/2012 sur les successions, il est possible de dresser une liste de 121 contributions

modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 (COM (2013) 228) et le suivi de la procédure interinstitutionnelle (Procédure 2013/0119/COD ; accessible sous <http://eur-lex.europa.eu/procedure/FR/202598>).

¹²⁹ G. ROUET, « Citoyennetés, nationalités et identités en Europe à l'ère de la mobilité généralisée », dans *Citoyennetés et nationalités en Europe : articulations et pratiques*, l'Harmattan, Paris, 2011 à la page 25.

¹³⁰ *Ibid.* à la page 21.

¹³¹ Voy. sous <http://ceflonline.net/publications/>.

¹³² Voy. sous <http://intersentia.com/en/product/series/show/id/9168/>.

bibliographiques¹³³. Et il serait aisément possible d'établir des listes aussi fournies pour les six autres règlements qui sont, ou seront bientôt, constitutifs du droit international privé européen de la famille. Il y a également de nombreux colloques aux contributions très riches, tantôt consacrés au « statut familial européen » en général¹³⁴, tantôt à certaines matières familiales particulières¹³⁵. Et les mélanges dédiés aux professeurs de droit international privé comprennent désormais très naturellement de nombreuses contributions qui concernent de plus ou moins près la matière¹³⁶. L'européanisation du droit de la famille est par ailleurs devenue un sujet d'études en elle-même¹³⁷. Et de façon plus générale, les fondements du droit privé européen ont également été analysés en profondeur¹³⁸. Il est donc indéniable que la doctrine s'évertue désormais, face à l'« activisme »¹³⁹ longtemps caractéristique de l'œuvre de l'Union européenne, de contribuer de façon efficace au travail nécessaire en vue de « roder et parfaire ce droit international privé commun »¹⁴⁰ afin de surmonter les « erreurs de jeunesse d'un système essentiellement nouveau »¹⁴¹.

¹³³ J. SCHMIDT, « EuErbVO, Art. 1 », dans Marc-Philippe WELLER, Wolfgang WURMNEST et Christine BUDZIKIEWICZ (dir.), *beck-online. Großkommentar*, C. H. Beck, München, n° 0.

¹³⁴ Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014 ; Christian BALDUS et Peter-Christian MÜLLER-GRAFF (dir.), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint : Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? - Droit privé européen : l'unité dans la diversité : convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, Sellier European Law Pub., München, 2011 ; CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, *Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?*, Paris, France, 2005.

¹³⁵ Voy. p. ex. Hugues FULCHIRON et Cyril NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005.

¹³⁶ Voy. p. ex., pour se limiter ici aux auteurs français les plus récents, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014 ; *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe. Le droit entre tradition et modernité*, Dalloz, 2012 ; P. COURBE, P. JOURDAIN, M.-L. DEMEESTER, C. JUBAULT et C. PUIGELIER, *Le monde du droit : Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008 ; *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008 ; *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005 ; *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009.

¹³⁷ N. A. BAARSMA, *The Europeanisation of international family law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011.

¹³⁸ Voy. not. P. R. BROWNSWORD, H. W. MICKLITZ, L. NIGLIA et S. WEATHERILL, *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011 ; G. ALPA et M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005 ; et en langue allemande G. ALPA et M. ANDENAS, *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.

¹³⁹ Voy. l'appréciation de M. Audit, estimant que « les autorités communautaires paraissent confondre intégration économique et centralisme juridique, [...] la qualité de leur œuvre [en matière de droit international privé n'ayant] pas été jusqu'à présent à la mesure de leur activisme », in B. Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité, Cours général*, RCADI 2003, tome 305, p. 9-488, spécialement p. 98.

¹⁴⁰ L. d'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas* 2012.5.74, 76.

¹⁴¹ *Ibid.*

32. Risque d'asphyxie doctrinale et cohérence du droit. Ce foisonnement doctrinal illustre cependant aussi le phénomène d'« asphyxie doctrinale »¹⁴². Comme pour le droit en général, le risque est réel pour le droit international privé européen de la famille de devenir, ou de rester, incohérent en raison de son hyperspécialisation. La multiplication des textes, qu'ils soient de nature normative ou doctrinale, est une menace pour la cohérence du droit lorsqu'elle conduit à négliger les principes généraux régulateurs qui sont nécessaires pour garder une vision d'ensemble et donner de véritables repères aux auteurs et aux destinataires des règles. Cette hyperspécialisation est le reflet des complexités de la société contemporaine, mais elle ne saurait masquer le risque de perte de valeurs de référence et de cohérence du droit, en raison du phénomène du trop-plein d'information. Le droit ne réussit plus en effet à remédier aux incohérences résultant de sa complexité et ne propose plus un véritable modèle de conduite. Une des raisons principales en est que même les principes que le droit consacre, au premier rang desquels figurent les droits de l'homme, le sont souvent à des fins très spécifiques, ce qui donne une dimension « hyperspéciale » à ces principes qui est très loin de leur nécessaire esprit de fondamentalité et de généralité. Le risque d'asphyxie est peut-être même particulièrement fort pour le droit international privé, qui est en train de perdre le caractère méthodologique et philosophique qu'il avait acquis entre le XIXe et le XXe siècle¹⁴³. Les défis que soulève ce contexte contemporain de complexité¹⁴⁴ n'est pas nouveau pour le droit international privé, et le constat ancien d'après lequel « la science [du droit international privé] a atteint un point tel de raffinement et de complexité qu'elle risque de ne plus se comprendre elle-même »¹⁴⁵ est certainement toujours d'actualité. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille est donc nécessairement aussi un essai visant à pallier cette situation de délitement du sens du droit. Elle implique d'envisager un éventuel retour vers une base partagée commune, constituée par des références et des principes limités mais faisant autorité. Cette démarche suppose aussi la capacité de

¹⁴² Sur lequel, voy. not. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « L'asphyxie doctrinale », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, spéc. p. 45-71.

¹⁴³ A rapprocher de la formule de Bartin, qui a affirmé que le droit international privé « est allé graduellement de la forme purement juridique à la forme philosophique qu'il affectionne aujourd'hui », E. BARTIN, *Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, Paris, 1899, spéc. p. 219.

¹⁴⁴ Voy. not. E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, [Nouv. éd.], Seuil, Paris, 2005.

¹⁴⁵ P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé : cours général*, 155, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1977, spéc. p. 84 ; en référence à Hans Dölle, cité par K. ZWEIGERT, « Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1973.435-452, 451 ; plus généralement sur la complexité du droit international privé, voy. not. P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé : cours général*, préc., , spéc. p. 77 et s. ; à cette complexité il faut répondre par un langage du droit international privé qui réintroduit la cohérence et la lisibilité de la matière, (*Ibid.*, spéc. p. 80).

limiter l'apport de la doctrine autour de quelques grands et rares auteurs. Elle doit alors permettre la formulation des principes généraux de la matière, dans un effort de dépassement des règles juridiques par la science du droit qui est essentiel à la compréhension du phénomène juridique dans son ensemble¹⁴⁶.

33. Construction, déconstruction et complexité. La conscience du fait que le droit est aussi le dépassement des règles par la science du droit souligne à quel point il est important de « sortir du droit pour mieux saisir le droit et établir son questionnement initial ; sortir de ses référents culturels afin d'explorer son sujet et pouvoir le construire dans le cadre d'une rationalité multiple »¹⁴⁷. La construction de la matière implique cependant au préalable sa déconstruction¹⁴⁸, qui doit être effectuée en contemplation de l'ensemble qu'il s'agit de conceptualiser¹⁴⁹. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille requiert donc de remplacer celui-ci dans son contexte global, le « tout » composé par le droit, qui fait lui-même partie du « tout » plus grand constitué par les enjeux de société auquel celui-ci doit répondre. Ce travail doit se faire en pleine conscience de sa « complexité » et des exigences d'une « pensée complexe »¹⁵⁰. Le droit ne peut donc pas être conçu comme un

¹⁴⁶ De la même façon, la question des fondements du droit en général permet de révéler les valeurs fondamentales de la société tout entière. L'analyse des fondements du droit international privé européen de la famille doit ainsi conduire à une meilleure compréhension de cette nouvelle matière, mais aussi plus généralement du droit international privé, du droit de la famille et du droit de l'Union européenne. Ce qui soulève la question de savoir ce qu'est une matière juridique. Et à cet égard il est primordial de comprendre que le droit ne saurait se résumer simplement à une description des règles qui le constituent et qu'il est impossible de concevoir une matière juridique simplement sur le modèle d'un catalogue. Il est au contraire nécessaire de construire le droit autour des principes qui l'organisent. Bruno Oppetit l'a particulièrement bien mis en exergue, lorsqu'il a conclu son cours à l'Académie de droit international de La Haye en affirmant qu'« en vérité, le droit international privé, mieux que d'autres secteurs du droit où le « légicentrisme » et la prolifération des textes masquent ou dénaturent l'essence de la juridicité, révèle la vanité de la distinction de la science de la technique, du droit et de la science du droit : le droit ne se réduit pas aux normes, ni la science juridique à la seule analyse des normes [...] ; le droit opère une structuration juridique de l'expérience, à laquelle participent, étroitement imbriquées et complémentaires, science et technique : on ne saurait dire où commence l'une et où finit l'autre ; en réalité, le droit réalise une synthèse de la connaissance et de l'action, et l'étude du droit international privé démontre, au rebours des postulats du positivisme, que *le droit et la science du droit sont une seule et même chose* » (B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, 234, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1992, spéc. p. 433 ; c'est nous qui soulignons).

¹⁴⁷ S. BELLINA, « L'analyse plurale du droit : enjeux épistémologiques et responsabilité du jeune chercheur », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012, spéc. p. 25-49 à la page 29.

¹⁴⁸ Sur celle-ci, voy. J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Éd. du Seuil, Paris, 1967 ; et sur la place du concept de déconstruction dans l'œuvre de Derrida, not. Charles RAMOND (dir.), *Derrida. La déconstruction*, coll. Débats philosophiques, PUF, Paris, 2008.

¹⁴⁹ Pascal disait déjà qu'il est « impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties » ; B. PASCAL, *Oeuvres complètes*, Seuil, Paris, 1963, spéc. p. 527.

¹⁵⁰ Sur laquelle, voy. not. E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144 ; E. MORIN, *La complexité humaine*, Flammarion, Paris, 2008. Une approche complexe du droit international privé européen de

système fermé, proche de l'autopoïèse¹⁵¹. En effet, le droit ne doit jamais être un système idéologique, c'est-à-dire un système qui se donne lui-même son propre fondement et qui serait auto-suffisant¹⁵². Il doit au contraire toujours être un système ouvert sur la société qui l'a institué et pour laquelle il a été institué¹⁵³. Un des éléments les plus importants se dégageant de cette conception du droit comme un système ouvert est l'exigence d'universel qui accompagne l'humanisme et la raison, éléments clés de la modernité¹⁵⁴. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille concerne ainsi la perception du concept d'universel et la façon dont celui-ci se traduit juridiquement dans cette matière. Notre recherche relève dès lors d'une réflexion qui est d'une actualité brûlante, car c'est « sous

la famille implique de rester attentif aux enjeux du droit et de la société, qu'il s'agisse de la société interne, européenne ou internationale. Pour relever ce défi, il faut adhérer à une « épistémologie ouverte, [ni] pontificale ni judiciaire, [...] lieu à la fois de l'incertitude et de la dialogique » (E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, spéc. p. 64).

¹⁵¹ Qui vise la propriété d'un système de se produire lui-même, de se constituer lui-même son propre fondement. Sur la conception du droit comme un système autopoïétique, voy. G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. Les voies du droit, PUF, Paris, 1993.

¹⁵² Voy. également sur ce point F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

¹⁵³ C'est au regard de cette société que le droit acquiert sa légitimité. La question des fondements du droit international privé européen de la famille est ainsi celle des enjeux auxquels la matière doit répondre et de la légitimité de la matière au regard de ces enjeux, lesquels ne sont pas uniquement et strictement juridiques. La complexité implique également la nécessité d'accepter les différentes parties du tout et la recherche de leur conciliation dans un ensemble qui ne les altère pas. Comme pour le droit comparé, il s'agit de « concevoir un cadre de référence original qui puisse comprendre toutes les ressemblances et toutes les différences sans présupposer, directement ou indirectement, un effet de hiérarchie [dans une démarche qui] doit relever de tous les "sites" culturels et apporter des explications qui soient partageables par chacune de ces cultures sans altération substantielle de ce qui fait sa spécificité » (E. LE ROY, « Comparaison n'est pas raison : Anthropologie et Droit comparé face aux traditions non européennes », in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco – La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Paolo CEDON (éd.), Milano Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 68).

Mais à la différence du droit comparé, il ne s'agit pas d'un cadre de référence qui a vocation à rester conceptuel, et il faut bien avoir conscience du fait que le droit international privé européen de la famille a vocation à s'appliquer très concrètement, ce qui renforce d'autant la nécessité de trouver un cadre de référence approprié. Le risque serait de verser dans un relativisme directement contraire à la fois à la notion de science et aux devoirs du juriste, qui ne peut pas se contenter d'une neutralité passive vis-à-vis des valeurs que le droit doit mettre en œuvre.

Le besoin de trouver un cadre qui guide concrètement la conceptualisation et la mise en œuvre du droit implique ainsi de prendre ses distances avec les concepts de « post-modernité » et de « post-modernisme » formalisés notamment par Jean-François Lyotard (J.-F. LYOTARD, *La condition postmoderne : Rapport sur le savoir*, Les éditions De Minuit, Editions de Minuit, Paris, 1979). Ces concepts versent en effet presque inévitablement dans le relativisme, dont un auteur a pu dire en effet de façon révélatrice qu'il constituait, ensemble avec la complexité, « le paradigme le plus important pour la pensée postmoderne » (H. ABDELHAMI, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in : *Méthodologie du pluralisme juridique*, Ghislain OTIS (dir.), Editions Karthala, Paris, 2012, p. 135 à 182, spécialement pages 140 et 145 à 147).

¹⁵⁴ Il est utile de préciser que cette exigence d'universel ne vise pas la découverte ou la détention d'une vérité universelle absolue. D'ailleurs, prétendre parler au nom de l'universel n'est-il pas « affirmer le plus fortement sa subjectivité bornée » ? ; cf. E. MORIN, *La complexité humaine*, préc., note 151, spéc. p. 303.

l'exigence d'une universalité de principe et par son éclairage que nous pouvons (devons) envisager aujourd'hui, entre cultures, de *vivre en commun* »¹⁵⁵.

34. Pluridisciplinarité et absence d'exhaustivité. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille implique donc un délicat travail de déconstruction de la matière, suivi d'un non moins délicat travail de reconstruction. Celui-ci doit idéalement se faire de façon pluridisciplinaire, à défaut de quoi il risquerait de verser « dans la pensée simplifiante qui est incapable de concevoir la conjonction de l'un et du multiple et qui ou bien, unifie abstraitement en annulant la diversité, ou au contraire, juxtapose la diversité sans concevoir l'unité »¹⁵⁶. Comme le disait déjà Del Vecchio, « le droit est de toutes les sciences la seule qui doive connaître toutes les autres »¹⁵⁷. Il faut donc ouvrir le champ de recherche pour y inclure les éléments pertinents qui pourraient venir des domaines notamment philosophiques, politiques, religieux, sociologiques, psychologiques ou moraux. La pluridisciplinarité et le besoin de garder une vision d'ensemble imposent cependant des sacrifices. Face au risque d'asphyxie doctrinale, il est indispensable de faire un très important travail de tri, parfois arbitraire, voire même presque nécessairement arbitraire. Ce tri doit être effectué en fonction de l'apport de l'argument ou du contre-argument aux besoins de la démonstration qui est nécessaire pour établir les fondements du droit international privé européen de la famille et étudier leurs conséquences. L'objectif étant cette démonstration, et non l'établissement d'un catalogue de tout ce qui a été écrit jusqu'ici sur le droit international privé européen de la famille, il arrivera fréquemment que telle ou telle contribution doctrinale sera laissée de côté. Mais c'est là un prix à payer pour ne pas verser dans « cette méthode détestable, typique de nos déformations universitaires, qui revient à s'intéresser, plus qu'au sujet, à ce qu'en ont écrit les pontifes universitaires et à la bibliographie »¹⁵⁸. Cette tentation n'est en effet jamais loin, puisque, comme le remarquait ironiquement Michel Villey, « il est vrai que, pragmatiquement, c'est là une excellente méthode pour en imposer au public ; rien n'impressionne plus le lecteur, et ne l'incite plus à la confiance, surtout s'il n'a pas le temps de lire, qu'un appareil écrasant d'érudition, et surtout l'épaisseur des notes bibliographiques ; peut-être même n'est-il pas mauvais d'être illisible »¹⁵⁹. L'objectif de l'étude n'est donc pas

¹⁵⁵ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, Paris, 2008, spéc. p. 20. Les italiques sont de l'auteur.

¹⁵⁶ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 19.

¹⁵⁷ Cité d'après F. TERRE, « Le droit et le bonheur », *D* 2010.26.

¹⁵⁸ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, coll. Quadrige, PUF, Paris, 2006, spéc. p. 351.

¹⁵⁹ *Ibid.*, spéc. p. 352.

de donner une vision complète de ce qui a été écrit sur le sujet, mais bien de donner une vision complète et critique de la matière elle-même, en se servant, d'une part, de toutes les règles juridiques pertinentes, et, d'autre part, de celles des contributions bibliographiques qui nous ont paru nécessaires pour acquérir cette vision d'ensemble. C'est au prix de ce sacrifice qu'il sera possible de donner un véritable sens à la présente étude, consistant à rendre plus intelligible et cohérent la matière du droit international privé européen de la famille.

35. Annonce de plan. Conscient du caractère imparfait de notre travail, qui découle des sacrifices nécessaires compte tenu de nos choix méthodologiques¹⁶⁰, nous étudierons les fondements du droit international privé européen de la famille en analysant, dans un premier temps, ses fondements théoriques, c'est-à-dire les présupposés de la matière (partie I), puis, dans un deuxième temps, ses fondements politiques, c'est-à-dire les objectifs que cette matière cherche à réaliser (partie II), et enfin, dans un troisième et dernier temps, les conséquences qui découlent de ces fondements sur la conception du droit international privé européen de la famille (partie III).

¹⁶⁰ Et le monde n'est-il pas plus parfait de ce que nous sommes nous-mêmes imparfaits ? Voy. sur ce point la Méditation Quatrième de Descartes (dans R. DESCARTES, *Les méditations métaphysiques*, PUF, Paris, 1966). Descartes affirme notamment ne pas pouvoir « nier que ce ne soit en quelque façon une plus grande perfection dans tout l'Univers, de ce que quelques-unes de ses parties ne sont pas exemptes de défauts, que si elles étaient toutes semblables » (version également accessible en ligne sous http://www.ac-grenoble.fr/PhiloSophie/file/descartes_meditations.pdf, à la page 72).

Partie 1 Les présupposés du droit international privé européen de la famille

36. « Les sciences sociales [n'ayant] pas de laboratoire ; [n'ayant] à leur disposition d'autres expériences que celles que leur offre naturellement le passé »¹⁶¹, l'étude de l'histoire du droit international privé est une étape indispensable de la recherche sur les fondements du droit international privé européen de la famille. Elle l'est d'autant plus que le concept de droit international privé européen de la famille conserve un caractère très incertain. Rien de plus normal donc pour saisir cette notion que de commencer de la dessiner par une ébauche d'étude historique.

37. L'étude des concepts qui sont à la base du droit international privé se révèle en outre particulièrement enrichissante à un autre égard. Une intuition forte, corroborée par les interrogations soulevées par des spécialistes d'autres sciences humaines, place en effet le droit international privé dans une situation charnière d'explication et de définition de la Société. Les problématiques auxquelles le droit international privé, et spécialement de la famille, doit apporter une réponse semblent être la traduction sociale et politique de questions qui prennent une place centrale dans la philosophie, la sociologie et d'autres sciences humaines contemporaines. Dans le domaine de la sociologie, Emmanuel Todd clôt ainsi son impressionnant *Invention de l'Europe* par l'affirmation que « les Européens ne pourront pas se définir sans se mettre d'accord sur la définition de l'Autre »¹⁶². Ce à quoi le spécialiste du droit international privé répondra que justement le « droit international privé est l'invitation à l'autre »¹⁶³. Et à mi-chemin entre sociologie et philosophie, Edgar Morin constate dans

¹⁶¹ M. BLOCH, *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, coll. Quarto, Paris, Gallimard, 2006, p. 260 ; à moins de voir justement l'Histoire comme le « laboratoire pour comprendre le contemporain » (M. GALLO, « « Un laboratoire pour comprendre le contemporain » », interview donné à *Textes et Documents pour la Classe*, n° 876, 4 mai 2004) « le seul laboratoire dont disposent les hommes pour comprendre le fonctionnement des sociétés » (M. GALLO, « Il suffit de quelques jours pour que la barbarie rejaille », interview *LePoint*, 25 février 2009).

¹⁶² E. TODD, *L'invention de l'Europe*, coll. Points Essais, Seuil, Paris, 1996, spéc. p. 618.

¹⁶³ J. DEPREZ, « L'enseignement du droit musulman », 1985 *Cah. CRESM* (Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes), cahier n°23, 1989, spéc. p. 42, cité par H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI, t. 226, 1991-I, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, spéc. p. 275.

Penser l'Europe que « la renaissance de l'Europe et son ouverture au monde sont inséparables »¹⁶⁴, et que « la culture planétaire ne nécessite nulle homogénéisation et qu'elle requiert au contraire le libre épanouissement des cultures à travers des formes complexes d'échange dialogique »¹⁶⁵. Et la réponse du droit international privé ne tarde pas, celui-ci se concevant comme le droit qui a pour objet d'organiser l'ouverture au monde d'un ordre juridique donné et de permettre la coexistence coordonnée des diversités juridiques, donc aussi culturelles¹⁶⁶. Dans le domaine de la philosophie enfin, la paix peut être conçue à partir de la vérité non seulement d'un savoir « où le divers, au lieu de s'opposer, s'accorde ou s'unit »¹⁶⁷, mais aussi de la conscience que « la paix ne saurait signifier la tranquillité sereine de l'identique »¹⁶⁸, et de la question « si la paix, au lieu de tenir à l'absorption ou à la disparition de l'altérité, ne serait pas au contraire la façon *fraternelle* d'une proximité d'autrui »¹⁶⁹? Et si le droit international privé n'est certes pas la traduction de l'amour d'autrui vers lequel tend Emmanuel Levinas¹⁷⁰, n'est-il pas pour autant la traduction juridique de la socialité d'autrui, laquelle permet ensuite à l'amour d'autrui de prospérer? Cet amour d'autrui qui nécessite l'acceptation préalable de l'humanité de l'autre homme¹⁷¹. Or il est frappant de constater les liens qui existent entre l'acceptation sociale de l'altérité humaine, à travers la lutte pour l'égalité entre les hommes, et l'apparition progressive du droit international privé¹⁷².

38. Reste à donner un début de vérification à cette thèse de l'importance sociale et humaine capitale du droit international privé. Importance capitale qui résulte de ce que le droit international privé traduit la relation d'une Société avec l'Autre. Cette vérification doit permettre d'une part de confirmer le bien-fondé de la thèse, d'autre part de connaître

¹⁶⁴ *Penser l'Europe* 258

¹⁶⁵ *Ibid.*, spéc. p. 260.

¹⁶⁶ Voy. p. ex. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, 251, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1991.

¹⁶⁷ E. LEVINAS, « Paix et proximité », dans *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 132- 178 à la page 136.

¹⁶⁸ *Ibid.* à la page 141.

¹⁶⁹ *Ibid.* aux pages 141- 142.

¹⁷⁰ Traduction de l'amour d'autrui qui, toujours d'après Emmanuel Levinas, « ne serait pas simplement le raté d'une coïncidence avec l'autre mais signifierait précisément le surcroît de la socialité sur la solitude – surcroît de la socialité et de l'amour » ; *ibid.* à la page 142.

¹⁷¹ Voy. notamment E. LEVINAS, *Humanisme de l'autre homme*, coll. Livre de poche, LGF - Livre de Poche, Paris, 1987.

¹⁷² La lutte pour obtenir cette égalité, une lutte des juristes et non des politiques, est une constante liée à la notion de droit, et elle aura abouti à ce résultat fondamental de reconnaître que tout homme est sujet de droit ; Voy. sur ce point notamment H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, spéc. p. 163 et s.

l'étendue exacte de l'importance du droit international privé. La vérification se fait naturellement par rapport à l'histoire du droit international privé, puisque cette matière est « plus que toute autre branche juridique [...] tributaire de son histoire et ne peut se comprendre sans elle »¹⁷³. Il ne faut cependant pas perdre de vue la finalité profondément philosophique de ce travail, dont la prétention n'est pas d'apporter des éléments à la science historique, mais qui cherche, à travers l'analyse des apports philosophiques respectifs des différentes périodes étudiées et de leur traduction politico-juridique, à préciser la compréhension contemporaine du droit international privé. Cette compréhension contemporaine du droit international privé se présente en outre sous un visage particulier concernant sa composante familiale. Le droit de la famille est aujourd'hui face à des enjeux spécifiques qui justifient d'attribuer une place spéciale au droit international privé de la famille. Cette spécificité n'est certes pas nécessairement un obstacle à une éventuelle généralisation de conclusions qui pourront être tirées dans le cadre du présent travail, mais elle induit tout de même que cette généralisation ne s'impose pas d'elle-même. Dès lors l'analyse du droit international privé européen de la famille ne saurait se faire en ignorant les enjeux particuliers auxquels la matière du droit international privé de la famille doit aujourd'hui faire face.

39. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille impose donc d'analyser comment s'est formé le concept de droit international privé. Cela implique de se demander comment les ordres juridiques contemporains ont pu concevoir, tout en ayant conscience de leur singularité, un universel conçu de façon ouverte à la pluralité. Autrement dit, il s'agit d'analyser la quête, consubstantielle au droit international privé, du concept de singulier, singulier qui est à la fois universel et pluriel. L'utilisation du concept de « singulier universel et pluriel » dans l'intitulé, et alors même que ce concept n'a pas encore pu être expliqué puisque c'est là l'objet de ce titre premier, peut naturellement surprendre. Elle nous paraît cependant justifiée par le fait que la juxtaposition des trois adjectifs, dont le premier est nominalisé, met en lumière la tension qui existe entre les différents concepts qui sont nécessaires pour la conceptualisation du droit international privé. Nous procéderons dans ce titre à l'analyse et l'explication de cette tension, voire des multiples tensions qui se sont présentées à un moment ou un autre de l'histoire de la matière. Et c'est autour des tensions

¹⁷³ P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé : cours général*, préc., note 145, spéc. p. 55 ; Voy. également plus généralement sur l'importance de l'histoire pour le droit international privé, *ibid.* spéc. p. 55-57.

qui subsistent qu'il conviendra de proposer une nouvelle définition du droit international privé. Dès lors, le recours à des termes dont la signification est peu compréhensible sans une lecture de nos développements se trouve justifié par le fait que seule cette juxtaposition permet de refléter de façon suffisamment fidèle et synthétique l'objet, le contenu et la finalité de notre recherche sur le concept de droit international privé (titre 1^{er}). En vue d'une compréhension complète des fondements théoriques du droit international privé européen de la famille, cette étude du concept de droit international privé doit nécessairement être accompagnée d'une réflexion sur le concept de droit de la famille. Compte tenu de la vitesse à laquelle évolue le droit de la famille, ce sont alors les principaux défis contemporains qui guideront notre recherche (titre 2nd).

Titre 1 Le concept de droit international privé à travers l'Histoire : la quête du singulier universel et pluriel

40. L'étude de l'histoire du droit international privé fait apparaître une difficulté originale, qui est celle de savoir à partir de quel moment on peut parler de l'existence du « droit international privé » au sens moderne du mot¹⁷⁴. Autant il est possible de faire remonter le début du droit international privé au commencement de l'histoire de l'homme et de la coexistence de différentes communautés organisées entrant en contact les unes avec les autres, autant il est difficile de déterminer quand est apparue la conception actuelle du droit international privé. Faut-il la faire remonter à Story, pour avoir le premier évoqué le concept de droit international « privé »¹⁷⁵ ? A Savigny pour avoir élaboré la théorie de la localisation du rapport de droit, longtemps fondement du droit international privé¹⁷⁶ ? A Mancini pour avoir mis en avant le concept de nationalité comme principe universel permettant de trouver

¹⁷⁴ Voy., formulant la même question, le cours de Master I de M. Bertrand ANCEL : B. ANCEL, *Histoire du droit international privé* (Cours de Master I, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2008, accessible sous http://www.u-paris2.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?ID_FICHE=2880&OBJET=0017&ID_FICHIER=13069), spéc. p. 13 et s.

¹⁷⁵ Dans son célèbre *Commentaries on the Conflict of Laws* ; J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic : In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 1^{re} éd., Hilliard, Gray, Boston, 1834.

¹⁷⁶ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Ch Guenoux, 2^{de} éd. Paris 1860, rééd. Ed. Panthéon-Assas, av.-propos de H. Synvet, Paris, 2002.

une solution adéquate aux problèmes de droit international privé¹⁷⁷ ? Mais on peut tout aussi bien remonter plus loin dans l'histoire, pour voir dans Ulrich Huber (1636-1694) le « père du droit international privé moderne »¹⁷⁸ ou pour considérer que « les pères du droit international privé moderne [...] sont des juristes vivant à partir du XI^e siècle »¹⁷⁹, voire que le droit international privé moderne « tire son origine de [l'] époque médiévale (IX^e et X^e siècle) »¹⁸⁰. Tout comme la découverte véritable de la nature du droit international privé contemporain peut aussi être vue comme le résultat plus tardif des particularistes¹⁸¹, notamment Kahn et Bartin, ou que la « crise du conflit de lois »¹⁸² révèle que le droit international privé ne s'est toujours pas véritablement trouvé. Qu'il connait une « crise de croissance »¹⁸³, dont il est probable que, malgré la contribution considérable d'auteurs comme Batiffol, Kegel ou Wengler, pour ne nommer qu'eux, il n'est pas encore sorti. Peut-être est-ce justement le droit international privé de l'Union européenne qui révèle que les esprits des spécialistes du droit international privé restent « plongés dans une sorte de sommeil dogmatique »¹⁸⁴.

41. Reste à savoir si le droit international privé peut vraiment sortir de cette « crise de croissance ». Il faut se demander en effet si le droit international privé n'a pas justement cet attribut, comme tout le droit au demeurant, de rester résolument dynamique, de se dérober à une conceptualisation qui le figerait et le condamnerait à un immobilisme irréductible au caractère sans cesse changeant des réalités sociales auxquelles il doit répondre. L'histoire du droit international privé se caractériserait ainsi, ce qui est certainement l'expression la plus heureuse, par une « succession de crises, qui ne font que [le] mettre constamment en épreuve, tout en lui permettant de survivre »¹⁸⁵. Cette remarque doit servir de ligne directrice aux

¹⁷⁷ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87.

¹⁷⁸ F. STURM, « Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois? », *JDI* 1979, p. 259-273.

¹⁷⁹ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, RCADI, tome 29, 1929, p. 287-400.

¹⁸⁰ W. NIEDERER, « *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu* », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1960. 137 et s.

¹⁸¹ J. FOYER, *JCP* 1976, I, 2762.

¹⁸² Sur laquelle, voy. not. B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)*, tome 186, coll. RCADI, Leyde, Boston, 1984 ; RCADI ; P.H. NEUHAUS, « Die Krise im internationalen Privatrecht », *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1948, p. 86 et s. ; KEGEL, *The crisis of conflict of laws*, RCADI, tome 112, 1963.

¹⁸³ R. QUADRI, « Quelques considérations sur la contribution du Professeur Wengler au progrès du droit international privé », dans Josef Tittel (dir.), *Multitudo legum, ius unum : Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag*, Interrecht, Berlin, 1973, p.1 et s.

Mélanges Wengler p. 1 et s.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ D. EVRIGENIS, « Regards sur la doctrine contemporaine de droit international privé », dans *Multitudo legum, ius unum. : Festschrift für Wilhelm Wengler*, spéc. p. 269.

développements historiques qui vont suivre et qui n'ont pas pour objectif de se résumer à un exposé historique des théories de droit international privé, lesquelles, « étant donné leur obscurité et leur équivocité, ne peuvent guère aider à résoudre les difficultés »¹⁸⁶. La tâche n'en est pas moins périlleuse, mais elle en devient d'autant plus nécessaire si l'on veut sortir du « bouillonnement pitoyable de la doctrine »¹⁸⁷.

42. En dépassant la question du début du droit international privé, il faut donc se demander quels sont les éléments qui permettent de concevoir le droit international privé, en espérant que cette étude puisse contribuer à clarifier l'approche théorique du droit international privé. A ce titre l'histoire se montre des plus utiles. Mais non seulement l'histoire du droit, et l'histoire politique qui lui est intimement liée, mais aussi l'histoire de la philosophie, puisqu'il faut garder à l'esprit que « la clef du droit est l'histoire de la philosophie »¹⁸⁸. Les conditions matérielles d'émergence du droit international privé existent en effet déjà au moins depuis l'Antiquité¹⁸⁹. Pourtant celui-ci n'est alors pas encore conceptualisé d'une façon qui permette d'y voir du droit international privé au sens contemporain du mot. La philosophie doit d'abord progresser pour permettre de saisir ces conditions matérielles à travers un prisme intellectuel autorisant l'émergence d'un « droit de la diversité ». Le concept d'universalité doit d'abord être découvert et développé (chapitre 1^{er}). Ensuite il faut se montrer capable de concevoir une certaine pluralité, y compris juridique, et l'histoire nous révèle que la découverte de la pluralité a impliqué un glissement du concept d'universalité vers le concept de communauté (chapitre 2nd). La prise de conscience de l'absence de cette communauté nous fait alors découvrir la question centrale à laquelle le droit international privé doit trouver une réponse : comment un ordre juridique particulier doit-il organiser son ouverture au monde, autrement dit, organiser, en partant de sa singularité propre, l'universalité des situations qui peuvent se présenter à lui (chapitre 3^{ème}) ?

¹⁸⁶ R. QUADRI, « Quelques considérations sur la contribution du Professeur Wengler au progrès du droit international privé », préc., note 184, spéc. p. 4.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Réédition de la seconde édition, parue en 1962, Dalloz, Paris, 2002, spéc. p. 18.

¹⁸⁹ L. SIRI, *Les conflits de lois du XIIIe au XVIIIe siècle*, thèse Panthéon-Assas, Paris, 2011, spéc. p. 8 et s.

Chapitre 1 La découverte du concept d'universel

43. S'interroger sur l'apparition du concept de droit international privé soulève une difficulté particulière. Il ne suffit en effet pas de constater que les conditions matérielles de son apparition sont données. Celles-ci se résument à la coexistence d'ordres juridiques séparés et de relations existant entre ces différents ordres juridiques. A partir du moment où l'ordre juridique est analysé comme indissociablement lié à l'existence d'une société humaine, les conditions matérielles d'apparition du droit international privé sont sans doute aussi vieilles que l'humanité. A ces conditions matérielles doit donc s'ajouter une condition intellectuelle, c'est-à-dire la conscience de la part d'un ordre juridique de traiter spécialement les relations qui se nouent au contact des ordres juridiques étrangers. Or souvent, et pendant longtemps, ces relations, même si elles existent en pratique, ne sont pas appréhendées de façon juridique. Une attitude exclusiviste absolue, et partant la non reconnaissance de la qualité de sujet de droit aux étrangers, caractérise la majeure partie de l'Histoire humaine. Il faut donc essayer de dégager les voies qui permettent de surmonter cet exclusivisme et rendent ainsi possible l'apparition du concept de droit international privé. Cette recherche s'inscrit dans le cadre d'une réflexion nourrie notamment de l'étude incroyablement fertile menée par François Jullien autour « de l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures »¹⁹⁰. Cette étude est d'autant plus fructueuse son auteur, éminent sinologue, raisonne dans un cadre allant bien au-delà du seul cadre européen et apporte ainsi un regard externalisé qui permet de dépasser les raisonnements traditionnels de la pensée « européenne »¹⁹¹.

44. Deux voies semblent *a priori* de nature à permettre de surmonter la difficulté résultant de cet exclusivisme. Premièrement, il est possible de concevoir que l'ordre juridique peut apporter des solutions à des situations ne concernant pas, ou pas uniquement, les membres de sa société. L'ordre juridique accepte donc d'appréhender juridiquement des situations dont il considère qu'elles ne relèvent pas de son propre champ d'application. Deuxièmement, il est possible d'étendre l'appartenance à la société à des personnes qui ne bénéficient pas « naturellement » ou « initialement » de la citoyenneté de la société, ou du moins de

¹⁹⁰ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156.

¹⁹¹ La lecture de cet essai a été une véritable révélation de la fertilité de la philosophie pour comprendre le droit international privé, mais également de l'importance du droit international privé pour la philosophie. Corroborée par d'autres textes, souvent également d'une qualité remarquable, cette lecture a été certainement un élément déclencheur qui a conduit à conférer une importance aussi grande, du moins en volume, au présent titre.

reconnaître certains droits aux personnes qui, tout en relevant de cet ordre juridique, n'en sont pas des citoyens « à part entière ». L'ordre juridique intègre alors juridiquement des situations initialement étrangères à son champ d'application. Parmi les trois attitudes que l'on peut adopter face à l'extranéité¹⁹², ces deux attitudes, acceptation et intégration, impliquent un dépassement de soi et une ouverture sur l'extérieur. Ces deux attitudes semblent donc de nature à permettre une conceptualisation du droit international privé. Le dépassement du refus de l'extranéité implique cependant d'avoir conscience d'une certaine universalité juridique, entendue comme vocation ou prétention de certains principes ou règles à s'appliquer universellement et en dehors des principes et règles juridiques propres à un ordre juridique donné¹⁹³.

45. Dans le cas de l'acceptation de l'extranéité se dégage une universalité qui est au-dessus de l'ordre juridique. L'ordre juridique se contente de la constater. Cette universalité permet de régler les relations dépassant le cadre de la seule société considérée en elle-même. La « conscience » d'un commandement supérieur qui impose de tenir compte de la présence des non-membres de l'ordre juridique et de reconnaître certains droits à ceux-ci, tout en continuant à les considérer comme étrangers, comporte les germes d'un traitement spécifique des situations comportant un élément d'extranéité¹⁹⁴. La difficulté théorique vient de ce que la reconnaissance de cette universalité dépend de l'attitude de l'ordre juridique qui décide de la « constater » ou qui refuse de la « constater ». L'initiative de cette constatation, et donc de la reconnaissance de l'universalité, relève de l'ordre juridique lui-même. Dans cette hypothèse, il est cependant nécessaire de déterminer pourquoi et dans quelle mesure une conception supérieure peut s'imposer à un ordre juridique au titre d'un « droit naturel » ou *jus cogens* ayant une source externe à l'ordre juridique. L'approche positiviste qui fait de l'Etat la source du droit condamne cette vision « *jus naturaliste* » d'un droit pré- et supra-étatique¹⁹⁵. Rien

¹⁹² Refus, intégration, en appliquant le cas échéant un régime propre aux étrangers « intégrés », ou acceptation de l'extranéité.

¹⁹³ Cette universalité n'implique pas l'application universelle du droit interne de l'ordre juridique à toutes les situations qui se présenteraient à lui. Elle signifie simplement que cet ordre juridique reconnaît potentiellement la juridicité de toute situation. Le sens précis de cette situation peut ensuite résulter du droit interne de l'ordre juridique, d'une réglementation spéciale applicable aux situations revêtues d'un élément d'extranéité, d'un droit étranger ou du droit d'un ordre juridique supérieur dont l'autorité est reconnue, tels que le droit international, le droit commun ou le droit naturel.

¹⁹⁴ Ce que l'on retrouve par exemple déjà dans la Grèce antique et la vision cosmopolite de l'homme. La difficulté viendra cependant ensuite de ce qu'il faut entendre par « homme ».

¹⁹⁵ Même si, à partir du moment où l'on parvient à constater l'existence d'un véritable ordre juridique supérieur aux différents ordres juridiques étatiques qui en seraient des composants, la difficulté théorique est surmontée. L'Union européenne est certainement une illustration de ce genre d'imbrication quasiment autopoïétique qui

n'impose cependant, du moins dans une approche historique, de retenir comme axe d'analyse exclusivement l'approche positiviste.

46. Dans le cas de l'intégration de l'extranéité, entendue de façon absolue¹⁹⁶, l'universalité apparaît au contraire comme immanente à l'ordre juridique. Ce dernier a alors vocation à s'étendre à un nombre indéfini de situations. La solution juridique est donc à chercher au sein même de cet ordre juridique du « for », mais en constatant que celui-ci a un « champ d'application » universel, au sens d'une vocation à s'appliquer indéfiniment¹⁹⁷. Cette vision ne mène à l'apparition d'un droit international privé qu'à condition de ne pas déboucher sur une vision trop uniformisante des relations « internationales ». Ce risque est d'autant plus important que prétendre vouloir s'appliquer à un nombre indéfini de situations va souvent de pair avec la prétention d'être le système le meilleur ou le plus juste¹⁹⁸. Il faut donc concevoir à la fois l'universalité et la relativité de l'ordre juridique, c'est-à-dire, d'une part, le fait qu'il peut reconnaître la juridicité de toute situation¹⁹⁹, et, d'autre part, que le sens juridique précis de la situation peut ne pas résulter des règles propres à cet ordre juridique²⁰⁰. Mais il est également nécessaire de se doter d'un système organisant les relations entre les différents statuts juridiques reconnus à l'intérieur de cet ordre juridique²⁰¹. L'ordre juridique se prétendant universel se pose dès lors comme un ordre juridique « supérieur » ou « commun » qui coordonne les différents statuts et ordres juridiques qui coexistent en son sein. L'universalité n'est à vrai dire pas requise pour imposer l'acceptation de la pluralité, puisque la conscience d'une communauté autour d'une pluralité d'ordres juridiques emporte la nécessité d'une organisation de cette pluralité. Mais l'universalité est un élément indispensable dans la prétention de l'ordre juridique d'appréhender des situations étrangères à son champ d'application initial. L'universalité reste donc le moteur essentiel de l'ouverture de l'ordre juridique à l'extranéité.

peut exister entre les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique interétatique, que ces premiers ont créé mais qui désormais s'impose à eux (sur la notion de droit autopoïétique, cf. *infra* les notes 241 et 820).

¹⁹⁶ Il faut ici faire la différence entre la situation qui est déjà intégrée au point d'être assimilée, et qui n'est donc plus étrangère, et la situation susceptible d'intégration ou intégrée de façon à la distinguer des situations internes, qui est pour le moment encore étrangère ou reste étrangère.

¹⁹⁷ Que l'on retrouve avec l'édit de Caracalla de 212 et la conception universelle de la citoyenneté romaine.

¹⁹⁸ Ce qui est notamment souvent le cas des systèmes religieux.

¹⁹⁹ Ou du moins d'une situation externe à cet ordre juridique.

²⁰⁰ Il faut donc accompagner l'intégration de l'extranéité par l'acceptation de la multiplicité des statuts juridiques, ce qui était notamment le cas du droit romain.

²⁰¹ Ce qui paradoxalement n'est pas une évidence, comme le montre le maintien de l'exclusivisme à Rome pour les relations familiales, contrairement au droit commercial pour lequel le *jus commune* se veut applicable.

47. La découverte du concept d'universel est donc au cœur de la construction progressive du droit international privé. Cette découverte s'opère de façon progressive. Encore inachevé sous l'Antiquité (section 1), le concept d'universel acquiert une dimension – excessivement ? – absolue au Moyen-Age (section 2).

Section 1 L'universalité relative de l'Antiquité

48. Deux périodes doivent être distinguées au sein de l'Antiquité européenne, qui correspondent à deux périodes nettement distinguées à la fois politiquement, intellectuellement et juridiquement. Deux conceptions de l'universalité apparaissent ainsi successivement, et dans des formes bien inachevées, dans la conscience occidentale. La première, qui a une dimension clairement plus philosophique, nous vient des cités grecques (I), tandis que la seconde, qui prend appui sur l'apport grec, mais pour acquérir une dimension politique, est le résultat de l'Empire romain (II).

I L'universalité du cosmopolitisme grec

49. La naissance de la Philosophie est une étape fondamentale dans la conception du droit international privé. Il faut en effet être capable de penser l'Homme au-delà de sa seule appartenance collective. A ce titre la conceptualisation de ce qu'est l'Homme est inévitable, afin d'être capable de reconnaître la qualité d'Homme indépendamment du groupe. La philosophie grecque, en permettant déjà la conceptualisation, pose indéniablement une première pierre à l'édifice du concept de droit international privé. Mais l'importance va au-delà, car le cosmopolitisme grec permet aussi une acception universelle de l'homme. Diogène répond ainsi à la question d'où il est : « "Je suis citoyen du monde", *kosmopolites eimi* »²⁰². Malgré la conscience potentielle d'une nature universelle de l'homme, le statut juridique de l'étranger, c'est-à-dire de l'homme non membre de la Cité, reste cependant très précaire. Cela tient à la fois aux limites du concept cosmopolite de l'homme universel et à l'acception particulière qui est faite du droit. Ce droit reste en effet, à quelques rares exceptions près, un attribut exclusif des citoyens. Si la Grèce antique mérite une place particulière dans l'étude du

²⁰² F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 61.

droit international privé²⁰³, ce n'est donc pas en raison de son système juridique, dans lequel l'exclusivisme reste très présent.

50. L'originalité de l'apport grec réside dans la construction d'un concept de l'homme qui ouvre la voie à l'abandon de l'exclusivisme juridique. Concernant le concept cosmopolite de l'homme universel, le stoïcisme a laissé en effet entrevoir la possibilité d'une première extension de ce concept dans les domaines politique et juridique²⁰⁴. Stobée peut ainsi affirmer que le monde est « la patrie commune de tous les hommes »²⁰⁵. Il y aurait donc la possibilité d'une relativisation de la citoyenneté de naissance au vu de l'universalité d'une « citoyenneté mondiale »²⁰⁶. La difficulté d'une transposition de ces considérations dans le domaine des relations juridiques avec l'étranger, donc le « droit international privé », vient de ce que cette universalité reste de nature « essentiellement morale » et « ne trouve pas de traduction institutionnelle et politique »²⁰⁷. Il n'en reste pas moins qu'une étape décisive vers un dépassement de la communauté et vers l'ouverture à l'autre est ainsi franchie. En posant les

²⁰³ Voy. notamment concernant la bibliographie relative à l'Antiquité : M. ALLIOT, *Les conflits de lois dans la Grèce ancienne*, thèse, Paris 1953 ; A. AYMARD, *Les étrangers dans les cités grecques aux temps classiques*, Rec. Soc. J. Bodin, t. IX « L'étranger », 1958, p. 119 ; C. PREAUX, *Les étrangers à l'époque hellénistique (Égypte, Délos, Rhodes)*, Rec. Soc. J. Bodin, t. IX « L'étranger », 1958, p. 141 ; F. STURM, « Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois ? », préc., note 179 ; B. T. BLAGOJEVIC, « Théories des statuts à la lumière de l'histoire générale de l'évolution de la société », in *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, A. W. Sijthoff, Leyde, 1969, p. 67 à 81 ; R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », dans *Mélanges Séfériadès*, II, Ecole des sciences politiques « Panteios », Athènes, 1961, spéc. p. 567- 583 ; FRANCESKAKIS, *Rev. crit. DIP* 1962, p.804 ; G. HAMZA, *Racines du droit international privé dans l'Antiquité gréco-latine*, OIR, 1, 1995, 110-128 ; H. LEWALD, *Conflit de lois dans le monde grec et romain*, RCDIP, 1968, p.419 et p.615 ; W. NIEDERER, « *Ceterum quareo de legum imperii romani conflictu* », *Rev. crit. DIP* 1960, p.137 et s. ; F. STURM, « Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois ? », préc., note 179 ; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, M. Hueber, München, 1925 ; L. WENGER, « Römische Recht und Rechtsvergleichung », (1920) 14-1 *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1- 27.

²⁰⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 61. L'auteur remarque qu'avec le stoïcisme, « la justice et le droit sont jugés désormais aptes à gouverner les relations entre tous les hommes, sur un même plan d'égalité morale : indépendamment de leur appartenance particulière et du cadre de la cité » ; voyez également les références citées : F. OGÉREAU, *Essai sur le système philosophique des Stoïciens*, réédition, Encre marine, 2002, p. 298 et s. ; E. BREHIER, *Chrysippe et l'ancien stoïcisme*, réédition, Gordon & Breach, p. 263 et s. ; M. SCHOFIELD, *The Stoic Idea of the City*, 2^e édition, University of Chicago Press, Chicago, 1999 ; J.-F. PRADEAU, « Imiter l'univers. Remarques sur les origines grecques du cosmopolitisme », (2001) 19-1 *Le Télémaque* 37.

²⁰⁵ « *Koine patris* » (*Flor.*, 40, 9), cité d'après F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 62.

²⁰⁶ *Ibid.*, spéc. p. 631 : « Aussi, quand il se retourne vers sa cité, particulière comme elle est, le stoïcien la juge-t-il au nom de cet ordre du monde considéré dans son ensemble, selon la loi de Zeus, à l'échelle globale : il peut relativiser sans peine sa constitution et ses lois et tenir leur particularité pour arbitraire et de convention ; à tout le moins suspendre cette citoyenneté de naissance au vu de sa citoyenneté mondiale ».

²⁰⁷ *Ibid.* ; voy. dans le même sens M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 101 : « Le stoïcisme est à vrai dire plutôt une doctrine morale que de politique et de droit ». Même le stoïcisme plus tardif de Marc-Aurèle, qui certes envisage « le monde lui-même comme une cité » (Marc Aurèle, IV, 4, cité d'après François Jullien), ne retient qu'une autorité de la loi relative, et limitée aux membres de la communauté.

bases d'une raison universelle, et en transposant ses exigences au concept de l'homme, la pensée grecque permet une approche rationalisée du droit susceptible de remettre en cause l'acception exclusiviste de celui-ci. Effectivement, « le retrait du caractère exclusif [du commun] va de pair avec l'affirmation d'un rationalisme »²⁰⁸. Autrement dit, le dépassement de l'exclusivité passe par la découverte de valeurs prétendument universelles, c'est-à-dire puisées dans un rationalisme affirmé²⁰⁹. Dès lors, la philosophie grecque apporte un premier élément indispensable à la possibilité de concevoir un droit international privé.

51. Le caractère très limité de l'universalité grecque ressort nettement de l'étude du droit international privé de l'époque qui fait apparaître une acceptation de l'autre encore très restrictive. On soutient en effet au regard du droit international privé de l'antiquité grecque que « le problème des relations avec l'étranger [...] a reposé sur le paradigme d'une exclusivité de l'ordre juridique fondée sur l'appartenance personnelle »²¹⁰. La prévalence absolue que la majorité d'historiens attribue à cet exclusivisme peut être résumée en ces termes : « L'exclusivisme de la communauté civique devait être caractéristique pour la psychologie des anciens jusqu'à un tel point qu'il n'était même pas possible de concevoir des relations avec l'étranger régies par la loi dans le système juridique qui portait le nom de *jus civile* – le système des droits appartenant aux seuls citoyens »²¹¹. Aristote ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il affirme dans *Politique* que « nous voyons que toute cité est une sorte de communauté »²¹², puisque la communauté suppose un certain cloisonnement par rapport à ce qui y est extérieur²¹³. Le système de la personnalité des lois qui résultait de l'exclusivisme²¹⁴ conférait d'ailleurs une importance particulière aux relations familiales, puisque le rattachement d'une personne à une certaine communauté résultait généralement des rapports familiaux²¹⁵. Comme l'ordre juridique des cités en formation ne s'étendait qu'à ses propres citoyens et que « par principe il semblait impossible d'accorder des droits ou d'imposer des

²⁰⁸ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 60.

²⁰⁹ Encore qu'il ne faut jamais perdre de vue le caractère nécessairement réducteur du rationalisme, pour lui préférer une rationalité ouverte et complexe (sur laquelle, voy. not. E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, 2^e éd., Seuil, Paris, 2005).

²¹⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 16.

²¹¹ R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 567. Il donne également un début d'explication : « Le fondement religieux – le culte des dieux de la cité devait constituer une base idéologique de l'ancien exclusivisme, politique et juridique. » (*ibid.* spéc. p. 567).

²¹² F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 39.

²¹³ Voy. not. F. JULLIEN, *ibid.*, spéc. p. 39-49 et R. DEBRAY, *Le moment fraternité*, Gallimard, Paris, 2009.

²¹⁴ Sur lequel, cf. *infra*, n^o 64 et s.

²¹⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 18.

obligations à des personnes autres que les citoyens »²¹⁶, l'étranger est complètement dépourvu de droits²¹⁷, ce qui le place dans une situation de *Rechtslosigkeit*, que l'on pourrait traduire par le concept de « statut de hors la loi » ou de « sans-droit »²¹⁸. On pourrait certes apporter une nuance à ce propos, puisque le mariage avec des étrangères est possible²¹⁹. Mais ce mariage fait intégrer alors la femme étrangère dans la communauté de la cité²²⁰, ce qui ne tempère donc pas l'exclusivisme du système. C'est toujours la cité qui prend l'initiative ou non de permettre l'intégration de situations n'entrant pas dans son champ d'application naturel. Cela se traduit par ailleurs par des incapacités relatives de jouissance qui sont fonction de l'intensité de l'extranéité, et qui sont l'expression d'une « extranéité relative »²²¹. Les ébauches d'abandon de l'exclusivisme ne se font cependant que pour des raisons pratiques, et de façon imparfaite, puisqu'elles n'entraînent pas de véritable remise en cause du principe qui reste l'exclusivisme²²². Il faut à ce titre d'ailleurs distinguer les périodes classique et hellénistique, puisque à cette dernière époque, « le droit de cité perd son ancien caractère exclusif »²²³. Mais en Grèce, à la différence de Rome²²⁴, cette perte d'exclusivité ne se traduit pas par le développement d'un véritable droit commun, conçu comme tel, mais, phénomène comparable à Rome, par « les concessions en masse de droit de cité aux étrangers »²²⁵, ce qui ne tempère donc pas l'exclusivisme idéologique²²⁶.

²¹⁶ R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 571.

²¹⁷ « L'hostilité envers les étrangers constitue un trait caractéristique des communautés dans la phase de formation des Etats. L'étranger à cette époque est complètement dépourvu de droits, il est traité par le système de droit en vigueur *per non est* », *ibid.*, spéc. p. 571.

²¹⁸ Voy. sur le statut des étrangers, not. J. GILISSEN, « Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 1958, t. IX « L'étranger », p. 1-57.

²¹⁹ Sur ce point, voy. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175.

²²⁰ La preuve en est qu'au début les enfants sont citoyens grecs (*ibid.*).

²²¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 22.

²²² « L'on observe un phénomène de dualisme qui caractérise le statut de l'étranger dans la période classique de l'Antiquité. *De iure*, le statut des étrangers continue d'être pénible : les lois n'assurent la protection qu'aux citoyens, les étrangers n'existent pas pour le législateur. *De facto*, la pratique savait trouver des solutions qui – sans porter atteinte au principe de l'exclusivisme civique – assuraient aux étrangers la protection suffisamment efficace », R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 574.

²²³ *Ibid.*, spéc. p. 580.

²²⁴ Où pour les raisons que nous verrons (cf. *infra*, n° 55 et s.) se développe un *jus gentium* bien plus important que le droit commun des Grecs.

²²⁵ R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 580.

²²⁶ « Le droit des étrangers devait sa naissance à la pratique exercée sous la pression de la vie commerciale et politique et de développait à l'encontre des principes idéologiques qui étaient à la base de la cité antique » ; *ibid.*, spéc. p. 581, c'est nous qui soulignons.

52. Le seul droit reconnu par la cité est celui que s'est donné la communauté ou celui que cette dernière a expressément accepté. Parmi les exceptions les plus notables à l'exclusivisme figure l'institution de la proxénie, grâce à laquelle l'étranger se place sous la protection d'un citoyen pour agir comme un citoyen dans certains secteurs de la vie sociale²²⁷. Mais cette institution a le plus souvent une vocation commerciale, parfois politique ou religieuse, mais jamais familiale²²⁸. Et l'analyse juridique de celle-ci ne remet pas en cause l'exclusivisme du système, puisque l'étranger « se présente sous le couvert de son proxène, comme s'il opérait au nom et pour le compte de celui-ci »²²⁹. Comme le proxène est nécessairement citoyen de la cité, l'extranéité de la situation est juridiquement ignorée. Il en va de même pour la fonction des « patrons » auprès desquels les étrangers pouvaient s'enregistrer pour se placer sous leur protection, les *prostatès*²³⁰, qui permettent d'intégrer ou du moins d'accepter l'étranger pour lui permettre de résider et surtout de commercer dans la cité, sans avoir à lui reconnaître directement la qualité de citoyen, ni à lui conférer la vocation de le devenir²³¹. Sur le plan du droit international privé ces considérations se traduisent par un alignement des compétences judiciaire et législative et une absorption des problématiques contemporaines du droit international privé par la condition des étrangers, voire même pour être plus exacte une absorption par la question de savoir dans quelle mesure une personne est ou non membre de la communauté. Ce phénomène est corroboré par le fait que ce ne sont « pas seulement les lois, mais aussi les tribunaux qui n'existent pas pour les étrangers »²³². Ce qui fait donc dépendre l'issue des questions juridiques de l'appartenance ou non d'une personne à la communauté juridique considérée, ce qui marque bien un exclusivisme radical. Comme un auteur a pu le dire ailleurs, « qui ne sait en effet que la cité grecque, encore à l'époque classique, rejette en dehors d'elle tout autant – voire plus – qu'elle ne rassemble ? Elle unit les citoyens par le partage des droits civiques et des charges, mais en prive tous les autres (femmes, étrangers, métèques, esclaves) »²³³.

²²⁷ *Ibid.*, spéc. p. 575 ; égal. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 20.

²²⁸ R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 575 et B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 21.

²²⁹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 21.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.*, spéc. p. 22.

²³² R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 578.

²³³ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 581 ; relatant également l'affirmation attribuée à Thalès ou, selon d'autres, à Socrate : « Il aimait à dire qu'il remerciait la fortune de trois choses : d'être un humain et non une bête, d'être un homme et non une femme, enfin d'être un Grec et non un barbare ».

53. L'exclusivisme apparaît donc encore avec une certaine fatalité dans l'analyse des systèmes juridiques des cités grecques. Et de fait comment pourrait-on concevoir que ces cités aient pu développer la conscience qu'il faut juridiquement et spécialement organiser les relations entre étrangers ou avec des étrangers si la qualité même de sujet de droit reste des plus sélectives ? Le dépassement de cet exclusivisme n'en reste pas moins la condition *sine qua non* de l'apparition du concept de droit international privé. Et la pensée grecque se révèle alors des plus fertiles à l'égard de l'éclosion de la conscience d'un dépassement de l'exclusivisme²³⁴. Ce dernier ne parvient cependant pas à franchir le seuil du politique, pour ne rester que pratique et philosophique²³⁵. Il apparaît ainsi que « l'universel est d'une autre venue – et d'une autre teneur [que l'extension politique du commun] »²³⁶. La source de l'universel est ainsi le discours, le *logos*, fondateur de la logique²³⁷. On en trouve trace chez Héraclite, qui fait primer le « discours » sur le « moi »²³⁸. Mais c'est surtout à Socrate que l'on doit attribuer la « découverte » de la conceptualisation, « opération de laquelle naît « par miracle » la philosophie »²³⁹, et qui implique nécessairement le statut de l'universel²⁴⁰. En raisonnant « selon le tout » (*kat-holou*)²⁴¹, Socrate raisonne nécessairement conceptuellement, sur le mode de l'universalité. Ce dont les Grecs, au premier rang desquels Aristote, ont déduit que « l'élévation de la pensée se confond avec l'accès à l'universalité »²⁴². D'où vient alors que l'universel ainsi découvert, et qui allait acquérir un « statut hégémonique dans la pensée européenne »²⁴³ ne se traduisît pas par une acception et une acceptation universelles de

²³⁴ « C'est beaucoup plus timidement que le Grec envisage de déborder le cadre de sa cité : qu'il étend le commun aux « autres », ceux qui ne sont pas concitoyens ou qui sont étrangers », ce qui implique tout de même que ce dépassement est envisagé, fût-ce timidement ; *ibid.*, spéc. p. 59.

²³⁵ Pour une analyse de la façon dont l'amélioration de la situation des étrangers s'est traduite dans la langue grecque, voy. R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 577 et s.

²³⁶ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 65.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ « Il est sage que ceux qui ont écouté non moi mais le discours conviennent que tout est un » ; fragment 50, d'après l'édition Diels-Kranz, traduction Marcel Conche, dans Héraclite 2011

²³⁹ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 67.

²⁴⁰ « Le statut de l'universel est inclus dans la production même du concept. Il en est à la fois la condition et la conséquence : l'universel donne sa forme « logique » (de *logos*) au concept, et celui-ci stabilise l'universel et le rend opératoire pour la connaissance » ; *ibid.*. Où l'on voit aussi le caractère inévitable d'un raisonnement autopoïétique afin d'expliquer certains phénomènes logiques, dont l'ordre juridique ; sur cette question, voy. not. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, 1^{re} éd., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989 ; et en langue française G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, préc., note 152 ; G. TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994.

²⁴¹ Aristote, *Métaphysique*, livre A, cité d'après F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 68.

²⁴² *Ibid.*, spéc. p. 69.

l'homme, impliquant nécessairement la reconnaissance de la qualité de sujet de droit de tout homme ? La réponse semble résider dans le caractère abstrait de l'universalité ainsi découverte, puisque les concepts que les Grecs conçoivent comme universels « ne sont pas substances »²⁴⁴. L'universalité abstraite semble donc parfaitement pouvoir se concilier avec l'exclusivisme des cités grecques, car les hommes sont « substance ». Ils ne sont donc pas saisis par l'universalité abstraite des concepts. Dès lors l'attribution de la qualité de sujet de droit est logiquement réservée aux seuls citoyens, à l'exclusion des étrangers. Cette attribution est en effet un acte résolument « substantiel »²⁴⁵, car il s'agit de permettre à un individu d'accéder à la concrétude de la vie politique et juridique. Les étrangers en sont donc exclus. Ce caractère abstrait explique aussi pourquoi les Stoïciens ont pu développer une vision cosmopolite, et donc universelle, de l'homme sans étendre aux domaines politique et juridique ce dépassement moral des cadres établis.

54. L'universel découvert par les Grecs ne permet donc pas à la pensée grecque de franchir les étapes nécessaires vers la conceptualisation d'un droit international privé au sens contemporain du terme. Ce concept, abstrait, ou au mieux moral, ne trouve en effet pas de traduction politique, et encore moins juridique, le système juridique restant enfermé dans un exclusivisme très marqué. C'est à cet égard que la pensée romaine mérite l'attention du spécialiste de droit international privé. L'Empire romain envisage en effet de dépasser le cadre de la cité, pour répondre à son ambition d'empire, ce qui implique nécessairement de donner une dimension politique à l'universalité véhiculée.

II L'universalité de la citoyenneté romaine

55. Rome va plus loin dans la découverte de l'universalité. Face à l'héritage grec, Rome est ainsi créditée d'avoir concrétisé l'exigence d'universalité définie par la philosophie²⁴⁶. Au-delà de sa signification philosophique, Rome parvient en effet à lui donner un sens politique et juridique qui rapproche en réalité grandement la pensée romaine de la possible conception d'un droit international privé. Selon Lainé, « le droit romain est plein de [l'esprit]

²⁴³ *Ibid.*, spéc. p. 67.

²⁴⁴ Aristote, *Métaphysique*, livre Z, cité d'après F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 74.

²⁴⁵ Ou « concret », par opposition à « abstrait ».

²⁴⁶ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 75.

du sentiment de la justice, de la conscience d'une certaine communauté de droit dans les rapports des peuples », ce qui a permis au droit romain de faire une place aux lois étrangères, « disposition qui est la condition essentielle du droit international privé », et le place ainsi dans la situation d'avoir exercé sur le droit international privé une « influence considérable, bien qu'indirecte »²⁴⁷. Les raisons pour lesquelles le droit international privé n'a pas pu voir le jour à l'époque romaine n'en sont donc que plus intéressantes à dégager.

56. La particularité de Rome vient du statut d'empire que cette dernière revendique. Ainsi, même si la supériorité de la citoyenneté romaine reste une idée directrice, elle s'accompagne parallèlement d'une généralisation de cette citoyenneté²⁴⁸. Cette approche traduit un véritable bouleversement dans l'appréhension de l'universel. Ainsi, « avec le statut de *citoyen romain* se surimpose à la diversité des lieux, des peuples, des mœurs, des religions, une même forme institutionnelle et juridique. La cité mondiale des stoïciens restait un concept plus moral, [...] que proprement politique. A Rome en revanche, la « citoyenneté universelle », *universa civitas*, commence à devenir effective : *par le droit, l'universel sort de la philosophie [...] pour définir une unité de statut et de condition* »²⁴⁹. La pensée romaine parvient à accompagner l'universalité philosophique des penseurs grecs d'une universalité politique dont les conséquences peuvent à l'évidence être autrement plus tangibles. L'édit de Caracalla, qui « marque [...] le terme d'une époque »²⁵⁰ et qui, en étendant l'attribution de la citoyenneté romaine à tout l'Empire pour répondre à la vocation universelle de celui-ci, constitue la « première rencontre de l'universel et du commun »²⁵¹, en sera l'illustration la plus caractéristique. L'universalité politique des Romains permet ainsi une conception très élargie

²⁴⁷ A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, F. Pichon, Paris, 1888, tome II, spéc. p. 55.

²⁴⁸ Voy. Sur point notamment B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175.

²⁴⁹ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 76, c'est nous qui soulignons.

²⁵⁰ J. GAUDEMET, « L'étranger au Bas-Empire », *Recueils de la Société Jean Bodin*, 1958, t. IX « L'étranger », p. 209-235, spéc. p. 210 ; il souligne également le changement de perspective qui s'est opéré à Rome et que l'édit de Caracalla est venu consacrer :

« La Rome ancienne avait connu le régime de la cité. Quiconque n'appartenait pas à la cité était étranger, pérégrin [...]. Cette conception n'était logique que tant que l'état romain se confondait avec la cité romaine. A partir du moment où il la dépassa, où, selon le mot célèbre, « Rome n'est plus Rome », les habitants des pays conquis [...] ne furent plus de véritables étrangers, bien que juridiquement ils restassent en principe pérégrins. De plus en plus, économiquement et socialement, ils s'intègrent à la communauté romaine. Le droit, lentement, par étapes et non sans retour en arrière, consacra cette évolution. Depuis la guerre sociale, la qualité de citoyen est accordée à des groupes sans cesse plus importants. Le nombre de pérégrins diminue, parce que cette notion ne correspond plus à une réalité. L'édit de Caracalla ne fait que marquer le terme de cette évolution multiséculaire. » (*Ibid.*, spéc. p. 210-211, c'est nous qui soulignons).

²⁵¹ Selon la formule de François Jullien ; F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 75.

de la citoyenneté, au rebours de cette « conception proprement romaine et désexclusive du commun » qui traduit un « esprit d'ouverture » manifeste²⁵². L'attribution de la citoyenneté se faisait ainsi de façon assez ouverte et généreuse²⁵³. Cependant cette ouverture s'accompagnait aussi d'une certaine mise en commun des valeurs, qui pour ne pas avoir été uniformisante, n'en a pas moins été intégrante. L'idéal romain est ainsi moins « d'avoir cherché à conserver [...] que d'avoir su *intégrer* »²⁵⁴. En ce qui concerne le présent propos sur le concept d'universalité, il est à souligner que Rome a su « enchâsser l'extension territoriale et civilisationnelle, favorisant le *commun*, dans un statut légal unique – la citoyenneté romaine – fondateur d'*universalité* »²⁵⁵. A la différence du concept cosmopolitique grec, le concept romain d'universalité a manifestement franchi le seuil du politique.

57. La dimension politique de ce concept est confirmée par le fait que la citoyenneté, et donc l'appartenance à la communauté et le dépassement de la *Rechtslosigkeit*²⁵⁶, résulte d'un lien d'assujettissement partagé par citoyens et pérégrins, qui « se fondent dans une commune soumission au prince »²⁵⁷. Cicéron ne dit pas autre chose en distinguant « patrie de nature » et « citoyenneté », cette dernière, et seulement cette dernière, ayant vocation à l'universel, à travers la notion de *civitas universa*²⁵⁸. Cette citoyenneté universelle est bien la preuve de la traduction politique de l'universalité dégagée par la philosophie, car on ne se contente plus seulement d'une vision universelle des choses et de l'homme, mais on accepte une vision universelle de l'aptitude à être titulaire de droit, à être citoyen. La citoyenneté universelle a logiquement besoin de s'appuyer sur une universalité déjà bien ancrée, que l'on retrouve chez Cicéron qui accepte l'unité du genre humain²⁵⁹. La dimension seulement morale de l'universel est ainsi dépassée par la pensée romaine. Cela permet l'affirmation de taille que

²⁵² *Ibid.*, spéc. p. 77, énonçant également qu'« achèvent alors de se rejoindre dans cette forme institutionnelle de la citoyenneté romaine, et avant que les soubresauts des invasions ne viennent la renverser, l'exigence a priori de l'un (l'universel de la prescription) et l'extensivité de l'autre (le commun du partage) » ; en référence également à C. MOATTI, *La raison de Rome : Naissance de l'esprit critique à la fin de la République*, Seuil, Paris, 1997, spéc. p. chap. VI.

²⁵³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175 ; F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 79 : « la romanité ne relevait, à proprement parler, ni du sol, ni du sang ».

²⁵⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 79 ; Ce qui peut d'ailleurs représenter une piste intéressante pour la construction de l'Europe. Voy. sur ce point par exemple R. BRAGUE, *Europe, la voie romaine*, Ed. rev. et augm. (1^{er} éd. 1992), Folio, Paris, 1999.

²⁵⁵ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 80.

²⁵⁶ Sur ce concept, cf. *supra*, note 219.

²⁵⁷ J. GAUDEMET, « L'étranger au Bas-Empire », préc., note 251, spéc. p. 211.

²⁵⁸ Cicéron, *De legibus*, II, 5.

« la nature nous a créés pour partager les uns avec les autres et mettre en commun entre nous tous le droit »²⁶⁰. De la dimension morale en passant par la dimension politique, on voit ainsi se dégager une dimension juridique conférée au concept d'universel. Les exigences logiques attachées au concept d'universel tel qu'il est conçu par Cicéron renferment en effet la nécessité intellectuelle de construire un système juridique ayant vocation à organiser l'universalité de tous les hommes découlant de l'unité du genre humain. En restant cependant consciente des différences tenant à la multiplicité des « patries de nature », Rome se trouve devant le défi d'élaborer un système qui permette la coexistence en son sein des différents statuts juridiques des hommes, dont la qualité de sujet de droit serait acceptée comme *a priori* du système juridique, sur la base de l'humanisme stoïcien « qui souligne la dignité supérieure de chaque être humain »²⁶¹. Le droit, « base stable, reconnue garante [...] de l'humanisme »²⁶², était à ce titre voué à jouer un rôle de tout premier rang. Se doter d'un système de droit international privé n'était pour l'Empire romain pas seulement une exigence résultant du fait des relations qu'il entretenait avec l'étranger, mais aussi du fait qu'il se concevait comme un système logiquement universel capable d'intégrer une multiplicité de statuts juridiques.

58. A l'« extranéité relative » qui existait déjà en Grèce et qui persiste sous le Haut Empire²⁶³ vient se superposer avec la *Constitutio Antoniniana* un « système de double allégeance, de double degré de romanité »²⁶⁴. Il est donc dès lors possible d'être à la fois citoyen de l'Empire romain et citoyen d'une cité particulière. L'Edit de Caracalla intervient naturellement dans un contexte permettant une telle extension radicale du concept de citoyen romain. La qualité de sujet de l'Empire a ainsi été très largement reconnue aux populations installées sur le territoire impérial, tout en maintenant la diversité juridique. L'Edit de Caracalla accorde la qualité de citoyen de l'Empire à presque toutes les catégories de sujets de

²⁵⁹ Et qui pose comme condition préalable de la citoyenneté universelle la condition logiquement déterminante de l'unité du genre humain Cicéron (*De legibus*, I, 28-33).

²⁶⁰ Cicéron, *De legibus*.

²⁶¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 102.

²⁶² F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 82 : « le droit est bien devenu la base stable, reconnue garante, du moins dans la culture européenne de l'humanisme ; et celui-ci, sous ces conditions, s'est bien formé à Rome, comme l'incarne Cicéron, plutôt qu'en Grèce ».

²⁶³ Et qui se développe à plusieurs niveaux, voy. not. les concepts d'*incola* et de pérégrin, B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 35.

²⁶⁴ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 37.

l'Empire²⁶⁵, sans toutefois gommer toutes les différences tenant à la multiplicité des statuts, très particulièrement en matière familiale. Il y a donc a priori un terrain favorable à l'émergence d'un véritable droit international privé : l'exclusion ne concerne que les étrangers absolus, ou les personnes auxquelles on refuse la qualité de sujet de droit (esclaves). Pourtant le concept de droit international privé ne parvient pas à émerger²⁶⁶, ce qui peut paraître étonnant, parce que le contexte semble très favorable et que le droit a eu à organiser la multiplicité des statuts juridiques. Se pose donc la question de savoir comment cette multiplicité a pu être organisée sans faire émerger un concept de droit international privé au sens contemporain du terme.

59. Certains auteurs restent attachés à l'idée que le concept de conflit de lois a émergé à Rome dans un sens proche de celui que nous connaissons aujourd'hui²⁶⁷. Cette analyse suscite cependant quelques interrogations. Car s'il est évident que la diversité existant à l'intérieur d'un ordre juridique commun a dû être organisée, il est tout sauf évident de découvrir dans les techniques de résolution des conflits utilisées un vrai système de droit international privé. Car à l'intérieur de cet ordre commun, lorsque des différences apparaissent, il y a dans un premier temps une tentation forte d'appliquer le droit commun romain et donc de ne pas recourir à une technique de droit international privé. En droit de la famille le recours au droit commun doit très certainement être fortement nuancé, parce que le *jus gentium* ne s'est pas déployé dans ce domaine²⁶⁸. Mais le recours à la technique des naturalisations permet toujours de contourner la problématique du droit international privé, à travers la suppression de l'éventuel élément d'extranéité et de l'intégration de l'étranger dans la communauté juridique. Même en dehors de ces hypothèses, il est fort probable que les méthodes utilisées restent toujours exclusivistes : Il y a ainsi la mise en place de mécanismes d'« autolimitation des droits »²⁶⁹ qui déterminent dans quelle mesure un membre de la communauté peut entretenir des relations juridiquement reconnues avec des étrangers. Mais il n'y a pas l'émergence d'un principe général de légitimité des relations avec l'étranger. Pis, le rattachement retenu pour régler les différences de statuts ne dépasse pas l'exclusivisme. On peut rallier la position de

²⁶⁵ *Ibid.*, spéc. p. 36. Le statut de citoyen emportant à l'évidence des droits que la qualité de sujet ne garantissait pas.

²⁶⁶ Voy. not. A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 55.

²⁶⁷ Voy. par exemple F. STURM, « Comment l'antiquité réglait-elle ses conflits de lois ? », préc., note 179, spéc. p. 273.

²⁶⁸ *Ibid.* ; voy. égal. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175.

²⁶⁹ W. NIEDERER, « *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu* », préc. à la note 181, spéc. p. 149.

Werner Niederer sur ce point, pour qui « le principe de la personnalité n'est pas, en soi, une règle de conflit »²⁷⁰. Chaque ordre décide donc s'il reconnaît ou non la qualité de membre et s'il veut appliquer son droit à telle ou telle personne, ce qu'il fait alors en raison des liens que cette personne entretient avec l'ordre juridique en question. L'évidence du personnalisme et du rattachement par l'*origo* a pour conséquence que l'on reste dans un raisonnement exclusiviste²⁷¹. La difficulté principale tenant au fait que les non membres de la société se trouvent exclus n'est donc pas surmontée par le droit romain. A l'égard des étrangers, l'attitude peut en effet rester, « juridiquement » du moins, hostile. Et il n'y a pas dès lors de droit international privé, même s'il peut y avoir « conflit de lois ». Encore que celui-ci ne se présente que sous une forme trop frustrante pour l'affirmer de manière indiscutable²⁷². Les seules relations qui sont reconnues sont en effet celles qui se déroulent au sein de l'Empire romain, mais non celles qui concernent les relations entre le monde romain et le monde barbare. Il n'est dès lors pas étonnant que les invasions barbares, malgré le mélange de populations et de législations qu'elles entraînent, n'aient pas pour conséquence l'apparition d'un concept de droit international privé, puisque le système peut continuer à fonctionner en termes exclusivistes²⁷³.

60. Cela prouve ainsi que l'universalité romaine reste imparfaite, car elle subordonne la reconnaissance d'un statut juridique à la condition préalable de la citoyenneté romaine. On reste donc dans le cadre d'une universalité relative. Rien ne permet en effet de considérer que l'universalité inhérente au droit de l'Empire romain se conçoive comme une universalité qui soit au-dessus de l'ordre juridique que ce dernier se contente de constater. Cette universalité qui permettrait de régler les relations dépassant le cadre de la seule société du for présupposerait le dépassement d'une dimension seulement politique du droit. Or pour l'Empire romain, la citoyenneté, et la qualité de sujet de droit qui y est attachée, restent l'expression d'un lien d'allégeance à Rome, et il y a toujours des personnes qui en sont

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ En matière familiale, l'on rencontre ainsi le même raisonnement que celui des Grecs. En outre la confusion entre l'action et le droit subjectif, combinée à la prédominance de l'idée de l'identité entre le juge et le *ius*, est très peu propice à l'émergence d'un conflit de lois : soit l'ordre juridique confère une action, ce qui implique que son droit consacre le droit subjectif nécessairement inhérent à cette action, soit il la refuse, auquel cas la question de l'application d'un droit différent ne se pose pas, le droit étant refusé. Pour qu'il puisse y avoir véritablement un droit international privé, il faudrait que le juge décide de conférer une action parce qu'un autre ordre juridique que le sien attribue un droit subjectif à l'auteur de l'action. Or rien ne permet de découvrir une telle attitude de la part des juges ou préteurs romains.

²⁷² Voy. sur ce point, not. W. NIEDERER, « *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu* », préc. à la note 181.

²⁷³ Voy. not. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 46 et s.

totale²⁷⁴. L'héritage des stoïciens, que Sénèque traduit parfaitement lorsqu'il énonce, au nom de la qualité d'homme commune à tous, que « le monde est le seul parent commun à tous, [...] affranchis, esclaves ou hommes originaires d'ailleurs »²⁷⁵ reste juridiquement incomplet. La conscience de l'exigence philosophique de l'universel, que l'on rencontre notamment chez Cicéron et Marc Aurèle, ne trouve ainsi pas de véritable « traduction institutionnelle et politique »²⁷⁶. Le droit romain comprend toujours des personnes auxquelles on refuse la reconnaissance de la qualité de sujet de droit, « la situation juridique de l'étranger étant à certains égards pire que celle de l'esclave »²⁷⁷, leur situation étant le mieux caractérisé par le terme de « *Rechtslosigkeit* »²⁷⁸. Le fait d'être ainsi dépourvu de droits explique d'ailleurs parfaitement les difficultés qu'il y a de concevoir un droit international privé au sens contemporain du terme. Comment pourrait-on en effet envisager l'application de règles spéciales à des personnes que l'on considère être dépourvues de la personnalité juridique ?

61. Si l'Empire romain se veut donc universel, il ne prétend à l'universalité que dans la mesure de sa sphère d'influence politique, et ne se dote pas d'une universalité absolue dépassant les contingences des considérations d'influence effective. On est ainsi dans le cadre d'une universalité qui est immanente à l'ordre juridique. Celui-ci a vocation à s'étendre à un nombre indéfini de situations, mais ne prétend régir que les situations qui rentrent spécialement dans son champ d'application. La solution à un problème juridique est donc à chercher à l'intérieur même de l'ordre juridique du « for », c'est-à-dire de l'Empire. Un système de droit international privé serait concevable si cet ordre juridique prétendait se doter d'un champ d'application universel, au sens d'une prétention à régir indéfiniment toutes les situations, et combinait cette prétention avec une volonté de maintenir et d'organiser une diversité de conceptions juridiques. Mais le droit romain reste à cet égard doublement insuffisant. Premièrement, parce qu'il ne prétend pas appréhender universellement toutes les situations, même après l'édit de Caracalla. Son universalité reste donc relative, car cantonnée aux limites de l'Empire, et les situations que l'ordre juridique romain ne prétend pas régir restent juridiquement irrésolues. Deuxièmement, parce qu'il n'instaure pas un système de

²⁷⁴ Qu'il s'agisse des « barbares », des esclaves ou des femmes.

²⁷⁵ Sénèque, *Ben.*, III, 28.

²⁷⁶ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 63.

²⁷⁷ R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 572 (en citant Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 1876-1877, II, p. 590).

²⁷⁸ *Ibid.* Traduit plus haut par le terme de « statut de hors la loi » ou de « sans-droit » (cf. *supra*, note 209).

coordination des statuts juridiques, et laisse au contraire le système d'autolimitation des droits se développer²⁷⁹. Si le système de la double allégeance implique l'acceptation de la multiplicité des statuts juridiques à l'intérieur de l'Empire romain, le recours à *l'origo* et le principe de la personnalité des lois ne constituent pas un système permettant l'articulation des relations entre les différents statuts, mais traduisent la survivance de considérations exclusivistes. Or l'apparition d'un véritable système de droit international privé aurait supposé que le droit romain organisât lui-même juridiquement les relations qui se nouent entre les membres des différents ordres juridiques qu'il reconnaît en son sein, sans s'en remettre sur ce point aux différents ordres juridiques qu'il s'agit de faire coexister. Cette double insuffisance du système juridique romain s'oppose à ce que l'on considère l'Empire romain pleinement capable de concevoir son universalité pour s'ouvrir à un nombre illimité de situations.

62. L'étude du droit romain fait donc apparaître que l'universel, s'il reste nécessaire au concept de droit international privé, peut aussi rester insuffisant. L'universalité romaine l'illustre puisqu'il s'agit d'une universalité conditionnelle, en ce sens que l'on n'accepte juridiquement que les situations appartenant politiquement à la communauté romaine, même si celle-ci se veut universelle. Dès lors, cette universalité a pour objectif d'appliquer ses conceptions juridiques matérielles dans la mesure de sa sphère d'influence politique, mais n'est pas capable de saisir juridiquement les relations avec l'étranger autrement que par la dualité exclusion-inclusion. La logique juridique reste dès lors exclusiviste, et il est cohérent qu'elle ne s'accompagne pas d'un système qui a vocation à appréhender les relations avec l'étranger en vue de coordonner la différence entre conceptions matérielles. Or c'est là l'objet du droit international privé au sens contemporain du terme. Et c'est précisément à cet égard que le christianisme introduit des nouveautés qui se révéleront indispensables à l'émergence du concept de droit international privé.

²⁷⁹ Notamment en matière de relations familiales. Face au système d'autolimitation, le droit romain peut également imposer le respect du *jus commune*, notamment pour les relations commerciales. Mais cela implique aussi une absence de coordination.

Section 2 L'universalité absolue du Moyen Age

63. D'après une formule connue, le droit international privé est un « produit de la civilisation chrétienne moderne »²⁸⁰. Cette formule renferme une double composante. Premièrement, que le droit international privé est un produit de la civilisation chrétienne. Deuxièmement, que le droit international privé est lié aux avancées des temps modernes. Si la religion chrétienne n'a donc pas à elle seule conduit à l'écllosion d'un système de droit international privé, son emprise intellectuelle et scientifique sur la période qui nous intéresse ici justifie d'en étudier de façon plus approfondie les implications. Après avoir vu en quoi la religion chrétienne apporte un enrichissement majeur à la pensée philosophique, indispensable au concept de droit international privé (I), il faudra ainsi expliquer pourquoi cette avancée philosophique n'a pas pu se traduire politiquement et juridiquement (II).

I Le concept universel de l'homme dans la religion chrétienne

64. La chute de l'Empire romain et les grandes invasions barbares se traduisent par un net appauvrissement des méthodes qui pouvaient s'apparenter à des techniques de droit international privé. Le recours à la théorie de la personnalité des lois prévaut, en tant que « droit subjectif de chacun à vivre sous sa loi, sous la loi de sa communauté d'origine, qui participe du sentiment d'identité »²⁸¹. Il en découle que « l'individu ne doit obéissance qu'aux lois ou au système juridique du groupe auquel il appartient »²⁸². On revient donc vers la situation dans laquelle l'étranger est « considéré comme un sans-droit »²⁸³. Meijers estime certes que cette situation ne met pas « le régime médiéval de la loi personnelle hors du droit international privé »²⁸⁴. Mais à supposer qu'il s'agisse d'un système de droit international privé, il ne s'agit certainement pas d'un système de droit international privé au sens

²⁸⁰ H. LAUTERPACHT, dans OPPENHEIM, LAUTERPACHT, *International Law*, 7^e édition, London, 1948, I, p. 68, cité par R. BIERZANEK, « Le statut juridique des étrangers dans l'antiquité gréco-romaine », préc., note 204, spéc. p. 567 (« Le droit international » is a product of modern Christian civilization »).

²⁸¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 47.

²⁸² *Ibid.*, spéc. p. 48.

²⁸³ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, coll. RCADI, n°49, Brill, Nijhoff, Leyde, 1934, p. 543-686, spéc. p. 550 ; et ce de façon absolue, alors que le droit romain avait conduit à une acceptation partielle de la qualité de sujet de droit de certains étrangers (cf. *supra*, n° 55 et s.).

²⁸⁴ *Ibid.*, spéc. p. 552 ; en sens inverse notamment A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 59 et s. ; de façon plus générale également W. NIEDERER, « *Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu* », préc. à la note 181, spéc. p. 148.

contemporain du terme. La prise en compte juridique de l'étranger ne se fait en effet absolument pas de façon universelle, mais de façon très contingente et limitée, pour ne pas dire pas du tout. Il semble donc possible d'affirmer qu'au départ l'état de la pensée juridique du Moyen Age est insuffisant pour permettre la construction d'un système de droit international privé. Exclusivisme et détermination unilatérale du champ d'application prévalent encore très largement sous le couvert de la personnalité des lois.

65. La question est dès lors de savoir quel apport a pu avoir le développement du christianisme en vue de la découverte d'un universel permettant de dégager les bases d'un véritable système de droit international privé dépassant les appartenances politiques. Le christianisme introduit en effet un élément nouveau très important dans la pensée juridique occidentale : au lieu de raisonner par rapport au citoyen, il raisonne par rapport à l'homme. Il confère une dimension nouvelle à l'universalité qui « dépasse »²⁸⁵ celle relative attachée au statut de citoyen pour atteindre celle absolue attachée à la qualité d'homme. Les sources bibliques de ce dépassement de la condition de citoyen ne manquent pas. L'Épître aux Galates est particulièrement intéressante à cet égard. Saint Paul y fait clairement part de sa volonté de dépasser les structures existantes : « Il n'y a ni Juif, ni Grec, il n'y a ni esclave ni homme libre, il n'y a ni mâle ni femelle, car tous vous ne faites qu'un dans Jésus-Christ »²⁸⁶. On retrouve également le point de départ indéniable de cette attitude humaniste dans l'idée de l'amour du prochain²⁸⁷.

66. On ne peut certes pas faire de cet humanisme l'apanage absolu des trois grandes religions monothéistes²⁸⁸. Le stoïcisme a également déjà grandement préparé le terrain intellectuel dans le pourtour méditerranéen²⁸⁹. Le christianisme se révèle néanmoins déterminant. D'une part, en ce qu'il érige cette acceptation de l'autre, cet amour du prochain,

²⁸⁵ Le terme de « dépassement » se trouve chez plusieurs auteurs qui ont fortement influencé les présentes lignes ; voy. not. F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 85, parlant du « dépassement de tout communautarisme dans l'universalisme chrétien » ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 130, parlant de « l'Etat chrétien comme dépassement ».

²⁸⁶ Galates 3 :28.

²⁸⁷ Cette idée n'est certes pas nouvelle lorsque le Nouveau Testament la réaffirme, l'Ancien Testament comportant déjà ce précepte (Lévitique 19,18), tout comme le Coran comporte également des éléments qui peuvent être interprétés en ce sens, notamment en postulant que par l'amour du prochain l'on fait preuve d'amour à l'égard d'Allah.

²⁸⁸ Confucius évoquant également que « tous les hommes sont frères », in Entretiens, XII, 5 : « entre les quatre mers, tous les hommes sont frères ».

²⁸⁹ Cf. *supra*, n° 49 et s.

en l'un des deux préceptes absolus de la religion chrétienne²⁹⁰. D'autre part, en ce que le christianisme avait l'ambition et la vocation à réaliser le Salut de l'homme au-delà des considérations politiques et juridiques, en dépassant la loi. Le christianisme se pose ainsi comme un approfondissement essentiel de la morale stoïcienne, et un pas déterminant vers la découverte d'un universel philosophique nouveau. Cet universel est d'autant plus puissant qu'il dépasse et relativise les contingences politiques²⁹¹. Ce dépassement tient à ce qu'aux yeux de la religion chrétienne, « les hommes n'existent tous que par et dans une même filiation avec Dieu, qui n'est pas plus Dieu des uns que des autres, pas plus des juifs que des païens »²⁹².

67. Il convient ici de rappeler les grandes lignes tirées de l'enseignement de saint Paul²⁹³, en commençant par l'affirmation selon laquelle le Christ a racheté l'homme « de la malédiction de la loi »²⁹⁴. L'universalité du Salut ne peut ainsi se réaliser qu'en supplantant la loi. Vient ainsi s'opposer à la loi le concept de grâce, qui « ouvre un nouvel horizon [...] à l'universel »²⁹⁵. Cela démontre toute l'importance du christianisme dans la fondation d'un universel absolu, dépassant la relativité attachée à l'ordre juridique. L'universel nouveau dégagé par le Christ est celui de l'amour, en ce que celui-ci est « l'accomplissement de la loi »²⁹⁶. Dès lors, cet « universel Amour »²⁹⁷ « inclut par avance le destin personnel de tous les hommes, [...] élevés, sous cette unicité d'Amour, en sujets universels qui n'en demeurent pas moins chacun dans leur ouverture individuelle à lui [...] uniques et singuliers »²⁹⁸. Le sujet chrétien dès lors « libéré de toute détermination spécifiante, l'affectant en lui-même, est le plus radicalement ouvert à l'universalité »²⁹⁹. On retrouve cette idée de façon

²⁹⁰ Matthieu 22 :36-40 ; à côté de l'amour de Dieu.

²⁹¹ Nous allons revenir plus longuement sur la deuxième proposition, qui est loin d'avoir eu historiquement toujours un sens religieux dépourvu d'arrière-pensée politique.

²⁹² F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 93 ; à rapprocher de Romains 3 :29.

²⁹³ Pour plus d'approfondissements, voy. notamment Badiou 1998

²⁹⁴ Galates 3 :13.

²⁹⁵ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 86.

²⁹⁶ Romains 13 :10.

²⁹⁷ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 95.

²⁹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 87.

²⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 94. Ce qui résulte de ce que « la seule consistance dont l'homme soit capable découle de sa complète dépendance vis-à-vis d'un Dieu *unique*, et le *même* pour tous ; et, d'autre part, de ce qu'*un même* Événement, octroyé par Dieu et proclamé par son Fils, soit seul constitutif de l'histoire humaine. Il en découle un complet *évident* du sujet chrétien ne possédant plus rien en propre, par sa nature » ; *ibid.* (c'est nous qui soulignons).

particulièrement forte dans la doctrine de saint Thomas³⁰⁰ d'après laquelle « superposée à la nature générique de l'homme, *il y a dans chaque individu, une nature, une vocation propre* »³⁰¹, ce qui fait que « *l'individu [...] par une part de son être, sa vocation surnaturelle, son âme, dépasse la cité*, et les intérêts de son âme sont au-dessus du bien collectif temporel du groupe »³⁰². Autrement dit, *le christianisme est le premier système de pensée qui accepte l'universalité de l'homme dans son absoluté*. L'homme n'y est évidemment pas l'idéal lui-même, mais tout homme est également apte à obtenir le Salut, quelles que soient ses conditions d'existence, notamment juridiques, dans le monde temporel. L'individu échappe dès lors partiellement au contrôle de l'Etat et son âme est libre, parce qu'ordonnée à une fin supérieure. Cette idée n'est pas seulement un apport indéniable par rapport à la philosophie politique de Platon et d'Aristote, mais également, de par l'absoluité avec laquelle elle est posée, un apport indispensable à la philosophie politique des stoïciens³⁰³.

68. Les enseignements juridiques qu'il convient de tirer de cette évolution philosophique sur le terrain du droit international privé sont de prime abord radicaux. En acceptant tout homme dans sa relation avec Dieu, et à travers le commandement de l'amour du prochain, le christianisme fait sauter les verrous de l'exclusivisme. Comment peut-on en effet encore refuser la qualité de sujet de droit, avec toutes les privations que ce refus implique, aux membres de la Communauté de Dieu ? Celle-ci étant conçue de façon radicalement universelle, tout homme doit être reconnu dans sa qualité d'homme, dans sa qualité de membre de la Communauté de Dieu. Le concept d'étranger perd tout son sens une fois acceptée l'universalité du message chrétien. L'universalité qui découle du christianisme dépasse dès lors très largement celle de l'Empire romain. L'Empire romain avait une vocation à l'universalité, mais ne concevait celle-ci que de façon contingente dans le cadre de la sphère d'influence politique de l'Empire. Le christianisme quant à lui se veut la réalisation de l'universalité, et la conçoit dès lors de façon absolue, dépassant toute contingence politique. Saint Thomas est révélateur de la révolution intellectuelle réalisée par le christianisme en

³⁰⁰ Et l'on nous pardonnera ici de faire l'impasse sur saint Augustin, dont l'apport est en réalité en contradiction avec ce point particulier tiré de saint Thomas (cf. *infra*, n° 77 et s., n° 84 et n° 104).

³⁰¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 174, c'est nous qui soulignons.

³⁰² *Ibid.*, c'est nous qui soulignons.

³⁰³ *Ibid.* citant notamment Sénèque : *Mens quidem est sui iuris*, que nous retiendrons ici dans le sens de « l'âme s'appartient à elle-même » ou « l'esprit est autonome », ce qui montre bien le caractère limité de l'universalité stoïcienne, capable de saisir l'esprit, mais non le corps de l'individu. L'individu n'est donc pas envisagé dans la totalité de son être qui eut impliqué qu'il soit saisi dans son esprit et son corps. Ce sera justement le cas avec le

matière de philosophie politique, puisque « le système juridique thomiste n'est pas la pure reproduction du système juridique antique, [mais qu'] *il porte en germe le droit moderne, parce que l'expérience chrétienne l'a doté d'une dimension de plus* »³⁰⁴. Cette dimension est celle de l'universalité de l'enseignement chrétien ouvert de façon absolue à tout homme. Par rapport aux Romains, qui ont repris l'universalité philosophique pour lui conférer une dimension politique limitée, les Chrétiens dotent cette universalité d'une dimension absolue. S'agissant d'une universalité religieuse, cela est cohérent. Une religion se veut en effet toujours universelle³⁰⁵. La religion chrétienne a cependant la particularité de se concevoir de façon universellement ouverte³⁰⁶. Elle ne se conçoit donc pas limitée à une certaine communauté, comme le font souvent les religions. Elle prétend au contraire appréhender tous les hommes, sur le seul fondement de leur qualité d'homme. Or s'il « faut bien constater un lien entre le refus de la personnalité juridique et la méconnaissance de la qualité d'homme »³⁰⁷, l'inverse est évidemment tout aussi vrai : reconnaître la qualité d'homme doit entraîner la reconnaissance de la personnalité juridique. A cet égard saint Thomas se montre encore déterminant, puisque, à l'inverse d'Aristote, il « reconnaît la qualité de sujet de droits à tous les hommes, sans discrimination des esclaves et des étrangers »³⁰⁸. L'universalité chrétienne représente par conséquent un potentiel très important pour le droit international privé. En acceptant tous les hommes, indépendamment de leur appartenance à une certaine communauté, donc indépendamment de leur appartenance politique, l'universalité chrétienne s'ouvre *a priori* de façon absolue sur la diversité des statuts juridiques. Les hommes étant acceptés quelle que soit leur condition juridique, l'on est bien obligé de penser un système appréhendant l'ensemble des situations, donc aussi l'ensemble des systèmes juridiques qui existent *de facto*, ce qui est une nouveauté déterminante, car jusque-là il était toujours conceptuellement possible de refuser de reconnaître l'extranéité. Désormais la seule question

christianisme ; pour la traduction de l'œuvre de Sénèque, voy. L. A. SENECA, *Sénèque le philosophe : Œuvres complètes*, J. J. Dubochet & C°, Paris, 1838.

³⁰⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 174 ; en référence également à E. KURZ, *Individuum und Gemeinschaft beim heiligen Thomas von Aquin*, Verlag Josef Kösel und Friedrich Pustet, Munich, 1932 ; G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Società editrice internazionale, Turin, 1949.

³⁰⁵ Au sens de « détentrice de la vérité ».

³⁰⁶ Ici il faut faire attention au sens retenu : une religion se veut logiquement toujours universelle, au sens de vrai ; mais cela n'implique pas que cette religion prétende appréhender l'ensemble des relations entre les hommes. Souvent les religions se conçoivent comme limitées à une certaine communauté. Les étrangers à cette communauté sont soit intégrés (et deviennent membres), soit tolérés (mais alors avec un statut différent), soit éliminés

³⁰⁷ Puisque « ce refus a de telles conséquences humaines qu'il est incompatible avec la reconnaissance de cette qualité » ; H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 168.

³⁰⁸ *Ibid.*, spéc. p. 169.

sera de savoir comment traiter l'extranéité : en l'intégrant en l'assimilant ou en l'acceptant dans sa diversité ?

69. Le problème est que cette universalité risque d'être tellement absolue qu'elle intègre tous les hommes sans nécessairement s'ouvrir à la reconnaissance de la diversité entre ceux-ci. Si les hommes refusent d'adhérer à la religion universelle, ils ne s'exposent en effet pas moins aux sanctions édictées par cette religion, ce qui implique nécessairement leur qualité de membre de cette religion. Autrement dit, l'universalité religieuse du christianisme reste une universalité absolue soumettant tous les hommes aux mêmes règles. Cette universalité religieuse est donc conçue de façon uniformisante, fermée à la diversité. Mais la religion chrétienne procède nettement à la distinction entre les domaines religieux et juridique, ce qui permet une conception différente de l'universalité au niveau juridique et politique. Si l'universalité religieuse intègre uniformément tous les hommes dans une même communauté³⁰⁹, elle doit permettre de faire sauter le verrou de la non reconnaissance juridique de l'étranger, sans s'accompagner d'une totale intégration juridique de l'étranger, au sens d'une assimilation. A défaut, et c'est d'ailleurs ce qui a longtemps été le cas pour le droit de la famille, au sujet duquel « l'emprise du droit de l'Eglise, qui paraît générale depuis le IXe siècle, épargne les conflits relatifs à l'état de la personne proprement dit »³¹⁰, un droit international privé ne saurait à l'évidence se développer, aucune diversité n'étant à coordonner³¹¹. La question qui se pose est donc de savoir si l'universalité religieuse du christianisme peut se traduire politiquement et juridiquement de façon à la fois diverse et ouverte à la diversité des autres systèmes juridiques. La difficulté sera de traduire politiquement l'universalité inhérente au message religieux, par des règles juridiques qui ne soient pas exclusives de toute solution alternative. Les ordres juridiques devront ainsi être en mesure de concevoir leur propre relativité. La chose est loin d'être facile, et cette difficulté sera pendant longtemps la cause de l'absence d'un droit international privé. Comment en effet concevoir l'acceptabilité de solutions divergentes alors que les solutions propres reposent sur des vérités prétendument universelles ? Il n'est donc pas étonnant que la doctrine scolastique ait versé dans une forme de facilité intellectuelle consistant à traduire l'enseignement

³⁰⁹ Conçue comme étant universelle, mais ce qui la rapproche finalement de l'universalité impériale de Rome.

³¹⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 59.

³¹¹ Or ce qui distingue justement l'universalité de la communauté est que l'universalité doit être capable d'appréhender également les solutions non communes, tandis que la communauté, qui peut se vouloir universelle, à l'instar des Empires ; refuse d'accepter toute solution non commune, ce qui exclut nécessairement que cette communauté soit capable d'appréhender toute solution, Exigence de l'universalité

religieux par des systèmes juridiques exclusivistes. Lorsque les circonstances historiques permettront en effet à l'Eglise de contribuer à la formation du droit, contrairement à l'esprit initial du christianisme qui se voulait détaché de la loi³¹², son influence transformera ainsi l'universalité initiale en exclusivité.

II La transformation politique de l'universalité en exclusivité

70. La transformation politique de l'universalité chrétienne en exclusivité tient sans aucun doute à de contingences politiques. L'auteur qui servira en grande partie de fondement aux constructions de l'exclusivité, c'est-à-dire saint Augustin, est en effet loin d'avoir livré un message devant nécessairement conduire à une telle exclusivité. Il se prête en effet à de multiples interprétations³¹³. Et notamment des interprétations ouvrant la porte à un universel ouvert. En distinguant entre « cité terrestre » et « cité de Dieu »³¹⁴ et en prêchant l'obéissance aux lois temporelles malgré leur injustice³¹⁵, la doctrine de saint Augustin allait en toute fin de compte « conduire au positivisme juridique de l'époque moderne qui puise, à travers les écrits de saint Augustin, ses racines dans le christianisme »³¹⁶. Saint Augustin a cependant dans un premier temps joué un rôle considérable dans une acception chrétienne et exclusiviste du droit. Il part en effet de l'affirmation que les lois temporelles ne sont du droit qu'à condition d'être justes³¹⁷. Or pour lui « la vraie *justice* reste une justice dictée par Dieu »³¹⁸ et « c'est donc dans la lumière de l'Evangile que se situera l'authentique droit »³¹⁹. Il a été remarqué à juste titre qu'« en vérité il s'agit maintenant d'une *morale* »³²⁰, ce qui ne change cependant rien à l'interprétation de saint Augustin, puisque pour ce dernier « la justice est une *rectitude morale absolue* »³²¹. Voilà posées les bases d'une acception du droit irréductible à l'acceptation de l'altérité de l'étranger. Si seul ce qui est juste mérite d'être qualifié de droit, et que seul est juste le comportement en accord avec la loi divine, l'on comprend aisément

³¹² Même si le christianisme se veut expressément au-dessus de la loi, ce qui devrait permettre une certaine diversité entre les lois, par rapport auxquelles la religion se veut indépendante.

³¹³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 113.

³¹⁴ *Ibid.*, spéc. p. 112.

³¹⁵ Allant jusqu'à ne rien faire pour l'abolition de l'esclavage ; *ibid.*, spéc. p. 118.

³¹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 120.

³¹⁷ « Où il n'y a point de justice, il n'y a point de droit. [...] Il ne faut pas appeler droits les établissements injustes des hommes, puisqu'eux-mêmes ne nomment droit que ce qui vient de la source de la justice », La Cité de Dieu, XIX, 21, cité par *Ibid.*, spéc. p. 117.

³¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 123.

³¹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 125.

³²⁰ *Ibid.* les italiques sont du texte original.

que seule la loi chrétienne mérite d'être qualifié de droit, tout comportement ne respectant pas la loi chrétienne étant nécessairement « injuste ». Et saint Augustin allait prôner en fin de compte une conception des lois temporelles réconciliées avec la pleine justice divine, en sorte qu'« en définitive, l'idéal de saint Augustin c'est que les lois humaines s'alignent sur les lois de la justice chrétienne »³²². Et même si au V^e siècle cette volonté de faire que le droit devienne chrétien ne pouvait être qu'« un rêve d'avenir confus »³²³, le Moyen Age allait retenir surtout les textes promouvant cette vision absolutiste et exclusiviste d'un droit calqué sur la justice divine. C'est ainsi que « l'Eglise triomphante a revêtu finalement son universalisme de cet exclusivisme dont tout commun est menacé »³²⁴.

71. On en retrouve plusieurs illustrations. L'axiome selon lequel « l'Evangile est la vraie règle »³²⁵, invoqué tout au long du Moyen Age au sujet des réformes de la vie monacale, l'affirmation de la « *compétence universelle du droit canonique* » par les clercs face au pouvoir impérial qui s'érode³²⁶, la proposition qu'au Moyen Age « le but des lois, c'est de servir l'Eglise, d'induire le peuple à la vertu, à la "rectitude", au respect de la loi divine »³²⁷. Enfin et surtout dans l'acception que se fait la société de l'époque du concept de droit, « droit qui est morale »³²⁸. Le mot droit signifia en effet dans cette société « l'effort de concordance avec la loi divine, reconnue [...] comme vraie norme de vie sociale »³²⁹. Or une telle acception du mot droit empêche toute éclosion d'un système permettant de faire coexister différents droits, empêche tout droit international privé. Seul est droit ce qui concorde avec la morale, avec la loi divine, avec les vérités supposées universelles contenues dans le message de l'Evangile, avec la nécessaire universalité des lois religieuses. Tout ce qui est autre, qui est différent ne peut plus être qualifié de droit, et ne peut donc plus recevoir aucune forme de consécration juridique, et partant sociale. Toute altérité est donc refusée et refoulée d'un système qui se conçoit comme exclusif, sous la seule réserve de son prosélytisme qui lui

³²¹ *Ibid.*, spéc. p. 126.

³²² *Ibid.*, spéc. p. 131.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 97.

³²⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 134.

³²⁶ *Ibid.*, spéc. p. 136 c'est nous qui soulignons.

³²⁷ *Ibid.*, spéc. p. 138.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

donne une ambition universelle, mais uniformisante, et donc incompatible avec l'idée d'un droit international privé³³⁰.

72. En réinvestissant le domaine du politique, l'universalité religieuse retrouve en effet une relativité et un exclusivisme que le droit international privé a pourtant besoin de surmonter pour pouvoir exister. A cela s'ajoute le fait que le christianisme connaît un tel « succès » en Europe que la question des relations entre différents ordres juridiques ne se pose plus, surtout en matière de relations familiales, toutes les différences se trouvant fondues dans l'universalité uniformisatrice du Salut, telle qu'exprimée par le droit canonique. Le système rejoint alors l'universalité politique de Rome³³¹. Mais cette universalité politique empêche de prendre en considération la multiplicité des « statuts » parce qu'elle empêche d'avoir conscience de cette multiplicité et réintroduit la seule alternative entre membre de la communauté de chrétiens et non membre. Et c'est là l'obstacle majeur dressé à l'éclosion d'un véritable système de droit international privé, puisqu'une telle acception d'une universalité exclusive n'est pas de nature à surmonter les difficultés idéologiques incluses dans le système de la personnalité des lois prévalant au commencement du Moyen Age³³². Conçu comme « droit subjectif de vivre selon sa loi personnelle »³³³, et combiné à l'idée qu'« un étranger est considéré primitivement comme un sans-droit »³³⁴, ce système n'est pas de nature à permettre l'apparition d'un véritable droit international privé autour de l'acceptation de l'application d'un droit étranger, qui présuppose la reconnaissance de l'aptitude de l'étranger à être titulaire de droits subjectifs³³⁵.

73. Néanmoins, l'affaiblissement du régime de la personnalité des lois, dû à des causes diverses³³⁶, dont la renaissance du droit romain³³⁷, n'allait pas conduire à l'acceptation de

³³⁰ A l'instar de l'Empire romain, lui-aussi ambitionnant son universalité politique.

³³¹ Sans connaître par ailleurs le tempérament de l'absence d'universalité religieuse.

³³² Sur lequel, voy. surtout E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 549 et s.

³³³ *Ibid.*, spéc. p. 553.

³³⁴ *Ibid.*, spéc. p. 550.

³³⁵ *Ibid.*, spéc. p. 552 ; Meijers ne soutient pas véritablement autre chose, seulement il utilise une acception bien plus compréhensive du droit international privé, à laquelle nous nous rallions partiellement en étudiant ce système de la personnalité des lois et sa contribution au développement du droit international privé.

³³⁶ *Ibid.*, spéc. p. 558-562 ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 48.

³³⁷ « Le régime des lois personnelles ne pouvant se maintenir à côté d'une telle loi universelle », E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 566.

l'étranger³³⁸, ni au développement immédiat de systèmes permettant l'application d'une loi différente de la *lex fori*. Le rattachement utilisé pour déterminer la loi applicable rejoint ainsi le raisonnement précédent, de nature exclusiviste et fondé sur la recherche de l'appartenance ou non au groupe social qui reconnaît la juridicité de la situation³³⁹. Or, ce « rattachement atteste que l'individu ne tient sa personnalité et, partant, son statut et son aptitude à agir dans la vie sociale, que du groupe auquel il appartient »³⁴⁰. On retombe dans l'exclusivisme. Sous la réserve très importante de l'influence du droit canonique, puisque l'influence du droit de l'Eglise évite les conflits en de nombreux domaines touchant au droit de la famille³⁴¹. Dès lors, et malgré les réponses que la pratique pouvait apporter dès le Moyen Age à d'autres problèmes de droit international privé, il faudra attendre la fin du XVIIIe siècle pour voir « la catégorie de l'état et de la capacité des personnes embryonnaire [...] s'enrichir avec la déconfessionnalisation du droit de la famille »³⁴².

74. La situation du droit international privé face au christianisme est donc polyvalente. D'un côté, le christianisme porte un potentiel universel qui entraîne de façon logique et nécessaire l'éclosion d'un droit international privé. D'un autre côté, pour reprendre une formule déjà utilisée, « l'Eglise triomphante a revêtu finalement son universalisme de cet exclusivisme dont tout commun est menacé »³⁴³. Cela rend impossible l'acceptation de solutions différentes de celles posées par le système juridique institué par l'Eglise. Si l'expérience chrétienne n'infirmes pas la nécessité de l'universel pour que le droit international privé puisse apparaître, elle prouve cependant l'insuffisance d'un universel conçu comme outil d'uniformisation. Or c'est justement le reproche qu'encourt l'universalité catholique³⁴⁴ : il s'agit d'une universalité concrète qui a pour objectif d'appliquer uniformément des

³³⁸ Sur lequel voy. not. M. BOULET-SAUTEL, « L'aubain dans la France coutumière du Moyen Age », Rec. Soc. J. Bodin, t. IX « L'étranger », 1958, vol. 2, p. 65 et s.

³³⁹ En ce qui concerne l'état familial de la personne prévaut ainsi un rattachement par le domicile, ou par l'*origo*, en Italie, mais fortement rapproché du concept de domicile. Mais ce rattachement ne se pose pas comme une règle de conflit. Il s'agit au contraire de la règle déterminant les personnes assujetties aux règles de l'ordre juridique qui reconnaît la juridicité de la situation.

³⁴⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 59.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*, spéc. p. 90.

³⁴³ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 97 ; Confirmant ainsi la remarque que « c'est toujours quand on prétend parler au nom de l'universel que l'on affirme le plus fortement sa subjectivité bornée » (E. MORIN, *La complexité humaine*, préc., note 151, spéc. p. 303).

³⁴⁴ Nous utilisons sciemment ici le terme de « catholique » et non de « chrétien » (alors que la Réforme n'a pas encore eu lieu) pour souligner la différence qu'il y a, selon nous, entre l'universalité de la religion chrétienne et l'universalité défendue par l'Eglise chrétienne. L'Eglise chrétienne, qui deviendra ultérieurement catholique, prétend en effet jouer un rôle politique important modifiant fondamentalement le sens de l'universel.

conceptions matérielles. L'universalité catholique tend ainsi vers l'uniformité. Il est logique qu'elle ne s'accompagne pas d'un système qui a vocation à coordonner la différence entre conceptions matérielles³⁴⁵.

75. L'irréductibilité idéologique du christianisme triomphant n'a pourtant pas empêché l'émergence d'un droit international privé embryonnaire³⁴⁶. Et ce même avant la réhabilitation de l'esprit universel et ouvert du christianisme par saint Thomas. Les raisons relèvent du contexte politique. En Italie, il s'agit de la multiplication des autonomies municipales et de l'affaiblissement du pouvoir impérial. Et en France, du regroupement de multiples coutumes locales au sein d'un pouvoir royal unique insuffisamment fort pour supprimer ces coutumes locales. Les facteurs intellectuels, liés notamment au renouveau du droit romain³⁴⁷, ne sont cependant pas négligeables non plus. Autrement dit, le droit international privé a pu éclore dans un contexte idéologique qui était celui d'un universel exclusif et uniformisant, fermé sur l'altérité car prônant l'absoluité de son message. Le droit international se construit ainsi dans un premier temps dans un contexte qui refuse l'altérité³⁴⁸, ce qui est confirmé par l'infériorité juridique importante dans laquelle était maintenu l'étranger³⁴⁹. Mais si le système ignore l'altérité, il n'en ignore pas pour autant la différence, car des différences juridiques apparaissent à l'intérieur de la communauté chrétienne. Ces différences sont acceptées à condition de ne pas remettre en cause l'idéologie de l'Eglise. Autrement dit, au sein de la communauté de l'Eglise peuvent apparaître des différences tant qu'elles ne remettent pas en cause l'appartenance à cette communauté. Une même question peut donc recevoir une pluralité de réponses juridiques d'une seigneurie ou d'une municipalité à une autre, tant que ces réponses se conforment à l'idéal commun, qui, rappelons-le, se veut universel et exclusif. La prise de conscience de cette pluralité débouche naturellement sur la prise de conscience de la nécessité d'organiser cette pluralité de solutions. Cette double prise de conscience va constituer la deuxième étape fondamentale vers la conceptualisation du droit international privé contemporain (chapitre 2).

³⁴⁵ Ce qui semble pourtant nécessaire si l'on veut accepter un droit international privé au sens contemporain du terme. Or le droit international privé au sens contemporain du terme est une universalité abstraite ayant pour objet de faire coexister différentes conceptions matérielles concrètes.

³⁴⁶ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 51 et s.

³⁴⁷ *Ibid.*, spéc. p. 91.

³⁴⁸ Car il faut constater que ce système ne se veut pas absolu, ou ne peut pas prétendre à l'être, et qu'en son sein, il doit composer avec la résurgence de différences, portèrent-elles sur des points techniques relativement mineurs. Avec la résurgence des différences réapparaît fort logiquement la question de l'organisation juridique de ces différences, qui doit tenir compte des contraintes idéologiques de son époque.

Chapitre 2 La découverte du concept de pluriel au sein du commun

76. Une fois posée la domination d'une vision uniformisatrice du monde, fondée sur l'universalité de la religion chrétienne, l'émergence du droit international privé doit passer par une redécouverte de la diversité juridique et de la nécessité d'organiser celle-ci de façon non exclusiviste. Pour cela, il est nécessaire d'opérer un changement d'approche intellectuelle. Une vision fondée sur la recherche d'une vérité universelle est, comme nous venons de le voir, peu propice au développement d'une vision du monde acceptant une certaine diversité. Et pour cause, l'universel « s'édicte », voire « se prédicte », et se trouve donc « en amont de toute expérience »³⁵⁰, ce qui en fait un terrain à première vue infertile à la constatation et la recherche de la diversité inhérente au droit international privé. Tout autre est au contraire une démarche intellectuelle qui s'appuierait sur le « commun », qui quant à lui, « qu'il se reconnaisse ou bien se choisisse, s'enracine au contraire dans l'expérience »³⁵¹. En matière de droit international privé, cette démarche se révèle notamment autour du rôle joué par la communauté, qu'elle soit juridique ou politique. Adopter une démarche empirique permet alors de constater non seulement les points de convergence, mais également les différences existantes, et de rechercher ensuite un système qui les concilie et les coordonne.

77. Il fallait donc découvrir un système qui prenne ses distances avec un droit d'inspiration augustinienne, dont les idées « étaient devenues source de gêne et de mauvaise conscience », et qui dès lors « avait cessé de répondre aux besoins sociaux »³⁵². L'influence de saint Thomas sera à cet égard capitale, puisque pour le droit international privé aussi « immense est le service rendu par la philosophie thomiste à l'histoire du droit »³⁵³. Confirmant la dialectique qui existe entre pression sociale et avancées scientifiques, saint Thomas « restaure la loi »³⁵⁴ en affirmant que celle-ci doit être « adaptée aux circonstances de temps et de lieu, puisqu'elle doit être l'expression d'un juste naturel changeant »³⁵⁵. La doctrine de saint Thomas est donc une réponse merveilleusement bien adaptée à la situation politique de l'Europe des Xe au XIIIe siècle et qui se présente « comme une mosaïque

³⁴⁹ Voy. sur ce point SOCIETE JEAN BODIN (dir.), *L'étranger*, 2e édition (éd. orig. 1958), Dessain et Tolra, Paris, 1984.

³⁵⁰ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 41.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 154.

³⁵³ *Ibid.*, spéc. p. 165.

³⁵⁴ *Ibid.*

politique, truffée de particularismes et d'ambitions contraires »³⁵⁶. Elle confère à la transformation du droit existant « ses raisons d'être et son fondement doctrinal », ouvrant la voie à l'« énorme floraison de lois de l'Europe moderne »³⁵⁷. Les distances prises par les deux régions qui nous intéresseront le plus ici, c'est-à-dire la France et l'Italie, avec un pouvoir central universel, papauté ou saint Empire romain germanique, ouvrent la porte vers le développement du droit international privé. Pour les villes d'Italie, le traité de Constance de 1183 marque nettement l'autonomie prise par les communes face au pouvoir de l'empereur³⁵⁸. Il s'agit certes d'autonomie, et non d'indépendance, en sorte que persiste l'apparence d'une communauté politique. Les constructions doctrinales ne s'articulent cependant pas autour de cette communauté politique que le caractère théoriquement universel de l'Empire voue au demeurant à la stérilité. La doctrine italienne confèrera plutôt une incidence décisive à la normativité et la positivité du *jus commune*³⁵⁹. A la même époque se met progressivement en place l'indépendance du roi de France à l'égard de l'empereur et du pape. Cette indépendance sera classée au XIII siècle « parmi les lois fondamentales du royaume »³⁶⁰, avant que n'apparaisse au début du XIVe siècle sous le règne de Philippe le Bel la formule célèbre « le roi de France est empereur en son royaume »³⁶¹.

78. Cette situation donne évidemment lieu à une diversité juridique de fait qui doit être appréhendée par la doctrine de l'époque. Or à cet égard aussi, saint Thomas se révélera être d'une importance capitale. En retenant une acception du mot « nature » conforme au sens donné à ce concept par les philosophes classiques « se trouve philosophiquement établi le rôle créateur autonome de la *doctrine* »³⁶². Or le rôle particulier que jouera la doctrine à l'égard du droit international privé, « droit savant » par excellence, n'est plus à démontrer³⁶³. La voie est

³⁵⁵ *Ibid.*, spéc. p. 164.

³⁵⁶ J. BOUINEAU, *Traité d'histoire européenne des institutions: Ier-XVe siècle*, 1, Litec, Paris, 2004, spéc., p. 289.

³⁵⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 165.

³⁵⁸ Voy. également le traité de Constance de 1183 pour les villes d'Italie ; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 96.

³⁵⁹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 106 et s.

³⁶⁰ P.-C. TIMBAL, A. CASTALDO et Y. MAUSEN, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 2009, spéc. para. 119.

³⁶¹ *Ibid.*, spéc. para. 117.

³⁶² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 193. Qui poursuit qu'« il est légitime de confier à une classe d'experts, de savants, et, pour le détail, de "prudents", le soin de lire la nature et d'entreprendre d'en extraire ces normes qu'elle recèle en son sein : et ces normes vaudront par elles-mêmes, de par la nature qu'elles expriment (*jus natura*), tout simplement parce qu'elles traduisent, de façon plus ou moins adéquate, l'ordre impliqué par la nature, sans qu'elles aient besoin, pour jouir d'aucun commandement de l'Etat » (*ibid.*).

³⁶³ B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, 234, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1992.

dès lors ouverte à l'émergence d'une véritable pluralité, résultant des dissensions politiques existantes, et à l'appréhension de cette pluralité par les penseurs.

79. Il n'en reste cependant pas moins que la conceptualisation du pluriel n'est en réalité pas si facile, en raison de la tendance naturelle à vouloir affirmer le caractère universel de chaque solution que l'on trouve. Et le concept de pluriel émerge finalement autour d'une combinaison de facteurs, qui réunissent au sein d'une même communauté des différences empiriquement constatables. Il fallait donc un contexte intellectuel et politique tout à fait particulier dans lequel coexistaient le but de justifier les particularités des divers droits locaux, des statuts, avec le souci de les coordonner de façon harmonieuse³⁶⁴. Or le premier objectif implique à l'évidence de prendre ses distances avec un droit conçu comme universellement vrai et dès lors destructeur de toute diversité. Mais le second le fait tout autant, car il faut être en mesure de trouver un système ou une méthode qui se révèle capable de maintenir la diversité, et non d'uniformiser les solutions. Il faut dès lors comprendre que maintenir la diversité implique aussi d'accepter la diversité. La découverte du pluriel est dans ce cadre une étape nécessaire, mais non suffisante, vers l'acceptation de l'altérité. Elle est insuffisante, car l'acceptation du pluriel peut avoir différentes causes. Elle peut être le résultat de ce qu'un ensemble commun ait en son sein des différences qui ne remettent pas en cause la communauté, ce qui n'implique alors pas acceptation de l'altérité, mais simplement acceptation de la communauté. Elle peut aussi être due à la position d'un certain ordre juridique qui accepte l'altérité au-delà de la diversité existant en son sein, ce qui implique cependant un esprit d'ouverture conceptuellement plus difficile à acquérir³⁶⁵.

80. On retrouve ici l'importance de la reconnaissance de la personnalité juridique de l'étranger et de l'égalité entre les hommes. La Révolution française allait jouer un rôle fondamental dans la reconnaissance politique de cette égalité³⁶⁶. Paradoxalement la consécration juridique de cette égalité n'allait cependant pas être le Code civil français, qui,

³⁶⁴ Ne fût-ce que pour trouver la réponse à la question *quid juris* qui est posée explicitement au début du XIV^e siècle par Bartole ; voy. sur ce point not. M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts: von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Basel, 1977, spéc. p. 36.

³⁶⁵ Puisque l'acceptation de solutions différentes de celles posées par l'ordre juridique qui édicte les règles matérielles est une chose qui est loin d'être évidente, et même encore aujourd'hui, comme l'illustre la tendance certaine du *lex forisme*, notamment en matière de droit de la famille (cf. *infra*, n° 794 et s.).

³⁶⁶ La suppression du droit d'aubaine comme « contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes » est révélatrice à cet égard ; H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 165.

« cédant sans doute à une réaction plus ou moins consciente de xénophobie »³⁶⁷, subordonnait la reconnaissance des droits civils de l'étranger à une condition de réciprocité exagérément restrictive³⁶⁸. Ce sont donc les codes ultérieurs d'autres pays européens qui allaient reconnaître sans condition la capacité de l'étranger de jouir des droits civils³⁶⁹.

81. La redécouverte du pluriel se fait de façon tout à fait compréhensible d'abord de façon limitée, en tant que diversité inhérente à un ensemble forgé autour de valeurs communes, et passe par une approche empirique qui découvre la pluralité au sein d'une communauté. Le concept de communauté était alors tout à fait indispensable, car la diversité n'était acceptée que dans la mesure où l'on constatait au préalable l'appartenance à une même communauté. En dehors de la communauté, toute différence était rejetée. Or au sein d'un ensemble commun, dont chaque membre revendiquait une part d'autonomie, le constat de l'existence de diversité entraînait aussi la nécessité de la reconnaître, car on ne pouvait pas refouler juridiquement celle-ci sans remettre en cause l'appartenance au commun.

82. La particularité de la naissance du droit international privé est donc de surgir d'un contexte politique et historique qui fait émerger la pluralité au sein du commun³⁷⁰. Cela confirme l'affirmation que le commun s'enracine, à la différence de l'universel, dans l'expérience. Il n'est donc pas sujet au risque d'uniformisation et d'exclusion inhérent à toute recherche d'universel. Comme il s'agit au contraire de découvrir un système respectueux d'un cadre préexistant que l'on vient de constater, et non de formuler un système abstrait qui s'édicte pour régir ensuite les situations concrètes, les premières théories du droit international privé s'inscriront dans un contexte marqué par l'expérience concrète de la diversité juridique au sein d'une communauté politique qui impose le respect de cette diversité (section 1). Mais prenant appui sur les résultats de cette expérience, et conformément aux canons de la pensée moderne, désormais libéré de ses carcans intellectuels posés par l'approche néo-platonicienne de la science, les auteurs ultérieurs chercheront à conceptualiser ce pluriel commun afin de lui donner une valeur absolue, et donc universelle, qui soit édictée, sinon prédictee, par la raison. Ces théories, qui, du moins en apparence et en partie, se détachent de l'empirisme des prédécesseurs, chercheront à intégrer l'exigence du pluriel

³⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 165.

³⁶⁸ Car supposons la conclusion d'un traité.

³⁶⁹ Et notamment déjà le code civil autrichien de 1811.

³⁷⁰ Voy. not. pour une étude plus approfondie L. SIRI, *Les conflits de lois du XIIe au XVIIIe siècle*, thèse Panthéon-Assas, Paris, 2011.

parmi les axiomes de leurs théories et permettront ainsi une acception véritablement universelle du droit international privé (section 2).

Section 1 L'émergence du droit international privé autour d'une pluralité juridique dans un contexte de communauté

83. En raison du contexte historique, marqué au départ par l'unité politique³⁷¹ et religieuse³⁷², la multiplicité est découverte à l'intérieur d'ordres juridiques considérés comme uniques et communs, pour permettre à certains statuts particuliers au sein de ces ordres de développer et de voir reconnaître une certaine autonomie ou indépendance. Autrement dit, la pluralité se développe au sein de communautés qui perdent progressivement leur unité. La perte d'intensité de la communauté est d'ailleurs un préalable logique à l'acceptation de la différence, en raison de la nécessité de dépasser l'exclusivité qui résulte d'un commun conçu de façon trop intensive³⁷³. Le dépassement de l'exclusivité se fait donc par une acception non absolutiste de la communauté. Le fait de conserver le sentiment de communauté permet de surmonter les difficultés inhérentes à la société close, qui, en se fondant sur « la négation de tout élément commun chez [l'étranger] avec le citoyen » débouche sur « une exclusive profondément enracinée dans la tendance à la société close »³⁷⁴. Or Bergson a, parmi d'autres, démontré que la logique juridique résultant de la société close est d'écarter l'étranger, puisque l'étranger est écarté de l'horizon et du cœur des hommes³⁷⁵. Mais tant que l'on reste à l'intérieur de la communauté, on présuppose la reconnaissance de la qualité juridique de chaque membre de la communauté et refuse de voir en lui un étranger. La découverte du pluriel se fait donc d'abord de façon limitée, en tant que diversité inhérente à un ensemble forgé autour de valeurs communes, et passe par une approche empirique qui découvre la pluralité au sein d'une communauté. Le concept de communauté était alors tout à fait indispensable, car la diversité n'était acceptée que dans la mesure où l'on constatait au préalable l'appartenance à une même communauté. En dehors de la communauté, toute différence était rejetée. Or, au sein d'un ensemble commun dont chaque membre revendiquait une part d'autonomie, le constat de l'existence de la diversité entraînait aussi la nécessité de la

³⁷¹ Même si celle-ci était relative ; cf. *supra*, n° 76 et s.

³⁷² Encore absolue, les schismes et tensions n'intervenant que plus tardivement.

³⁷³ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 58 : « plus on intensifie [le commun], plus il est exclusif ».

³⁷⁴ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc. p. 166.

reconnaître, car on ne pouvait pas refouler juridiquement celle-ci sans remettre en cause l'appartenance au commun.

84. Le développement initial des théories de droit international privé se fait dès lors au sein d'ensembles politiques réellement communs³⁷⁶, tout en étant naturellement fortement influencé par le contexte historique et philosophique plus général. Même si les premières ébauches de théorie des statuts lui sont antérieures, saint Thomas aura ainsi joué un rôle considérable, puisque sa leçon « libère [chez les communautés politiques laïques] l'épanouissement du droit » et que sa philosophie « a parfaitement répondu aux besoins et aux possibilités des Etats modernes naissants »³⁷⁷. Dans le contexte de multiplication des statuts qui caractérise la seconde moitié du XIIIe et le XIVe siècle dans les villes, les royaumes et l'Empire, saint Thomas permet de concevoir la diversité et une justification théologique de l'acceptation de la diversité³⁷⁸, notamment en dissociant le droit « du reste de la morale »³⁷⁹ et en préparant « la reconquête de l'autonomie de l'Etat en face de l'Eglise, en restaurant une théorie profane de la souveraineté »³⁸⁰.

85. Un autre élément indispensable à l'explication de l'émergence de la pluralité réside dans le fait que « la formation de ces statuts locaux coïncide avec la renaissance de l'étude du droit romain »³⁸¹. La doctrine italienne y sera très sensible, et élaborera son système entièrement sur l'idée d'une communauté de droit constituée par le droit romain et imposée par l'appartenance à l'Empire. En effet, « pour les docteurs de droit, le droit romain, c'est le *jus commune* ; un statut local n'est qu'un droit singulier qui modifie dans certaines limites ce droit commun. C'est encore ce droit commun qui décidera quels statuts sont valables, quels de

³⁷⁵ H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Flammarion, Paris, 2012, spéc. p. 308.

³⁷⁶ Ce qui entraîne des considérations nécessairement politiques résultant de l'opposition entre pouvoirs centraux et locaux.

³⁷⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 200.

³⁷⁸ Diversité que les auteurs italiens reconnaissent, puisque « à côté [du] droit commun, c'est encore le droit naturel qui est reconnu comme source de droit » (E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 630) ; et que dans leur esprit, « l'équité naturelle met une limite au pouvoir de tout souverain » (*ibid.*). Ainsi, leur doctrine « se caractérise surtout par l'esprit de justice qui [...] en est vraiment le principe » (A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 50). Cette position est conforme aux thèses de saint Thomas. Sur l'influence de saint Thomas sur la théorie du droit naturel, notamment pour le droit international, « droit des gens », voy. not. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 162.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*, spéc. p. 171-172.

³⁸¹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 592.

nulle valeur »³⁸². La pluralité émergeant comme un fait que la doctrine ne peut ignorer, son acceptation passe alors dans un premier temps très nettement par une référence indispensable à un droit commun, et donc un commun juridique, qui caractérisera la doctrine italienne (I). Cette nécessité de justifier la diversité par le droit commun ne fournit cependant qu'un modèle de conformité³⁸³, qui limite la diversité et n'offre qu'une marge très étroite au développement de l'acceptation du pluriel. C'est à cet égard que la doctrine française allait jouer un rôle considérable, puisqu'en France le contexte historique est celui d'une communauté politique³⁸⁴. En raison de l'absence de modèle de référence matérielle conditionnant et limitant la pluralité, le contexte français offre des potentialités en termes de développement et d'organisation de la diversité bien plus importantes, qui expliquent les progrès réalisés par la doctrine française qui fonde l'acceptation du pluriel sur une communauté d'allégeance (II).

I La pluralité s'inscrivant dans une communauté de droit

86. Face au développement des villes et du commerce, qui commence dans l'Italie du Nord dès le XI^e siècle, le droit canonique révèle vite son caractère inadapté et insuffisant face aux qualités du droit romain, et « des doutes naissent sur l'origine sacrale du droit, sur l'aptitude des préceptes évangéliques à servir de préceptes de droit devant des tribunaux terrestres »³⁸⁵. Ces doutes mettront cependant un siècle et demi d'efforts doctrinaux intenses pour déboucher sur l'avènement de saint Thomas³⁸⁶ et une doctrine du droit de nouveau capable de comprendre que « la loi morale n'est pas le droit »³⁸⁷. Pour l'émergence du droit international privé, et plus particulièrement l'acceptation de l'idée qu'un juge puisse accepter l'application d'une loi différente de la sienne propre, on retrouvera une évolution également faite de nombreux petits pas. Il ne peut s'agir dès lors de retracer entièrement la lignée du droit international privé moderne, et l'étude se limitera nécessairement à quelques auteurs, au

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ En raison des préceptes matériels qu'il contient nécessairement par la référence au droit commun.

³⁸⁴ La communauté vient du fait que les diverses provinces de France sont réunies dans une même allégeance au Roi. Le Royaume s'étant construit autour de statuts juridiques déjà divers, l'acceptation de la diversité est un préalable à la constitution de l'unité politique. Il s'en suit que les auteurs français tiendront compte de cette communauté politique. Dans un premier temps, pour approfondir le recours à la communauté juridique. Puis dans un second temps, pour s'affranchir de la référence à la communauté juridique pour ne maintenir que la référence à la communauté politique.

³⁸⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 141.

³⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 148.

³⁸⁷ *Ibid.*, spéc. p. 159.

premier rang desquels figure le postglossateur Bartole³⁸⁸ (B). Cet auteur s'appuie cependant sur le travail important de certains glossateurs qui fournirent les éléments intellectuels indispensables à l'écllosion de la problématique du conflit de lois et sur l'Ecole française³⁸⁹. Le mouvement initié par Aldricus³⁹⁰ à qui revient, d'après Max Gutzwiller, « la gloire d'avoir fondé la doctrine scientifique du droit international privé »³⁹¹, et par Carolus de Tocco³⁹² à qui l'on attribue généralement la formule *statutum non ligat nisi subditos*³⁹³, trouve son premier point culminant dans Jacobus Balduini³⁹⁴, qui en combinant les démarches suivies par ces deux auteurs « déverrouille le conflit de lois »³⁹⁵ (A).

A Les prédécesseurs : la communauté de droit déverrouillant le conflit de lois

87. Aldricus pose qu'« entre deux règles statutaires le juge doit donner préférence à celle qui paraît la plus puissante et la plus utile » en suivant son sentiment d'équité³⁹⁶ et en faisant prévaloir l'esprit de justice, principe essentiel de la doctrine italienne³⁹⁷. Ce système repose donc encore tout entier sur la recherche de la justice qui, face au primat de la justice

³⁸⁸ Bartolo da Sassoferrato, 1314-1357. « Aujourd'hui encore, Bartole passe essentiellement pour être le père du droit international privé » ; K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, 2, Munich-Berlin-Leipzig, 1901. t. I., spéc. p. V (trad. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse Paris 1, 2002, spéc. p. 37, note 71).

³⁸⁹ Qui en raison de ses particularités sera traitée plus loin.

³⁹⁰ A la fin du XIIe siècle.

³⁹¹ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 301 ; pour une démonstration et des références plus détaillées, y compris les auteurs soutenant des solutions différentes, voy. Gezschichte 13-17,

³⁹² Mort en 1200.

³⁹³ « Le statut n'oblige que les sujets » ; B. Ancel, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 93 ; faisant part cependant aussi de ce que « certains auteurs – tel W. ONCLIN, « La doctrine de Bartole sur les conflits de lois », in *Bartolo da Sassoferrato. Studi e Documenti per il VI^ecentenario*, Milan 1962, t.2 - reconnaissent l'antériorité au canoniste UGOLINO (†1233) qui, sur la loi *Cunctos populos*, fait valoir "quod imperator non imponit legem nisi subditis suis » (*ibid.*, spéc. note 169, p. 94).

³⁹⁴ 1175(?)-1234.

³⁹⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 94. Né autour de 1175, mort en 1234, il n'a pas pu être influencé par saint Thomas, ce qui est la raison pour laquelle son étude mérite de figurer ici, malgré la relative rareté des sources sur cet auteur. Voy. notamment, H. P. GLÖCKNER, *Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48. 19. 18) : zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Vittorio Klostermann, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Francfort-sur-le-Main, 1989, spéc. p. 127 et les références citées.

³⁹⁶ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 301.

³⁹⁷ A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 50 et s.

chrétienne « reste une justice dictée par Dieu »³⁹⁸. La tension commence dès lors à apparaître entre un universel absolu irréductible à l'idée de véritable pluralité et la prise de conscience de la nécessité d'organiser les différences. Le défaut intellectuel majeur de la thèse d'Aldricus est l'absence de système permettant de surmonter cette tension³⁹⁹.

88. Carolus de Tocco apporte un double enrichissement au travail d'Aldricus. Premièrement, sa démarche « s'efforce de dégager du droit romain les principes de la matière »⁴⁰⁰, et non pas de l'équité, comme le faisait Aldricus. L'inspiration viendra donc du droit romain, ce qui est déjà prendre ses distances avec saint Augustin. Deuxièmement, il tire de l'étude du droit romain la règle que « le statut n'oblige que les sujets »⁴⁰¹, donc une règle abstraite dont l'application ne dépend pas de l'appréciation subjective du juge. Carolus de Tocco découvre donc dans le fonds commun que constitue le droit romain la base suffisante permettant de faire coexister les différences entre les statuts des différentes municipalités. Exprimant ses doutes sur l'application territoriale du statut⁴⁰², il ne parvient cependant pas à détacher le juge d'une nécessaire application de la *lex fori*, notamment à travers l'affirmation qu'en portant le litige devant un juge, un justiciable accepte toutes les lois de ce juge⁴⁰³. La base commune s'est donc déplacée d'une référence à une justice divine, universelle et uniformisante vers une référence séculière, commune sans être universelle, et comportant en son sein un principe à la fois de pluralité de statuts et d'organisation de cette pluralité.

89. Il reste cependant encore à expliquer comment on peut justifier l'application d'un droit étranger, ce que le principe selon lequel « la règle de Droit n'oblige que ceux pour qui elle a été faite » ne permet pas⁴⁰⁴. Le silence du droit romain face à ces questions obligeait de

³⁹⁸ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159, spéc. p. 123 ; il est utile de rappeler qu'à l'époque d'Aldricus prévalait encore l'augustinisme, et que Aldricus ne tire pas sa solution directement du droit romain, dont l'étude permettra de dépasser l'augustinisme.

³⁹⁹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 93 : « Aldricus discerne l'existence et sans doute la complexité du problème ; il ne parvient pourtant pas [...] à mettre celui-ci en une forme qui permette un traitement systématique ».

⁴⁰⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 94.

⁴⁰¹ Plus particulièrement du *Corpus juris civilis*, notamment à l'occasion de l'étude de la loi *Cunctos populos* au titre *De summa trinitate...* [C. 1.1.1], cité ici d'après B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 93 ; voy. égal. sur ce point L. SIRI, *Les conflits de lois du XIIIe au XVIIIe siècle*, thèse Panthéon-Assas, Paris, 2011, spéc. p. 33-36.

⁴⁰² M. ASCHIERI, *Lo straniero : aspetti della problematica giuridica*, in *Dentro la città, Stranieri e realtà urbana nell'Europa dei secoli XII-XVI* (G. Rossetti, éd.), Naples, 1989, p. 34

⁴⁰³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 94.

⁴⁰⁴ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 305, constatant que si l'on « commence à délimiter la zone d'application de son propre Droit », on le fait « sans encore appliquer cependant le Droit étranger ».

construire le système quasiment de toutes pièces⁴⁰⁵. Et c'est tout le mérite de Jacobus Balduini que d'envisager l'application éventuelle d'un droit étranger, en opérant la distinction capitale⁴⁰⁶ entre procédure et fond, entre *litis ordinatio* et *litis decisio*⁴⁰⁷. Partant du droit romain tel que précisé par Carolus de Tocco, Balduini constate que « dès qu'il est acquis qu'un statut ne s'adresse qu'aux sujets, si le justiciable est étranger, le juge sera confronté au droit étranger »⁴⁰⁸. Pourtant il faut aussi garder à l'esprit l'importance de l'idée que « prescrire des règles de Droit signifie exercer son pouvoir, et que l'exercice du pouvoir n'est possible qu'envers les sujets »⁴⁰⁹ dont découle nécessairement la dépendance du juge à l'égard de son propre droit et, pour faire le lien avec Aldricus, du sentiment de justice qui prévaut au sein de cet ordre juridique « du for ». Dès lors, il « était impossible de soustraire l'étranger aux règles de procédure civile », avec cette conséquence importante, et toujours vraie aujourd'hui, que « la procédure, en tant que procédure, doit être régie par le Droit du juge saisi, sans distinction des parties en litige »⁴¹⁰. Mais ce principe devait être concilié avec le principe sus-évoqué dont découle que « le Droit matériel du juge saisi n'était pas nécessairement applicable à l'étranger »⁴¹¹. Le seul moyen de le faire est de « séparer procédure et cause, forme et fond du litige »⁴¹², « à distinguer la procédure et le fond »⁴¹³ et à « libérer ainsi le fond de l'emprise de la *lex fori* »⁴¹⁴. Le point de départ de Balduini reste toujours le même, c'est-à-dire le fonds commun constitué par le droit romain, mais sur cette base, et sans que l'on y parvienne immédiatement, on s'approche déjà davantage d'une acception éventuelle de l'application d'un droit étranger⁴¹⁵.

90. Car c'est là le point commun entre ces trois auteurs, qui, tout en intégrant clairement une certaine idée de communauté dans leurs réflexions, et à l'instar d'aucun autre auteur connu de leur époque, n'admettent à proprement parler l'application d'un droit étranger, alors même que les relations entre villes pouvaient donner lieu à une assistance judiciaire entre

⁴⁰⁵ *Ibid.*, spéc. p. 303.

⁴⁰⁶ « Une distinction des plus importante en notre domaine » ; *ibid.* spéc. p. 304.

⁴⁰⁷ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 94.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 303-304

⁴¹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 304.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 94.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ « La règle de Jacobus Balduini [...] n'a pas été acceptée si vite en Italie. [...] Cela a duré à peu près un siècle avant que l'on eût acceptée en Italie ce principe sans réserve » (E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 596).

autorités assez développée⁴¹⁶. L'existence de cette assistance judiciaire entre villes s'explique par une acception bien plus forte et concrète de l'idée de communauté, contrastant ici avec l'acception nécessairement plurielle des statuts qui étaient conçus comme outil d'émancipation par rapport au pouvoir central et de différenciation par rapport au fonds juridique commun. Cette communauté était fondée à la fois sur le droit romain⁴¹⁷ et la chrétienté⁴¹⁸, d'où découle que « la reconnaissance mutuelle des actes des autorités paraissait chose naturelle »⁴¹⁹. Autrement dit, le concept de communauté, qui se trouve déjà à la racine des théories permettant d'envisager dans une certaine mesure l'application d'un droit étranger, est également le concept qui permet de fonder une certaine extraterritorialité. La communauté devient donc le vecteur déterminant tout le droit international privé. Il en ressort que l'approfondissement du concept de communauté allait logiquement permettre un développement du concept de droit international privé.

B Bartolo da Sassoferrato : la communauté de droit consacrant le conflit de lois

91. L'analyse de l'apport de Bartole, souvent qualifié de façon un peu exagérée de « père de la science du droit international privé »⁴²⁰, confirme cette importance du commun dans l'acceptation du pluriel. Autour de la technique importante de la distinction⁴²¹, et non sans s'inspirer assez grandement des auteurs français, ces « Ultramontains qui ont abandonné les jeux du langage et de l'interprétation littérale pour pratiquer une méthode plus libre à l'égard

⁴¹⁶ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 306.

⁴¹⁷ « Ce fut le Droit romain qui favorisa cette assistance purement judiciaire » ; *ibid.*

⁴¹⁸ « en théorie, toute la chrétienté était considérée comme faisant partie de cet Empire » ; *ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 602 ; voy. cependant K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung...*, t. 1, p. V (trad. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse Paris 1, 2002, p. 37, note 71) :

« Aujourd'hui encore, Bartole passe essentiellement pour être le père du droit international privé. Injustice des grands noms ! Bartole n'a pourtant marché la plupart du temps que dans les pas de ses devanciers. Et si nous suivons ici le cours de l'évolution jusqu'à cet auteur, il ne faut pas voir dans cette façon de procéder la mise en évidence d'un point de rupture dans l'histoire du droit international privé, mais bien celle d'un point culminant, qui n'a pu être atteint que grâce aux travaux préalables d'un grand nombre d'autres auteurs ».

Max Gutzwiller préfère également affirmer, tout en évoquant à juste titre que « par lui seul le développement du droit international privé progresse grandement » (M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 317), que « Bartole n'est pas un fondateur, mais un continuateur » (« Bartolus ist nicht Begründer ; er ist Fortsetzer » ; M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts: von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, préc., note 365, spéc. p. 29).

⁴²¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 106-107.

des textes et plus attentive à la valeur des solutions au regard de la justice »⁴²², Bartole fournira enfin un système expliquant et justifiant une certaine extra-territorialité des statuts, rompant de façon décisive avec les obstacles existant jusqu'alors à l'égard de l'application d'un droit différent de la *lex fori*. La rupture se manifeste particulièrement à l'égard du statut personnel qui est « une tout autre conception que la loi personnelle du temps carolingien, [qui] donnait un droit subjectif d'être jugé selon la loi propre aux membres d'une même nation – collectivité qui n'avait pas même besoin d'une existence politique », tandis que la conception de Bartole et des post-glossateurs « est une création d'un souverain ; l'élément personnel que l'on peut invoquer partout, mais dans une obligation d'obéir propre à certaines personnes et qui n'existe qu'envers leur propre souverain »⁴²³.

92. L'importante place que tient la considération de la communauté dans l'acceptation de la pluralité est particulièrement marquée dans la construction doctrinale de Bartole. Rien d'illogique à cela d'ailleurs, puisque « dans le cas italien, le statut est édicté, à l'encontre du droit commun ou en complément de celui-ci »⁴²⁴. L'acceptation de l'application d'un droit étranger se fait donc pour Bartole dans une prudente dépendance à l'égard du droit commun, qui conditionnera l'effet extra-territorial d'un statut. Ainsi, « s'assurer de la légitimité matérielle [d'un statut] » requiert d'« apprécier le statut en le rapportant au modèle du *jus commune* » dont les solutions « sont considérées être l'expression même de la justice des rapports d'intérêt privé »⁴²⁵. La conformité aux valeurs communes exprimées notamment par le *jus commune*, non seulement justifie, mais également conditionne l'application d'un droit étranger. L'importance du commun en vue de l'acceptation de la différence ressort notamment de ce que « l'obligation [...] d'observer des règles d'autres cités étrangères, on la basait sur le droit commun, obligatoire pour tous »⁴²⁶. Dès lors, la conformité au commun, exprimé par le *jus commune*, conditionne entièrement l'acceptation du droit étranger, puisque cette conformité « vaut licence à l'exportation dès lors que le statut s'adresse à la personne » et que la non-conformité élève « une barrière à l'exportation »⁴²⁷ à l'égard des statuts « odieux », c'est-à-dire du statut qui « rompt [...] l'équilibre des intérêts privés établis par le

⁴²² *Ibid.*, citant L. WAELKENS, « L'influence de l'école de droit d'Orléans sur la doctrine bolonaise à la fin du XIII^e siècle », in « *Houd voet bij stuk* ». *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven, 1990.

⁴²³ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 629.

⁴²⁴ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 107.

⁴²⁵ *Ibid.*, spéc. p. 114.

⁴²⁶ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 390.

jus commune »⁴²⁸. Il reste une hypothèse dans laquelle le système de Bartole admet l'application d'un droit étranger non conforme au *jus commune*, qui correspond au statut personnel favorable⁴²⁹. Mais cette situation ne vient que conforter l'importance que joue le sentiment de communauté pour la construction d'un système acceptant l'organisation de la pluralité par l'application d'un statut étranger. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'à côté du droit commun, « c'est encore le droit naturel qui est reconnu comme source du droit »⁴³⁰, illustrant l'« esprit de justice » de l'école italienne⁴³¹. Et cette justice était résolument conçue comme étant partagée, et donc commune, puisque là où « aujourd'hui, chaque Etat puise son ordre quasi international dans les principes de ses propres lois », au Moyen Age au contraire « on employait comme telle *une équité naturelle placée au-dessus des Etats* »⁴³². Cette équité naturelle exprimait ainsi la communauté que formaient les différents ordres juridiques au sein de l'Empire et de la papauté, dont l'universalité n'était plus acceptée en raison de l'admission de plus en plus fréquente de dérogations aux valeurs exprimées par ces deux ordres universels⁴³³.

93. L'acceptation de la pluralité juridique, et avec elle la découverte du pluriel, est donc dans une dépendance totale avec le sentiment de communauté, s'exprimant en Italie par une communauté de droit. Car la perception impériale que Bartole pouvait encore avoir de la validité des statuts, en ce qu'« un statut municipal ne doit être considéré que s'il est l'expression légitime d'un pouvoir inscrit dans un ensemble politiquement constitué, une communauté politique englobant la cité qui l'édicte » se traduit non pas par la consécration du pouvoir politique de l'Empire, mais par l'acceptation de la normativité du *jus commune*⁴³⁴.

⁴²⁷ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 114.

⁴²⁸ *Ibid.*, spéc. p. 114-115.

⁴²⁹ Le statut favorable étant celui « qui améliore, dépasse ou adapte le droit commun », et pour cela « conserve le soutien de celui-ci » ; *ibid.*, spéc. p. 115.

⁴³⁰ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 630 ; donnant notamment des exemples de situations dans lesquelles les postglossateurs « refusent d'appliquer les dispositions du droit romain » (à la page 598, note 1).

⁴³¹ Voy. sur celui-ci A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 50 et s.

⁴³² E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 631 ; c'est nous qui soulignons.

⁴³³ Or si l'universalité était encore retenue, on n'aurait pas admis des solutions divergentes de celles exprimées par l'universel, nécessairement absolu. C'est l'illustration de ce que le pluriel qui se développe ici est un pluriel s'inscrivant résolument dans un cadre de communauté, et non d'universalité.

⁴³⁴ Voy. sur ce point Anzilotti, cité par B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 116 : « » le droit romain était alors le droit positif, loi d'un empire qui n'avait jamais cessé d'exister ; en

Cette idée est confirmée par l'influence du droit commun dans les relations entre autorités des ordres juridiques autonomes et par la place qu'occupe le commun dans les axiomes des postglossateurs. Ainsi, au-delà de l'application extra-territoriale d'un statut, « la reconnaissance d'un droit commun auquel tous les Etats devaient obéir menait aussi, dans la procédure, à une obligation de coopération entre les magistrats des différentes cités », expliquant l'importante coopération judiciaire de l'époque⁴³⁵. Le commun tenait donc dans la pratique une place que la théorie ne pouvait ignorer. La pluralité qu'impliquait l'autonomie des différents pouvoirs locaux n'était dès lors appréhendée dans la théorie que dans un cadre de communauté exprimée par le droit commun et le sentiment de justice véhiculé par un droit naturel. Eduard Maurits Meijers exprime parfaitement cette trilogie en affirmant que « les idées des postglossateurs [...] ont pris pour point de départ la *souveraineté des cités*, complétée par le *droit commun* et restreinte par le *droit naturel* »⁴³⁶.

94. Il est donc fondamental de garder à l'esprit que « toujours existait une communauté de droit entre les cités indépendantes »⁴³⁷ et qu'« un tel droit commun n'était pas seulement accepté là où l'on reconnaissait encore le nom de l'Empereur comme son supérieur, mais même en France la nécessité d'obéir à un droit commun avait ses défenseurs »⁴³⁸. Mais si cette idée avait certes des défenseurs, elle avait aussi ses pourfendeurs, surtout en France, et semble assez loin de correspondre au sentiment qui y prévalait véritablement. Le sentiment français tendait en effet assez clairement à affirmer l'indépendance à l'égard de l'Empereur, tout en consolidant la souveraineté du roi de France. D'où l'originalité de la situation en France, car au sein du Royaume existait une véritable communauté d'allégeance à l'égard du roi, qui ne se traduisit cependant pas par une communauté juridique, même si le *jus commune* restait évidemment une source d'influence importante. La situation se démarque donc de façon singulière de celle prévalant en Italie, où la découverte du pluriel se faisait en s'affranchissant d'un pouvoir politique central, puisqu'en France la diversité faisait partie intégrante du Royaume, et son acceptation ne supposa pas de s'affranchir d'un pouvoir central

conséquence, droit commun, au dessous duquel étaient en vigueur en tant que lois locales particulières les statuts des Communes ».

⁴³⁵ Sur laquelle voy. notamment pour la France B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 100 et s., pour l'Italie M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 306 et s., et de façon plus critique et moins formelle E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 631 et s.

⁴³⁶ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 633 ; c'est nous qui soulignons.

⁴³⁷ *Ibid.*, spéc. p. 629.

qui ne put se construire qu'en respectant au préalable cette pluralité⁴³⁹. La pratique et les auteurs ont dès lors vite cherché à proposer des systèmes permettant d'organiser cette diversité existant au sein du Royaume.

II La pluralité s'inscrivant dans une communauté d'allégeance

95. Il faut distinguer en France deux sources d'évolution du droit international privé. La première, qui est plus caractéristique et apportera les enrichissements les plus remarquables au développement du droit international privé, est celle de la pratique judiciaire. Elle s'articule autour des parlements qui déterminent l'applicabilité des diverses coutumes de leur ressort. La seconde est celle de la doctrine. Cette dernière, pour sa partie postérieure à Bartole, a été très grandement influencée par cet auteur, au point que l'on a pu dire que la France « se noya dans le courant bartoliste »⁴⁴⁰. Pire, d'après Max Gutzwiller, « l'atrophie de la doctrine bartoliste [...] était même arrivée à une nouvelle splendeur grâce aux travaux de Charles Dumoulin »⁴⁴¹. Meijers fait également état de ce que « dès le XVI^e siècle, la pratique du droit coutumier en France [...] subit de plus en plus l'influence du droit romain »⁴⁴² et qu'en ce qui concerne ce droit coutumier⁴⁴³ Dumoulin et d'Argentré « se sont occupés de la matière des conflits de coutumes en alléguant les auteurs italiens »⁴⁴⁴. En ce qui concerne d'Argentré, l'influence est cependant moins certaine, puisqu'à la suite de Coquille, qui « déclare la guerre à cette science romaine »⁴⁴⁵, illustrant ainsi le « mouvement de renaissance des institutions nationales [qui] doit son programme à un mouvement de contradiction, de lutte contre la tradition romaine »⁴⁴⁶ d'Argentré prend ses distances avec l'Ecole italienne⁴⁴⁷.

⁴³⁸ *Ibid.*, en faisant référence à Philippe de Belleperche.

⁴³⁹ Ce qui était évidemment le cas de la France.

⁴⁴⁰ Expression de M. Esmein, cité par M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 321.

⁴⁴¹ *Ibid.*, spéc. p. 322.

⁴⁴² E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 636.

⁴⁴³ Qui subsistait dans le Midi de la France la concurrence du droit écrit.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, spéc. p. 637-638.

⁴⁴⁵ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 322-323, et les références citées.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, spéc. p. 322.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, spéc. p. 323.

96. La particularité de la France ne vient donc pas en premier lieu de sa science, mais bien plus des impulsions de la pratique dont Meijers a pu démontrer l'importance fondamentale⁴⁴⁸. Or, « on ne peut pas réduire à une origine italienne », le droit intercoutumier de la France septentrionale, qui à l'instar de celui de la Flandre et de quelques autres parties des Pays-Bas « s'est formé sans influence du droit savant »⁴⁴⁹. Et Meijers donne des exemples d'« application d'une loi étrangère, longtemps avant qu'une école savante d'Italie pût influencer le juge »⁴⁵⁰. Ce dont cet auteur déduit que « lorsque les romanistes commencent à traiter les mêmes questions, ils influencent peu ce système » et que « ce sont plutôt les solutions traditionnelles qui influencent les romanistes »⁴⁵¹. La France était donc en quelque sorte prédisposée au développement d'un système de conflit de coutumes. En effet, ce sont « les grandes cours, la *curia regi* [ou] l'Echiquier de la Normandie [...] qui ont formé les grands principes du droit coutumier ». Et comme « dans le ressort de ces cours, on trouvait plusieurs coutumes locales, on avait besoin de règles pour décider quand l'une ou l'autre coutume devait être appliquée »⁴⁵². L'accroissement du pouvoir central allait donc, en obligeant à concevoir une plus grande pluralité de statuts juridiques, avoir une influence inévitable sur ce système traditionnel⁴⁵³. La preuve en est donnée notamment par le statut de l'étranger, puisque la « qualité d'aubain va se transformer dans le temps avec la généralisation de la suzeraineté du roi, qui va déplacer la frontière de l'étrangeté ; cette frontière ne ceindra plus la seigneurie, mais le royaume »⁴⁵⁴.

97. Nous distinguerons alors deux moments dans l'influence de la doctrine française. Premièrement la doctrine de l'Ecole d'Orléans qui allait inspirer grandement Bartole. Puis

⁴⁴⁸ Dans son cours à l'Académie de La Haye ; E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, spéc. p. 584.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p. 584 et s., voy. également B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 52 et s.

⁴⁵¹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 590.

⁴⁵² *Ibid.*, spéc. p. 568.

⁴⁵³ Voy. sur ce point E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 590 et s. Le contexte est favorable aux thèses de saint Thomas qui vont servir de catalyseur ensuite à la multiplication des statuts, ce qui illustre la nécessité, pour une idée nouvelle, d'être conforme aux exigences du moment pour pouvoir être acceptée.

⁴⁵⁴ E l'octroi de lettres de bourgeoisie puis de lettres de naturalité pourra en quelque sorte l'abolir ou la déplacer au profit de leurs bénéficiaires (Voy. not. B. D' ALTEROCHE, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au royaume, XIe-XVe siècle*, thèse, Paris II, 2000, LGDJ, 2002).

deuxièmement la « théorie française des statuts »⁴⁵⁵, postérieure à Bartole et s'inscrivant déjà dans le contexte des temps modernes, au sein de laquelle Charles Dumoulin (1500-1566) et Bertrand d'Argentré (1519-1590) méritent des développements spécifiques.

A L'Ecole d'Orléans : la communauté politique au soutien de la communauté juridique

98. Ce qui distingue l'Ecole d'Orléans et notamment son fondateur Jacques de Révigny (né entre 1230 et 1240, mort en 1296)⁴⁵⁶ des auteurs italiens est cette plus grande proximité avec la pratique, propre en principe aux auteurs français⁴⁵⁷, et qui permet un approfondissement non négligeable de la compréhension des problèmes de conflit de lois. L'Ecole d'Orléans justifie fréquemment ses positions par la pratique, à travers la formule *et sic tenent laici*⁴⁵⁸. Ainsi, concernant l'importante distinction de la procédure et du fond, Jacques de Révigny et ses disciples « étaient d'autant plus disposés à enseigner ainsi que la jurisprudence du Parlement de Paris faisait déjà cette distinction : le *stylus curiae* était obligatoire pour tous les procès plaidés au Parlement ; la décision pouvait dépendre de la coutume local : la *consuetudo patriae* »⁴⁵⁹. Rien d'étonnant alors à ce que pour le Parlement de Paris, la distinction entre *ordinatoria litis* et *decisoria litis*⁴⁶⁰ soit « acquise et pratiquée avec précision dès [le début du XIVe siècle] »⁴⁶¹. Sur ce point capital, c'est-à-dire la distinction du fond et de la procédure, l'Ecole d'Orléans allait avoir une influence sur la doctrine italienne⁴⁶². De la même manière le travail fondamental de « qualification », c'est-à-

⁴⁵⁵ Terme dénoncé par B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 119, comme « abusif. Il n'y a pas une théorie qui serait la théorie française des statuts ».

⁴⁵⁶ Né entre 1230 et 1240, mort en 1296, il est « le fondateur » de l'école d'Orléans, qui a joué un rôle considérable dans l'émergence du droit international privé. Contemporain de saint Thomas, il en a été influencé, cf. Ancel 2008, 95. sur cet auteur Laurent Waelkens, La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny,

⁴⁵⁷ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 119 et s.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, spéc. p. 105.

⁴⁵⁹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 589 et 597 ; voy. égal. les exemples donnés par B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 54-57.

⁴⁶⁰ Les *ordinatoria litis* réglant « les formes du procès, les démarches et actes procéduraires, la manière et les moyens du travail juridictionnel », les *decisoria litis* réglant « les droits et intérêts litigieux des parties, ce sont des règles de fond que réunit l'appellation *lex causae* » ; B. ANCEL, *Droit international privé comparé*, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, Paris, 2007, en ligne : http://www.u-paris2.fr/servlet/com.univ.collaboratif.util.LectureFichiergw?ID_FICHE=2100&OBJET=0017&ID_FICHIER=4225, spéc. p. 8-9.

⁴⁶¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 58.

⁴⁶² E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 597 : « Il n'est même pas trop audacieux de

dire de distinction des différentes matières de l'ordre juridique en vue de découvrir pour chaque matière le rattachement approprié, est largement influencé par la jurisprudence du Parlement de Paris, qui opère alors déjà de cette façon⁴⁶³, ce qui permettra à l'Ecole d'Orléans d'introduire « pour la première fois dans la science » la distinction entre statuts réels et personnels⁴⁶⁴.

99. Ces avancées de l'Ecole d'Orléans ont permis un développement important du droit international privé, et il convient de s'interroger sur les causes ayant permis ces avancées. L'Ecole d'Orléans a ainsi cherché, à l'instar des auteurs italiens, à justifier ses solutions en les confrontant à un fonds de valeurs communes, puisqu'elle « cultive encore l'idée que les solutions, doivent néanmoins trouver leur légitimité dans la tradition romaniste »⁴⁶⁵. On retrouve donc l'attachement à la communauté juridique qui caractérise la doctrine italienne. Mais en France le sentiment de communauté va plus loin, car il dépasse le sentiment, quelque peu fictif, d'appartenir à la même communauté juridique. L'état de la coopération judiciaire permet d'illustrer à merveille que les juristes français avaient une conscience nette de la communauté politique dont ils faisaient partie. Or la question de la coopération judiciaire est probablement plus révélatrice du sentiment de communauté que ne l'est celle de l'existence d'un système de conflit de lois, puisque si « l'unité du règlement de conflit de coutumes est recommandable et dans l'esprit des auteurs de l'époque [...] s'impose d'elle-même », « la coopération judiciaire est nécessaire à l'établissement d'un ordre intercoutumier »⁴⁶⁶. Et la coopération judiciaire, notamment en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions et d'extradition, est à un tel stade d'approfondissement que l'existence d'un ordre intercoutumier commun ne peut faire aucun doute⁴⁶⁷. Les solutions adoptées en la matière « présupposent que les différentes juridictions entretiennent des rapports de grande confiance, puisque l'autorité locale s'en remet entièrement au jugement de l'autorité étrangère; elles expriment la continuité formelle et organique des ordres juridictionnels dont le Parlement de Paris était le garant »⁴⁶⁸. Il y avait donc un sentiment très concret d'appartenir à un ordre

supposer que ce fut par l'intermédiaire de l'Ecole d'Orléans que le principe de Jacobus Balduini fut accepté définitivement en Italie ».

⁴⁶³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 54 et s.

⁴⁶⁴ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 598 ; alors que la pratique du Parlement l'opérait déjà ; voy. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 54).

⁴⁶⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 105-106.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, spéc. p. 100.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*, spéc. p. 101.

commun, c'est-à-dire l'ordre constitué par le Royaume. Cette conscience de la communauté permit à l'Ecole d'Orléans et ses continuateurs⁴⁶⁹ d'apporter « une telle quantité d'idées nouvelles et fertiles que leur influence sur l'évolution de la science du droit [international privé] a été énorme »⁴⁷⁰.

100. On retrouve ce catalyseur du développement du droit international privé qu'est la conscience de la communauté politique chez les deux auteurs français les plus marquants du début des temps modernes, c'est-à-dire Charles Dumoulin (1500-1566) et Bertrand d'Argentré (1519-1590). Ils élaborent leurs doctrines après deux siècles d'accalmie doctrinale causée par l'influence étouffante prise par Bartole⁴⁷¹. Mais la pratique n'a quant à elle pas été aussi inactive, et la jurisprudence, notamment du Parlement de Paris, a élaboré aux cours des XIIIe et XIVe siècles des solutions au conflit de coutumes admettant largement l'éventuel effet extraterritorial de ces dernières. Or l'écart grandissant pris entre l'état de la pratique et la doctrine rendait évidemment nécessaire un nouvel effort de conceptualisation. Les différences entre les approches de Dumoulin et d'Argentré étaient cependant telles que la jurisprudence n'allait pas trouver dans cette « querelle des doctrines »⁴⁷² des outils intellectuels lui permettant d'avancer significativement⁴⁷³, en sorte qu'« elle [y] reste étrangère »⁴⁷⁴. Il n'en est cependant pas de même de la doctrine ultérieure, qui allait, comme nous allons le voir, puiser dans les théories de d'Argentré les moyens de se justifier et de se développer.

B Dumoulin : la communauté juridique au soutien de la communauté politique

101. Dumoulin, « ultime bartoliste »⁴⁷⁵, joue tout de même un rôle très important en ce qu'il constitue le véritable trait d'union entre l'école italienne, marquée par l'attachement au commun exprimé par la communauté de droit, avec l'Ecole française qui se construit

⁴⁶⁹ Au premier rang des quels Guillaume de Cun ; *ibid.*, spéc. p. 103 et s.

⁴⁷⁰ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 600.

⁴⁷¹ Voy. sur ce point not. M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180.

⁴⁷² B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 119 et s.

⁴⁷³ Hormis la question, qui à vrai dire est très importante, de l'autonomie de la volonté pour les régimes matrimoniaux et par extension toutes les matières concernant les droits disponibles.

⁴⁷⁴ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 129.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, spéc. p. 119, nuanciant cependant ce propos un peu plus loin (*ibid.*, spéc. p. 124).

autour d'un commun exprimé par une communauté d'allégeance⁴⁷⁶. Il cherche en effet « à concilier la pratique de son temps avec la théorie italienne »⁴⁷⁷. Dans ce cadre, il fait, à l'instar de Bartole, du *jus commune* le « vecteur de l'extraterritorialité »⁴⁷⁸. Ainsi selon Dumoulin, lorsqu'ils « sont contraires au droit commun », les statuts personnels prohibitifs « n'ont pas un effet extraterritorial »⁴⁷⁹. Pour Dumoulin, l'effet extraterritorial des lois est donc fondé « sur les lois romaines et l'*interpretatio extensiva passiva* que ce droit commun peut conférer à une coutume locale »⁴⁸⁰. Ainsi, en ce qu'il a encore besoin du recours au *jus commune* pour expliquer l'application d'une loi étrangère, Dumoulin reste dans la continuité de l'Ecole italienne. La nécessité du recours à ce commun juridique s'effrite cependant en raison de la conscience de l'existence d'un commun politique qui s'y substitue. Dumoulin refuse en effet « d'adhérer au dogme impérial de l'autorité positive du droit romain, *jus commune* »⁴⁸¹. Il ne fonde donc pas l'autorité des valeurs juridiques communes et la normativité du droit commun sur l'Empire, donc un supposé pouvoir politique, mais « il adapte la notion à la situation française ». Ce qui le conduit à fonder l'autorité du droit commun non pas sur sa normativité juridiquement contraignante, mais sur son autorité philosophiquement astreignante, édictée par le droit naturel, puisqu'il « y inclut les exigences du bien commun et de la justice naturelle qu'il associe à la raison du droit commun, c'est-à-dire à la *ratio scripta* dont la composante essentielle ou le modèle est le droit romain »⁴⁸². L'influence d'un raisonnement partant du droit naturel est donc très forte⁴⁸³. Dumoulin place ainsi clairement « son système sous le contrôle de principes matériels »⁴⁸⁴, ce qui, en raison du recours à la « justice naturelle », fait réintégrer l'exigence de l'universel dans les

⁴⁷⁶ Sur les difficultés de classer Dumoulin parmi l'Ecole italienne ou l'Ecole française, voyez M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 320, note 3, relatant l'état de la controverse scientifique et faisant clairement état de la préférence de l'auteur pour intégrer Dumoulin dans l'école italienne ; Meijers, préférant le terme de « doctrine », traite Dumoulin au sein de la « doctrine française », (E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 637), et Bertrand Ancel, tout en optant pour le terme de « théorie », en fera de même en classant Dumoulin parmi la « théorie française des statuts » (B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 119).

⁴⁷⁷ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 648.

⁴⁷⁸ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 120 et s.

⁴⁷⁹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 646-647.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, spéc. p. 652.

⁴⁸¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 120.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Sur l'influence du droit naturel, voy. not. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159.

⁴⁸⁴ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 121, citant voy. P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, n°15 et s., p. 20 et s. ; et P. FRANCESCAKIS, « Droit naturel et droit international privé », dans *Mélanges Jacques Maury*, t. 1, p. 113 et s. spéc. n°13 et n°28 et s..

raisonnements. Cela lui est d'autant plus facile qu'existe une communauté politique expliquant elle aussi la possibilité d'un effet extraterritorial et à laquelle Dumoulin recourt sans hésiter si le besoin s'en fait ressentir⁴⁸⁵.

102. Son système se fonde donc encore nettement sur le sentiment d'appartenance à un double commun, à la fois politique et juridique. La communauté juridique y jouit cependant déjà d'une autorité bien affaiblie par rapport aux auteurs italiens qui la concevaient encore comme juridiquement obligatoire. Le recours au concept de communauté juridique pouvait donc être abandonné d'autant plus facilement que son autorité était affaiblie. La théorie de Dumoulin n'était donc « acceptable que pour les pays où l'on reconnaît l'autorité permanente du droit romain comme *jus commune* »⁴⁸⁶, ce qui n'était pas le cas de la France, où « on ne prêtait pas une telle autorité au droit romain »⁴⁸⁷. Cela explique que « ni les auteurs, ni la jurisprudence n'ont suivi [Dumoulin] dans la direction de faire dépendre de la conformité au droit commun l'effet extraterritorial de la coutume »⁴⁸⁸. Le besoin de rupture avec sa théorie, abandonnant le commun juridique en vue de ne laisser subsister qu'un commun politique, était dès lors très fort en France. Comme Dumoulin avait, dans la continuité de l'Ecole d'Orléans, fait une place non négligeable à la communauté politique, cette rupture, pour ne laisser subsister qu'un commun politique, pouvait se réaliser plus facilement, puisqu'il suffisait de ne désavouer qu'une partie de la doctrine de Dumoulin pour laisser subsister, ou du moins reprendre à son compte, celle qui se fondait sur une communauté politique. Si l'absence de normativité reconnue au *jus commune* allait alors conduire à ce que « d'Argentré et les auteurs français postérieurs n'emploient pas les arguments de Dumoulin »⁴⁸⁹, il n'en reste pas moins que Dumoulin aura joué un rôle important dans l'évolution des idées, en permettant au commun politique de s'émanciper.

⁴⁸⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 120-121, faisant état de la proposition de Dumoulin au sujet d'un droit commun coutumier de discerner « l'existence de "coutumes princesses", dont l'autorité dépasse les limites de leur détroit pour voler au secours de coutumes locales incomplètes (*Commentarii in consuetudines Parisienses*, Paris 1576, I, Epitomé, n. 109), remplissant ainsi à l'échelon régional la fonction que conserve le droit romain dans les pays de droit écrit ».

⁴⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 652.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, spéc. p. 652.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, spéc. p. 648.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 652.

C D'Argentré : la communauté politique supplantant la communauté juridique

103. Là où pour Dumoulin l'effet extraterritorial est encore fondé sur le droit commun, « pour d'Argentré, c'est un axiome, qui n'a pas besoin d'explication »⁴⁹⁰. Le contexte historique, notamment l'indépendance prise par le Royaume à l'égard de l'Empire et de la papauté explique cette perte d'importance du droit commun et le fait que les règles sont désormais fondées sur l'idée de souveraineté⁴⁹¹. L'attachement à la pratique, qui caractérise tellement les penseurs français, se retrouvant chez d'Argentré⁴⁹², ce dernier ne peut rester insensible à la réalité politique de la France, qui est celle de l'existence de statuts juridiques divers au sein d'un ensemble politique commun. Ainsi, de façon très cohérente, « le système de d'Argentré repose sur le système féodal de son pays, comme la doctrine de Bartole sur les statuts des villes et le Droit romain »⁴⁹³. Dès lors, « d'Argentré conçoit le conflit de coutumes comme un problème de coexistence des souverainetés, qui reçoit sa solution d'un système de répartition des compétences opérant sur la base du territoire »⁴⁹⁴. Cela montre donc clairement que d'Argentré inscrit son système au sein d'une entité politiquement commune. Il pourrait difficilement faire autrement, puisque le royaume de France constituait alors une entité politique incontestable au sein de laquelle existaient des différences de statuts juridiques parfois considérables. Mais cette pluralité de statuts ne s'opposa en rien à la conscience d'appartenir à une communauté politique connaissant un principe commun d'organisation de cette pluralité. Le choix du rattachement montre alors clairement cette conscience d'appartenir à une communauté politique, puisque « le royaume formait un Etat indépendant [et] on dépendait d'une coutume locale à cause de son domicile »⁴⁹⁵. Les questions de statut personnel « sont traitées à peu près toujours par les auteurs à cause de conflits intercoutumiers, et l'on appliquait sans réfléchir aux conflits internationaux le même principe du domicile »⁴⁹⁶. L'organisation de la pluralité à travers l'acceptation de l'application

⁴⁹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 652 ; d'Argentré n'est pas isolé avec cette opinion, puisque par exemple Guy Coquille (1523-1603) justifie également l'effet extraterritorial sans se référer au droit commun (*ibid.* 652 et s.).

⁴⁹¹ *Ibid.*, spéc. p. 651-652 : « au fond, c'est encore l'idée de souveraineté [...] sur laquelle les règles sont basées ».

⁴⁹² Car il « arrive toujours aux mêmes résultats que la tradition [ce qui] prouve que celle-ci est la force secrète qui détermine ses solutions » (*ibid.*, spéc. p. 639), même si cet attachement peut être discuté (voy. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175).

⁴⁹³ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 324.

⁴⁹⁴ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 127.

⁴⁹⁵ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 651.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 651.

de solutions différentes de celles du for, qui ne se rencontre dans le système de d'Argentré qu'au sujet des statuts personnels⁴⁹⁷, se fait donc en suivant les règles édictées par un ordre commun et supérieur coordonnant la pluralité. Autrement dit, si d'Argentré a pu concevoir l'extraterritorialité de certaines règles juridiques, il ne put le faire qu'en se fondant sur l'idée que la communauté politique de la France suppose de reconnaître la souveraineté des provinces au sein du Royaume⁴⁹⁸. Cette souveraineté se traduit alors par le rattachement au domicile⁴⁹⁹. L'acceptation de la pluralité n'est plus conditionnée, selon d'Argentré, par la conformité à un droit commun, mais résulte d'un principe politique commun, qui est celui de la souveraineté des provinces au sein du royaume.

104. La théorie française finira ainsi, et c'est probablement l'apport le plus significatif de d'Argentré, par se détacher de l'exigence de devoir fonder ses solutions sur la conformité à un droit commun, et donc à détacher le pluriel d'un commun juridique. L'alignement de la loi positive sur la loi naturelle qui était encore propre à saint Augustin empêcha logiquement le développement d'une pluralité autre qu'embryonnaire. L'intégration de la pensée de saint Thomas par les penseurs ultérieurs allait au contraire permettre le développement de la diversité législative, la pensée française pouvant se démarquer de la « communauté imposée » qui était encore celle de l'Italie, où l'attachement au sentiment de communauté était intellectuellement insurmontable en raison des vestiges d'universalité résultant du rattachement fictif à l'Empire et à la papauté. Le pluriel français étant désormais philosophiquement et religieusement justifié, il fallait encore savoir dans quelle mesure il devait l'être juridiquement et politiquement. En France l'exigence politique de l'acceptation du pluriel, illustrée notamment par d'Argentré, se révèle alors déterminante. Une fois dépassée la nécessité de justifier le pluriel à l'égard du droit commun, subsistait en effet la nécessité, non seulement de justifier le pluriel, mais de l'organiser, face à l'acceptation politique préalable de la pluralité. Ainsi « l'obsession autonomiste ou souverainiste [de d'Argentré] le porte à considérer que l'immixtion dans la province de Bretagne d'une coutume étrangère est une question de droit international public (rapports entre souverainetés)

⁴⁹⁷ Voy. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175.

⁴⁹⁸ Et notamment celle du Duché de Bretagne. L'on connaît sur ce point l'esprit indépendantiste de d'Argentré.

⁴⁹⁹ Ainsi, « pour la personne et les meubles, la double équation des *potestates*, des trois pouvoirs, passe par l'idée d'allégeance : le sujet doit allégeance au juge de son domicile ». Pour les immeubles ou les statuts réels et mixtes, d'Argentré préfère le rattachement au lieu de situation, ce qui a simplement pour effet, à ses yeux, de refuser tout effet extraterritorial, donc à nier sur ce point l'existence d'un droit international privé au sens où nous l'entendons. Sur ces points, voy. not. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 128.

ou de droit constitutionnel (rapports entre pouvoir local et pouvoir central) »⁵⁰⁰, c'est-à-dire une question ne trouvant une réponse qu'en ayant recours à un système politiquement organisé et imposant l'application d'une loi étrangère. Système qui permet alors de prescrire aux ordres pluriels qui le composent l'acceptation des solutions différentes émanant des autres ordres juridiques de cet ensemble commun, donc à justifier l'application d'une loi « étrangère ». Les systèmes qu'il convient d'élaborer dans ce cadre offrent alors des potentialités de développements considérables. Le pluriel est accepté dans la mesure où il n'entrave pas les valeurs politiquement communes, mais désormais sans exigence de conformité aux valeurs juridiquement communes. On peut alors abandonner un présupposé jusqu'alors indispensable, à savoir la conformité à la communauté juridique, tenant à la condition de la conformité au droit commun, qui restreignait considérablement la portée théorique de l'acceptation d'une loi étrangère.

105. Le concept de pluriel émerge alors finalement d'une combinaison de facteurs, qui réunissent au sein d'une même communauté politique des différences juridiques empiriquement constatables. Il fallait un contexte intellectuel particulier pour voir apparaître la « théorie des statuts ». Le but était en effet à la fois de justifier les particularités des divers droits locaux et de les coordonner, ne serait-ce qu'en trouvant la réponse à la question *quid juris* qui sera posée explicitement au début du XIV^e siècle⁵⁰¹. Or la justification des particularités des droits locaux implique de se séparer d'un droit conçu comme universellement vrai et dès lors irréductible à l'idée de diversité. Le souci de coordination des droits locaux va dans le même sens, car il faut trouver une méthode se révélant capable de maintenir la diversité sans uniformiser les solutions. La découverte du pluriel est dans ce cadre une étape nécessaire, mais non suffisante, vers l'acceptation de l'extranéité. Cette découverte est le résultat de la situation dans laquelle un ensemble commun comporte en son sein des différences qui ne remettent pas en cause la communauté⁵⁰². Elle reste cependant potentiellement insuffisante, puisque l'acceptation du pluriel n'implique pas l'acceptation de l'extranéité, mais simplement l'acceptation de la communauté. Accepter l'altérité au-delà de la diversité existant au sein de la communauté implique une ouverture bien plus grande et juridiquement plus difficile à concevoir. La découverte du pluriel n'en reste pas moins nécessaire, car le concept de droit international privé ne peut s'appuyer sur un universel non

⁵⁰⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 127.

⁵⁰¹ Par Bartole ; voy. sur ce point not. M. GUTZWILLER, *Geschichte des Internationalprivatrechts: von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Basel, 1977, spéc. p. 36.

pluriel. En affranchissant, au moins partiellement, l'acceptation de la pluralité de la condition de conformité au commun, d'Argentré représente une étape importante vers la consécration d'un droit international privé construit autour d'un universel pluriel.

106. Les auteurs hollandais vont ainsi s'appuyer sur le système de d'Argentré qui leur confère une liberté très importante. Maintenant l'exigence du pluriel, en raison de leur volonté politique à l'indépendance, qui se justifie désormais également par les différences de religion, ils ne chercheront plus à justifier l'acceptation de la pluralité par le recours aux valeurs d'un ordre politiquement commun, mais puiseront l'exigence de l'acceptation de la pluralité dans une prétendue valeur universelle, à savoir la souveraineté de l'Etat. Intégrant les développements de la philosophie du droit, qui se dirige de plus en plus vers la consécration du positivisme juridique, ils ne concevront en effet plus l'universel comme devant fournir un seul système de solutions absolument vrai, mais seront capables de le concevoir de manière plurielle, comme un système devant justifier la différence de solutions. *Le pluriel devient ainsi une exigence universelle.* Et si ce pluriel universel est très infertile en ce qui concerne l'acceptation immédiate de l'extranéité par les auteurs hollandais, il n'en constitue pas moins un terreau sur lequel se développera ensuite tout le droit international privé contemporain. Celui-ci ne peut plus en effet se concevoir sans l'intégration des exigences propres à une universalité conçue de façon ouverte à la pluralité⁵⁰³, laquelle est découverte par la doctrine du droit international privé sur le fondement du pluriel universel.

Section 2 Le raffermissement du droit international privé autour d'un pluriel universel encore hésitant

107. La question qui allait se poser dans le sillage de d'Argentré était de savoir dans quelle mesure on pouvait maintenir l'exigence de l'acceptation de la pluralité alors même que l'hypothèse de la communauté politique faisait défaut. Or la tendance de l'Europe des Temps modernes était de recourir à l'universel afin de pallier l'absence d'ordre de référence commun. L'universel vient en effet « à se penser seulement quand l'unité idéologique d'une culture est par trop défailante et qu'il lui faut ériger ce point de tension ou de focalisation

⁵⁰² Comme ce fut le cas également pour la théorie des statuts (cf. *supra*, n° 86 et s.).

⁵⁰³ Que nous qualifions d'« universel pluriel » (cf. *infra*, n° 203 et s.).

idéale pour y remédier »⁵⁰⁴, ce qui est frappant en Europe, où « la question de l'universel rejaillit de plus belle à l'époque moderne, tandis que le Moyen Age européen n'a pas eu besoin de promouvoir l'universel en dehors de sa logique, l'emprise du christianisme s'avérant suffisante pour assurer sa cohésion à la fois religieuse, morale et politique »⁵⁰⁵. C'est donc en Europe que l'universel allait réobtenir ses lettres de noblesse acquises dès l'Antiquité⁵⁰⁶. Mais cela implique que l'universel se montre capable d'appréhender la diversité existant alors en Europe. Il doit se construire en tenant compte et en intégrant la pluralité. Le processus est loin d'être dépourvu de complexité, puisque « élever quoi que ce soit à l'universel, c'est le promouvoir au stade ultime de la vérité », ce qui a pour conséquence que « l'universel porte en lui, comme une exigence intrinsèque, de devoir s'exporter pour assumer son devoir être, et n'a-t-il cesse de convertir : toute non-reconnaissance à son égard lui paraît être une remise en cause intolérable de son bien-fondé »⁵⁰⁷. L'affirmation selon laquelle l'universel doit, pour exister, s'affirmer comme une vérité absolue non discutable semble donc s'opposer à la reconnaissance de toute diversité. En quoi des principes qui sont absolument vrais pourraient-ils recevoir des acceptions qui diffèrent ?

108. D'où le paradoxe auquel les auteurs du droit international privé doivent apporter une solution : conscients de l'existence d'une pluralité et de la nécessité de justifier celle-ci par l'universel, ils vont progressivement concevoir un universel appréhendant et organisant la pluralité des ordres juridiques. Ce faisant, ils vont poser une des pierres fondamentales du droit international privé contemporain.

109. Un élément est particulièrement important pour comprendre l'évolution du droit international privé et cet élément confirme l'idée de départ qui a déjà guidé le présent travail pour analyser le droit international privé de l'Antiquité et du Moyen Age. Le développement du droit international privé reste intimement lié au développement de la philosophie, qui va s'efforcer de mettre en avant l'importance de l'homme et de sa subjectivité. Confirmant notamment les apports de saint Thomas et redécouvrant l'humanisme

⁵⁰⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 119.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ Puisque « l'Europe a d'autant plus eu besoin de valoriser l'universel qu'elle s'est constituée à partir de poussées diverses » ; *ibid.*, spéc. p. 118.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, spéc. p. 116.

de l'Antiquité⁵⁰⁸, la philosophie occidentale pourra sans difficulté énoncer le caractère fondamental de la qualité d'être humain, qui implique la reconnaissance certaine, au plus tard depuis Kant, de sa personnalité juridique⁵⁰⁹. Plutôt que d'appuyer l'élaboration du droit naturel, c'est-à-dire de règles universelles s'imposant de façon absolue, sur la notion de nature des choses⁵¹⁰, l'idée apparaît « que le droit est finalement établi par et pour les hommes, et le mouvement qui cherche l'appui du droit dans la constatation des réalités s'adresse à la notion de nature humaine »⁵¹¹. Les nouvelles constructions doctrinales allaient donc de plus en plus partir de la notion de nature humaine et d'un fondement tenant compte de la liberté de l'homme. L'acceptation de la personnalité juridique de tout homme, et donc l'acceptation de l'égalité *a priori* de l'étranger avec le national, implique logiquement la reconnaissance de la diversité culturelle existant entre les hommes. Concernant le droit international privé, les nouvelles théories proposées allaient dès lors se montrer capables de construire des systèmes cherchant à organiser efficacement la pluralité.

110. La réception des idées nouvelles par la doctrine du droit international privé ne s'est évidemment pas faite sans hésitations et résistances⁵¹². Chronologiquement les principes découlant des Lumières et de la Révolution française ne seront réellement intégrés à la pensée du droit international privé qu'à partir de Savigny. Le découpage de notre étude consiste donc ici à faire la différence entre Anciens d'un côté, c'est-à-dire l'Ecole hollandaise et Story, et Modernes de l'autre, c'est-à-dire Savigny et Mancini. Mais ce découpage se fonde en réalité sur une raison théorique capitale. L'exigence universelle de respecter la pluralité que l'on découvre à partir de l'Ecole hollandaise se trouve en effet radicalement transformée lorsque l'on la fonde sur l'hypothèse de départ de la liberté de tout homme. Le droit se doit alors d'être capable de déterminer précisément l'étendue de la liberté dans toutes les situations. Le droit devient ainsi l'expression d'une universalité qui lui préexiste et qui confère une

⁵⁰⁸ Sur lequel, voy. not. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159. Saint Thomas part également du nominalisme de Duns Scot et de Guillaume d'Occam (*ibid.*).

⁵⁰⁹ Voy. not. H. COING, « Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte », dans Ernst WOLFF (dir.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, de Gruyter, Berlin, Tübingen, 1950, spéc. p. 191- 205 ; H. CONRAD, *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts*, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1955, spéc. p. 21 et s. ; C. HATTENHAUER, « »Der Mensch als solcher rechtsfähig" - Von der Person zur Rechtsperson », dans Eckart KLEIN et Christoph MENKE (dir.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson : Grundlage der Freiheit*, BWV Verlag, Berlin, 2011, spéc. p. 39- 66 ; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préc., note 191, spéc. p. 251- 259.

⁵¹⁰ Sur cette évolution, voy. not. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 159 et s.

⁵¹¹ *Ibid.*, spéc. p. 159.

⁵¹² Ce qui illustre, s'agissant d'un droit initialement nettement jurisprudentiel, la « loi » de la tendance naturelle des juges à l'immobilisme (identifiée par A. DE TOCQUEVILLE dans *De la démocratie en Amérique*).

dimension également universelle au droit que celui-ci n'avait pas jusque-là. Là où le droit pouvait se contenter antérieurement de ne chercher que la solution aux situations déjà reconnues⁵¹³, il doit désormais trouver les solutions à toutes les situations, car leur reconnaissance est présumée⁵¹⁴. L'universalité sur laquelle on fonde le droit international privé n'est plus une universalité imposée par de supposés principes de droit international public, nécessairement fragiles, mais par une universalité qui est inhérente à l'ordre juridique lui-même et dès lors consubstantiellement liée à la notion même de droit et à l'existence de l'ordre juridique. La diversité des situations qu'il faut juridiquement organiser est évidemment bien plus grande dans cette seconde acception. Et seule cette acception qui fait du droit l'expression de l'universalité impose la nécessité *a priori* absolue de reconnaître toute situation, quelle que soit son extranéité, son altérité et sa diversité⁵¹⁵. Le basculement vers cette acception de l'universel intrinsèquement liée à la notion de droit confèrera enfin au droit international privé une partie de son visage contemporain⁵¹⁶.

111. La substitution de l'universel au commun en tant que concept fondamental du droit international privé se fait cependant avec des difficultés considérables. Entre l'universel réaliste, mais stérile des Hollandais, et l'universel ambitieux, mais irréalisable de Mancini, il n'est pas aisé de faire émerger une conception nouvelle de l'universel qui organise effectivement et efficacement la pluralité entre ordres juridiques. Cette découverte a lieu, par l'apport de Savigny, mais on peut quasiment se demander si cette découverte n'est pas accidentelle. Le retour opéré par Mancini par rapport à Savigny, et qui revient vers l'approche « publiciste » des Hollandais, montre bien que la doctrine de Savigny à elle seule n'était pas suffisante pour faire éclore un système de droit international privé conforme à une acception

⁵¹³ Par certains ordres juridiques, notamment évidemment l'ordre juridique du for, mais pas seulement, ce qui est sans doute l'apport le plus significatif de l'Ecole hollandaise.

⁵¹⁴ Y compris bien sûr le principe même de la reconnaissance juridique, même si le comment de la reconnaissance reste *a priori* indéterminé.

⁵¹⁵ Mais elle ne dit pas, dans quel sens il faut reconnaître. L'on doit appréhender toute situations de façon juridique, mais cela n'implique pas de devoir faire preuve de libéralisme. La condamnation juridique d'une situation est aussi une reconnaissance de la juridicité de la situation. Autrement dit, pour prendre un exemple, dire que le vol est illicite implique de reconnaître la juridicité de la situation dans laquelle il y a eu substitution frauduleuse de la chose d'autrui. Simplement, le sens de la reconnaissance, le comment de la reconnaissance, reste indéterminé.

⁵¹⁶ La difficulté sera de survivre ensuite à la réaction positiviste qui réintroduira une menace certaine de verser dans l'exclusivisme (cf. *infra*, n° 168 et s.).

véritablement moderne et intrinsèquement universelle du droit⁵¹⁷. Ainsi, pour revenir à l'idée selon laquelle l'universel « s'édicte », voire « se prédicte »⁵¹⁸, l'universelle sera d'abord considérée comme édictée aux ordres juridiques, et ce dans un sens qui leur impose l'acceptation de la pluralité (I). A cette pluralité prescrite par une universalité imposée aux ordres juridiques suivra alors la découverte d'un universel inhérent aux ordres juridiques. Cette pluralité n'est plus imposée par des considérations censées être externes ou supérieures à l'ordre juridique, ce dont découle qu'elle peut efficacement organiser la pluralité. Les fondements de cette pluralité restent cependant trop incertains pour faire éclore véritablement le droit international privé contemporain (II).

I La pluralité prescrite par une universalité imposée aux ordres juridiques

112. Avec la dislocation des ordres juridiques communs et l'aspiration à plus d'indépendance de certains ordres juridiques particuliers, la communauté à laquelle on se réfère afin d'élaborer les systèmes de droit international privé devient de plus en plus fictive. Le défi auquel sont ainsi confrontés les auteurs de la doctrine hollandaise les éloigne fortement des auteurs italiens et français qui pouvaient s'appuyer sur un commun tiré de la survivance fictive de l'Empire ou de l'existence d'un pouvoir central fort, et les rapproche du droit international privé contemporain qui positionne le problème en termes de relations privées internationales se déroulant entre plusieurs Etats indépendants les uns des autres. L'indépendance caractéristique des ordres juridiques s'oppose donc à ce que les auteurs hollandais puissent s'appuyer sur un commun qui serait imposé à ces ordres juridiques, puisque ce serait nécessairement une atteinte à leur indépendance et leur souveraineté. Les auteurs hollandais se détournent donc de l'idée de communauté, pour des raisons avant tout politiques, mais également philosophiques⁵¹⁹.

⁵¹⁷ Savigny s'inspire et inspire en effet des auteurs qui ne conçoivent l'acceptation de la pluralité que par le recours à des principes universels qui imposent cette acceptation aux ordres juridiques. Or une telle attitude « universaliste » ou « jusnaturaliste » est contredite par le droit positif, ce que la plupart des auteurs n'ignorent d'ailleurs pas. A côté de la démonstration de la contribution des constructions doctrinales à la théorie contemporaine du droit international privé, il faut donc également analyser pourquoi ces constructions n'ont pas pu concevoir l'universel dans le cadre d'une acception positiviste du droit.

⁵¹⁸ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 41. Cf. égal. *supra*.

⁵¹⁹ Sur le mouvement intellectuel préparant l'évolution qui sera réalisée par les auteurs hollandais, voy. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159.

113. L'abandon du commun au sein duquel est consacrée la pluralité d'ordres juridiques aurait pu conduire simplement à une fermeture de chaque ordre juridique sur soi et à un isolement de nature à entraîner le rejet de toute loi étrangère. Ce n'est cependant pas la voie suivie par les auteurs hollandais qui continuent d'être attachés à l'idée de pluralité, le contexte économique et l'ouverture au commerce international n'étant certainement pas étrangers à cette attitude⁵²⁰. La question est donc de savoir par quel fondement la doctrine hollandaise remplace le commun dans la voie de l'acceptation de la pluralité. Les auteurs hollandais cherchent, dans la continuité des auteurs précédents, à puiser leurs solutions dans des principes généraux de justice, de droit naturel. Ces principes généraux de justice, ce droit naturel, n'ont cependant plus vocation à fournir un ordre juridique complet, peu conciliable avec l'idée de pluralité⁵²¹. Ces principes universels ont seulement vocation à fournir un ensemble de règles édictant et organisant la pluralité. De commun, le pluriel devient ainsi universel.

114. Le recours à l'universel n'est certes pas nouveau. L'Antiquité l'avait déjà découvert, sans déboucher pour autant sur un véritable système de droit international privé⁵²². Il faut donc identifier ce qui distingue l'universel des auteurs hollandais de l'universel de l'Antiquité et de l'Eglise catholique. La particularité sera alors la prétention de cet universel découvert par les Hollandais à garantir et à maintenir la pluralité, à travers le respect de la souveraineté et de l'indépendance des Etats, alors que l'universel antique et catholique tendait *in fine*, et à condition de lui conférer une portée juridique⁵²³, à l'établissement d'un seul ordre juridique universel. L'universel des Hollandais, en ce que de prime abord il intègre l'exigence de pluralité, est donc porteur d'un potentiel très fort. Le problème vient de ce qu'il est trop embryonnaire et incomplet pour pouvoir fournir un système de solutions, que l'on cherchera en vain parmi les auteurs hollandais, qui s'en remettent, en ce qui concerne les solutions à apporter aux problèmes du droit international privé, aux règles édictées par le législateur⁵²⁴. Dire qu'un ordre juridique est souverain implique en effet seulement qu'il est libre de faire ce qu'il veut en matière de droit international privé, mais ne dit rien sur la façon dont il doit façonner celui-ci. La part de la doctrine hollandaise dans le développement du droit international privé devient ainsi difficile à cerner. Si l'on retient les principes juridiques qu'ils

⁵²⁰ Voy. not. M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180.

⁵²¹ Puisque cela renverrait vers l'universalité absolue de la religion, cf. *supra*, n° 63 et s.

⁵²² Cf. *supra*, n° 48 et s.

⁵²³ Cf. *supra*, n° 63 et s.

⁵²⁴ Et qui seront souvent bien loin des systèmes proposés par la doctrine.

avancent, c'est-à-dire la souveraineté et l'indépendance des Etats, la pluralité serait fondée sur un universel conçu de façon trop restrictive pour organiser véritablement la pluralité, puisqu'il se contente de simplement rendre possible l'idée de l'acceptation de la diversité. Si l'on retient cependant les arguments qu'ils développent en faveur de l'admission de lois étrangères, les auteurs hollandais posent les premiers jalons de principes universels organisant la diversité (A). Cette dernière idée est très riche, en ce qu'elle permet des développements considérables en vue de l'émergence d'un véritable droit international privé, droit international privé que Joseph Story peut consacrer et approfondir dans la continuité de l'Ecole hollandaise (B).

A L'Ecole hollandaise : la découverte dogmatique de l'universel édictant la pluralité

115. Deux éléments, déjà présents dans une moindre mesure chez d'Argentré, sont caractéristiques de l'Ecole hollandaise, constituée autour principalement de Christian Rodenburg⁵²⁵, Paul Voet⁵²⁶, Jean Voet⁵²⁷ et Ulricus Huber⁵²⁸. Premièrement, la « passion d'indépendance, qui animait, plus puissamment même que les adhérents de d'Argentré, les juristes hollandais contemporains de la paix de Westphalie et leurs descendants »⁵²⁹. Deuxièmement, l'éloignement pris par les auteurs avec la pratique et le caractère doctrinal de leurs constructions théoriques, éloignement qui conduit à considérer que « si l'on veut parler d'une doctrine hollandaise, il faut faire abstraction de la solution des questions pratiques »⁵³⁰. Ces deux éléments sont indispensables en vue d'expliquer comment la doctrine hollandaise a pu fonder l'acceptation de la pluralité, en dépassant l'exigence d'une communauté préalable, sur des principes conçus comme universels.

116. Lorsque l'on cherche à identifier les éléments caractéristiques de la doctrine hollandaise, l'on est en effet conduit à constater que « l'identité de ce courant doctrinal s'est

⁵²⁵ 1618–1668.

⁵²⁶ 1619–1677.

⁵²⁷ 1647–1714.

⁵²⁸ 1636–1694.

⁵²⁹ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 325 ; voy. également A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 95 et s.

⁵³⁰ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 663.

forgée dans le combat pour l'indépendance des Provinces Unies, le refus des allégeances à l'Espagne et à l'Empire, l'affirmation de la souveraineté »⁵³¹. Combiné à l'émergence de la notion de souveraineté sous l'effort de Jean Bodin et les travaux de Grotius, les auteurs en tirent comme conséquence que « pour un Etat souverain, il n'existe aucune obligation [...] d'appliquer dans ses tribunaux une autre loi que sa propre loi »⁵³². Il en résulte « la prééminence souveraine de la *lex fori* à laquelle s'associe logiquement l'infériorité de la loi étrangère »⁵³³. Néanmoins, la territorialité absolue qui résulte d'un tel système était trop radicale face au contexte de l'époque, qui conduisait à ce qu'« on ne pouvait proscrire *absolument* l'extraterritorialité des lois »⁵³⁴. Elle ne fut donc pas consacrée par la pratique de l'époque, « peu perméable à cette doctrine même aux Pays-Bas »⁵³⁵, ni d'ailleurs totalement par les auteurs eux-mêmes, qui reconnaissent la nécessité, fût-elle de fait, d'appliquer dans certaines situations le droit étranger. Cette nécessité reconnue d'appliquer le droit étranger conduit à identifier ce qui fait véritablement l'originalité et l'apport de la doctrine hollandaise au développement du droit international privé, à « envisager le principe fondamental allégué par les auteurs hollandais pour l'application d'une loi autre que celle du juge »⁵³⁶, et à s'interroger sur les fondements de ce principe (1), puis à analyser ses potentialités pour le développement du droit international privé (2).

1 Souveraineté et comitas : des principes universels fondant le droit international privé sur le respect de la pluralité

117. Les auteurs hollandais⁵³⁷ constatent les impératifs pratiques d'appliquer, notamment en matière de statut personnel, le droit étranger. Mais ils n'en tirent pas comme conséquence une obligation juridique d'appliquer le droit étranger. La position de Jean Voet

⁵³¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 138.

⁵³² E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 663.

⁵³³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 143.

⁵³⁴ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 326.

⁵³⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 140 :

« La pratique de l'époque est cependant peu perméable à cette doctrine et, même aux Pays-Bas, elle conserve son attitude prudente à l'égard de la dogmatique publiciste et se montre toujours ouverte aux considérations de droit privé. C'est cette pratique plutôt stable qui fait l'unité de la tradition continentale du droit international privé ; les solutions qu'elle retient restent dans toutes les grandes juridictions européennes, des Provinces-Unies au Royaume de Naples, lisibles dans la tradition bartoliste. »

⁵³⁶ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 663.

exprime le mieux cette opposition : constatant une *necessitas facti*, il n'y a cependant « aucune *necessitas juris* qui impose à un Etat souverain d'assurer dans ses tribunaux et sur son territoire, dans sa sphère de souveraineté, l'observation des lois qui ne sont pas les siennes, quand bien même la *necessitas facti* le recommanderait »⁵³⁸. Et Huber d'ajouter qu'« il est loisible à chaque Etat, par égard pour l'Etat auquel ressortit l'étranger, de se référer à la loi étrangère pour apprécier la condition de ce dernier, sauf l'ordre public »⁵³⁹. Autrement dit, si les auteurs hollandais nient une obligation juridique d'appliquer une loi étrangère, ils n'excluent pas pour autant cette hypothèse si le droit écrit d'un Etat le prescrit⁵⁴⁰. Cela rend l'apport de la doctrine hollandaise difficile à saisir. Si l'on retient en effet que « l'idée des auteurs hollandais avec leur *comitas gentium*, n'est autre chose que ceci : chaque Etat est maître chez soi de décider dans quelle mesure il appliquera une loi étrangère »⁵⁴¹, leur doctrine est d'une indéniable actualité. Face à l'absence de discussion possible à l'égard du droit d'origine législative⁵⁴², la véritable question était cependant de savoir dans quelle mesure on pouvait obliger le juge à appliquer un droit étranger face au silence de la loi. La réponse apportée par les auteurs hollandais à ce problème est alors décevante. En niant toute obligation juridique d'appliquer un droit étranger pesant sur le juge, ils nient en effet aussi toute possibilité de conceptualiser un système de *droit* international privé, puisqu'un système de droit suppose à l'évidence l'existence de règles *juridiques*.

118. Le véritable apport de l'Ecole hollandaise est donc ailleurs, à savoir dans la justification avancée par elle pour expliquer l'effet extraterritorial des lois. Sur ce point, Huber explique la reconnaissance de la possibilité, mais non de l'obligation, d'appliquer le droit étranger par le concept de courtoisie entre les peuples, par la *comitas gentium*⁵⁴³, « la

⁵³⁷ Dans le sillage de Rodenburg, quoique non sans oppositions avec celui-ci ; voy. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 141 et s.

⁵³⁸ *Ibid.*, spéc. p. 142.

⁵³⁹ Troisième axome ; *ibid.*

⁵⁴⁰ Voy. également E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 666.

⁵⁴¹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 667.

⁵⁴² Le droit imposé par le législateur n'était en effet pas discuté à l'époque, et encore moins critiqué en le confrontant à un système de droit idéal qui doit servir de modèle. Cela vaut naturellement tout particulièrement pour l'Ecole hollandaise, qui voue un culte sans faille aux principes de souveraineté et d'indépendance des Etats. Si l'on cherchait à construire des systèmes de droit, on le faisait donc pour connaître le droit en l'absence de texte précis, pour guider le juge lorsque la solution ne lui fut pas imposée par le législateur.

⁵⁴³ Voy. sur ce point not. l'influence de Grotius et du droit des gens (M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, préc., note 159).

comitas gentium étant pour [les auteurs hollandais] le motif d'appliquer une loi étrangère »⁵⁴⁴. Il convient alors de s'interroger sur l'apport au développement de la théorie du droit international privé de ce nouveau concept avancé en vue de justifier l'application d'un droit étranger. Dans un premier temps, entérinant ce que le travail de d'Argentré avait déjà laissé entendre, la doctrine hollandaise « célèbre la mise au tombeau du *jus commune* »⁵⁴⁵. Les auteurs hollandais libèrent ainsi leurs théories des restrictions intellectuelles qu'implique un raisonnement construit autour du concept de communauté, nécessairement empirique et d'un pouvoir innovateur limité. Ils ne peuvent donc construire leurs théories autour d'un commun pluriel qu'ils constatent. Fort logiquement, ils cherchent alors à fonder leur doctrine sur des principes universels qui édictent, en les déduisant d'axiomes préalablement découverts⁵⁴⁶, les solutions qu'il convient de suivre. Ce qui importe au regard du droit international privé est que la doctrine hollandaise se révèle capable, sur le modèle de principes universels, de concevoir l'application d'un droit étranger malgré le détachement pris par rapport au droit commun qui justifiait jusqu'alors l'acceptation de solutions différentes de la *lex fori*. Effectivement, « l'appel à une loi étrangère n'est plus opéré sous le contrôle du *jus commune*, mais procède de la *comitas* qui constituerait le véritable vecteur – aléatoire – de leur éventuelle extra-territorialité »⁵⁴⁷. Et là est d'ailleurs « l'idée fondamentale de cette *comitas* », en raison de laquelle « aucun Etat ne peut plus fonder le droit d'exiger l'application des lois hors son territoire par les textes du droit romain qui n'envisageaient que la coopération des fonctionnaires d'un même Empire »⁵⁴⁸. Il importe de souligner ici que le vecteur d'application du droit étranger n'est plus la communauté, mais le concept universel de *comitas*⁵⁴⁹. Dans un contexte historique marqué par la disparition progressive des pouvoirs centraux prétendument universels et l'émergence des Etats indépendants, on comprend l'importance qu'allait jouer cette découverte qui permet de justifier l'application d'un droit étranger par des principes détachés de l'exigence de communauté.

⁵⁴⁴ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 663.

⁵⁴⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 150.

⁵⁴⁶ Principalement les principes de souveraineté et de non-contradiction, ce second étant lié à l'exigence d'un raisonnement axiomatique.

⁵⁴⁷ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 143.

⁵⁴⁸ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 665.

⁵⁴⁹ Que les auteurs hollandais déduisent, dans une approche axiomatique, du principe fondamental de souveraineté.

119. L'organisation de la pluralité des ordres juridiques n'est donc plus confiée à un système qui serait à chercher dans des principes construisant un ensemble commun et imposé par ce dernier, mais est à déduire de concepts universels, qui fondent logiquement cette pluralité. L'inconvénient majeur de l'Ecole hollandaise est cependant de poser des principes universels qui ne sont logiquement pas en mesure d'imposer le respect de la pluralité, alors qu'un véritable droit international privé ne peut évidemment surgir sur le fondement de règles simplement potestatives.

120. Les principes universels exigeant l'application d'un droit étranger sont naturellement très embryonnaires à l'origine, dans un contexte célébrant, suite à Jean Bodin et Grotius, la souveraineté de l'Etat. Pour reprendre les axiomes de Huber⁵⁵⁰, chaque Etat est absolument libre d'adopter les lois prévalant sur son territoire, mais a la faculté, et non l'obligation, de reconnaître, « par courtoisie », certains effets résultant de l'application d'un droit étranger. La critique contemporaine de cette approche est aisée : « On est accoutumé, aujourd'hui, de traduire cette *comitas gentium* par la courtoisie ou la bienveillance internationale, et l'on fait alors cette critique : l'application d'une loi étrangère par un juge n'est pas un acte de bienveillance, mais un acte de justice »⁵⁵¹. Max Gutzwiller, parmi d'autres, est révélateur de cette attitude qui méconnaît le véritable apport de la doctrine hollandaise, lorsqu'il affirme qu'il est « inutile de dire que la courtoisie internationale, c'est-à-dire la bienveillance d'appliquer des lois étrangères quand on le jugera convenable et aussi longtemps que l'on le jugera convenable, inventée comme réaction contre l'absolutisme pur, ne s'aurait servir de base *juridique*, base dont le Droit international privé a tant besoin »⁵⁵². Ainsi Lainé a également pu dire au sujet de l'Ecole hollandaise qu'« il est pour une théorie un défaut pire que celui d'offenser la logique, c'est celui d'aboutir au néant »⁵⁵³. Et à s'en tenir

⁵⁵⁰ U. HUBER, « De conflictu legum... », n.2 :

« Voici ces axiomes :

- 1. Les lois de chaque Etat ont autorité dans les limites de son territoire et obligent tous ses sujets, mais pas au-delà ;

- 2. Sont réputés sujets d'un Etat tous ceux qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières, qu'ils y demeurent à titre permanent ou à titre temporaire ;

- 3. Les autorités des Etats, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, sous la réserve que ni les autres Etats, ni leurs sujets n'en subissent aucune atteinte dans leur pouvoir et dans leur droit » (cité d'après B. ANCEL, Histoire du droit international privé, préc., note 175, spéc. p. 142).

⁵⁵¹ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 663.

⁵⁵² M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 328.

⁵⁵³ A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, préc., note 248, spéc. p. 111.

au fondement avancé par l'Ecole hollandaise, c'est-à-dire la souveraineté, il est vrai qu'il est, pris isolément, stérile⁵⁵⁴. La doctrine hollandaise n'a donc pas pu apporter un système de droit international privé convaincant.

121. Il faut cependant se garder d'avoir une vision trop réductrice de la doctrine hollandaise qui résulterait d'une interprétation insistant excessivement sur le caractère facultatif de la *comitas*. Car s'il y a bel et bien absence d'une obligation juridique, il n'y a pas non plus une impossibilité juridique ou logique d'appliquer le droit étranger. Il y a donc une faculté, exprimant l'*urbanitas* ou la *necessitas facti*, non une obligation qui exprimerait la *necessitas iuris*⁵⁵⁵. Mais cette faculté reconnue est d'une importance capitale, puisqu'elle révèle le potentiel de dépassement inhérent à la théorie de l'Ecole hollandaise.

2 *L'aptitude au dépassement inhérente à l'universel imposant la pluralité*

Comme il a justement été souligné, « ce que l'on peut reprocher [...] à la doctrine hollandaise, c'est qu'elle n'a pas développé plus loin son idée fondamentale »⁵⁵⁶ puisque « le principe posé par l'Ecole hollandaise aurait dû avoir pour conséquence d'entraîner la recherche, pour chaque cas, de la solution la plus conforme aux intérêts réels de la société humaine et à un bon fonctionnement de la justice »⁵⁵⁷. Le développement de la théorie des droits acquis, « qui va dévorer la doctrine hollandaise »⁵⁵⁸ montre d'ailleurs bien l'inévitable prolongement normatif que comporte l'approche hollandaise. En effet, « la *comitas* – qui, en principe, évolue dans le champ du *jus gentium*, dans le champ des rapports de peuple à peuple, d'Etat à Etat – commande sans doute de reconnaître la validité de l'acte passé ou de la situation créée régulièrement à l'étranger selon les conditions de la loi locale, mais plus encore lorsqu'elle se combine à l'idée de souveraineté, elle impose sous la pression de celle-ci, cette reconnaissance du droit acquis à l'étranger »⁵⁵⁹. Dans le prolongement de la doctrine hollandaise, la *comitas*, « prise dans le jeu de la dogmatique des rapports de souveraineté, [...]

⁵⁵⁴ *Ibid.*, spéc. p. 112 ; voy également A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1949. 615 et 1950. 11, spéc. p. 23.

⁵⁵⁵ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 665.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, spéc. p. 668.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, spéc. p. 669.

⁵⁵⁸ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 143.

perdra son caractère potestatif, et le respect des *vested rights* deviendra un impératif du droit international privé – déterminé par les exigences du droit international public »⁵⁶⁰. Dans un contexte historique qui allait ultérieurement enregistrer la disparition du droit commun, « l'élément publiciste, l'hypothèse politique de la souveraineté – perçue comme *potestas cogendi* absolue sur toute l'étendue du territoire – ont assuré le succès posthume et précaire de cette doctrine hollandaise »⁵⁶¹ ce qui « s'explique sans doute par le caractère tardif de la réalisation sur une grande échelle de l'hypothèse politique »⁵⁶². La doctrine hollandaise est donc en réalité loin d'avoir abandonné le droit international privé à des solutions arbitraires ou purement potestatives, mais elle s'en est remise à des principes universels trop vagues et généraux. Ce faisant, elle a tout de même introduit un élément clé dans les constructions des systèmes de droit international privé ultérieurs, qui est la nécessité de justifier ces systèmes par leur conformité à des principes de justice universels.

122. On retrouve la volonté de justifier les solutions par leur conformité à un idéal de justice universelle chez Huber, qui « a cru pouvoir réunir à l'idée de la *comitas gentium* le classement du droit international privé sous le « *jus gentium* » et [qui] déclare expressément que ce droit ne dépend pas du bon plaisir du souverain de chaque pays, mais de l'intérêt commun et de la convention tacite de tous les peuples »⁵⁶³. Cet « intérêt commun, idée principale de la *comitas gentium* »⁵⁶⁴, est l'intérêt partagé d'un commun conçu sans frontières, autrement dit d'un système logiquement universel, ce qui distingue radicalement les auteurs hollandais des auteurs italiens et français qui avaient toujours une vision exclusiviste du commun, l'expression de l'Empire ou du Royaume. L'intérêt commun n'est en effet pas imposé ici par un pouvoir qui viendrait « d'en haut », mais résulte des commandements logiques déduits de la coexistence d'Etats également indépendants et souverains. L'universel qui remplace le commun est certes conçu d'une façon très restrictive par les auteurs hollandais, puisque cet universel prescrit l'indépendance et la souveraineté, ce qui a pour conséquence l'autorité territoriale des lois et l'application seulement exceptionnelle du droit

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Poursuivant que « la notion de souveraineté unifiera le droit international général » ; *ibid.* spéc. p. 144 (V. sur « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », l'étude de A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1949. 615 et 1950. 11., spécialement pp. 19 à 32).

⁵⁶¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 146.

⁵⁶² Puisque « le saint Empire romain germanique sera abattu définitivement par Napoléon en 1806 » ; *ibid.*

⁵⁶³ E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 667.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, spéc. p. 668.

étranger. Il ne faut donc pas dévaloriser l'apport de la doctrine hollandaise. Premièrement, parce que l'on « méconnaît la doctrine hollandaise si l'on prétend que cette théorie a pris pour base du droit international privé les intérêts égoïstes au lieu de l'équité universelle »⁵⁶⁵. Deuxièmement, parce que cette « équité universelle » sera ensuite l'élément indispensable autour duquel se construiront les théories ultérieures, de Story⁵⁶⁶ à Mancini⁵⁶⁷, en passant par Savigny⁵⁶⁸. Et la jurisprudence allait se montrer sensible au concept de *comitas* jusque dans le XIX^e siècle. La Cour de cassation française le fera encore par l'arrêt *Lizardi*⁵⁶⁹, à travers la référence à la « réciprocité »⁵⁷⁰. Tandis que la Cour de cassation belge allait même par un arrêt du 8 février 1849 justifier l'acceptation du droit étranger en matière d'état et de capacité des étrangers « par application du droit des gens fondé sur l'usage universel des peuples »⁵⁷¹. Cela montre bien que l'Ecole hollandaise, en introduisant la nécessité de découvrir les solutions aux problèmes de droit international privé dans un universel qui organise la pluralité, a été un point de départ indispensable pour l'élaboration du droit international privé contemporain⁵⁷².

⁵⁶⁵ *Ibid.*, spéc. p. 667.

⁵⁶⁶ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 152.

⁵⁶⁷ Qui « prolonge dans son raisonnement une démarche d'un autre temps, qui fut celle [...] des Hollandais » ; *ibid.* spéc. p. 156.

⁵⁶⁸ « La doctrine hollandaise n'a pas été un phénomène passager. Quand, en 1849, von Savigny écrit le huitième tome de son *System des heutigen Römischen Rechts*, il se base sur la doctrine hollandaise et ne la combat pas » (E. M. MEIJERS, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, préc., note 284, spéc. p. 671).

⁵⁶⁹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 5.

⁵⁷⁰ Voy. sur ce point, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *Le droit international privé: esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 1 et s., spéc. p. 6.

⁵⁷¹ *Ibid.*, spéc. p.7 ; voy. égal. M FALLON, « L'application de l'article 3, alinéa 3 par la jurisprudence belge au XIX^e siècle », *Liber Memorialis Francois Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 765-782, spéc. p. 768-773.

⁵⁷² Reste à savoir si ce contexte intellectuel, qui se réfère à ce point au concept d'universel pour justifier les solutions particulières, n'allait pas laisser des traces dans la conception que se faisaient les différents ordres juridiques du droit. Si, comme contrepartie du fait que le droit tire sa force de sa conformité à ces principes universels, le droit ne pouvait pas prétendre à régir universellement les situations de fait qui peuvent se présenter ?

Dans l'approche retenue par les auteurs hollandais, l'idée d'un système construit sur des principes prétendument universels permettant d'organiser la diversité conduit en effet à une contradiction par rapport aux présupposés du système. Pour que l'universalité organisant la pluralité se transforme en système organisant efficacement la pluralité, la théorie suppose d'être adoptée par tous les Etats. Cela implique donc que cet universel soit commun afin d'atteindre les objectifs qu'il s'assigne. Or si l'universel était véritablement universel, il n'aurait pas besoin de recourir à la communauté pour pouvoir se réaliser, mais, en ce qu'il est vrai, serait nécessairement et inévitablement reçu par tous les Etats. S'il a besoin d'être commun pour se réaliser, c'est qu'il n'est pas vrai, mais contingent et hypothétique, et permet son infirmation par la constatation empirique de la non réalisation de sa communauté.

Cela permet d'expliquer les difficultés qu'il y a de saisir l'apport de la doctrine hollandaise. Celle-ci comporte en effet un principe véritablement universel, c'est-à-dire la souveraineté et l'indépendance des Etats, principe nécessairement et logiquement partagé par tous les Etats. Mais si l'on veut transformer ce principe véritablement universel en un système de solutions du droit international privé, il est tout sauf universel, et requiert d'être

123. Ce point de départ sera exploité d'abord par Joseph Story, qui saura mettre en exergue les nécessités pratiques d'organiser la pluralité des ordres juridiques, et qui parviendra ainsi à conceptualiser la notion de « droit international privé ».

B Story : la consécration du « droit international privé » autour d'une approche pragmatique de l'universel édictant la pluralité

124. Le nom de Story⁵⁷³ reste indissociable de la matière du droit international privé, ne serait-ce que parce qu'il est le premier à utiliser le terme de « *private international law* » dans ses *Commentaries on the Conflicts of Laws, Foreign and Domestic*⁵⁷⁴, dont la publication est « le point de départ d'une ère nouvelle dans l'étude de ce sujet »⁵⁷⁵. Le contexte politique des Etats-Unis se rapproche alors à première vue de celui de l'Italie et de la France, puisque « les Etats de l'Amérique avaient chacun leur système particulier de Droit, se trouvaient donc en face de quantités de problèmes précisément semblables à ceux que les lois locales des villes d'Italie et des provinces de France avaient fournies aux jurisconsultes italiens et français »⁵⁷⁶. Story aurait donc pu fonder son système sur une exigence d'acceptation de la pluralité tirée de la communauté existant entre les Etats fédérés. Le contexte fédéral et l'absence de compétence de l'Etat fédéral l'en empêchent cependant, et le conduisent à construire son système de droit international privé non pas sur des principes

communément partagé. Cette hypothèse, au-delà du fait qu'elle ne se réalisera jamais, emporte également une contradiction et une infirmation du concept duquel on déduisait le système de solutions.

A ce vice logique s'ajoute d'ailleurs un autre. Si les principes posés par l'universel de l'Ecole hollandaises sont effectivement vrais, ils ne sont pas capables, en raison de leur stérilité (cf. *supra*, n° 117 et s.), de donner les solutions aux problèmes de droit international privé. Afin de se muer en un système de solutions, et Mancini l'illustrera à merveille, cet universel aura besoin de s'appuyer sur l'idée de communauté, ce qui emporte la même contradiction interne que la solution du premier problème (cf. *infra*, n° 145 et s.).

⁵⁷³ 1779–1845, surtout 1834 (date de la publication de ses *Commentaries*). Sur son œuvre, voy. notamment : M. GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, Gschwend, Tschopp & Company, 1923 ; K. ZWEIFERT, « Die Gestalt Joseph Storys », *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, vol. 105, Tübingen, 1949, p. 590-602 ; sur la deuxième édition de ses *Commentaries*, K. H. NADELMANN, « Bicentennial Observations on the Second Edition of Joseph Story's Commentaries on the Conflict of Laws », 28 *Am. J. Comp. L.*, 66 (1980), trad. fr., in *Rev. crit. dr. int priv.*, 1981, p. 1 et s. ; Sur la première édition et Story en general, voy. not. E. LORENZEN, « Story' Commentaries on the Conflicts of Laws – 100 years after », *Harvard Law Review*, Vol. 48, 1934, p.15 et s. ; et en français *Rev. crit. DIP* 1935. p. 295-318.

⁵⁷⁴ J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 1° éd., Hilliard, Gray, Boston, 1834 ; 2° éd. Largement augmentée de 1841, 3° éd. Légèrement augmentée de 1846. Story fut imité rapidement par FOELIX en France dans son *Traité de droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 1843 (voy. également B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 14-15).

⁵⁷⁵ E. LORENZEN, préc., note 574, spéc. p. 295.

⁵⁷⁶ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 339.

communs, mais sur des principes universels⁵⁷⁷. Story se révélera alors déterminant à deux égards pour le développement du droit international privé. Premièrement, tout en reprenant à son compte les fondements théoriques de l'Ecole hollandaise, il se montrera également conscient des limites inhérentes à ces bases théoriques en vue de la construction concrète d'un système de droit international privé (1). Deuxièmement, Story met en exergue la nécessité pratique pour le droit international privé d'élaborer un système organisant efficacement la pluralité (2).

1 La conscience des insuffisances théoriques d'un universel s'imposant aux Etats

125. Story restera dans une fidélité théorique aux auteurs hollandais. Ainsi, « Story souligne la nécessité de quelques principes généraux (*general maxims*) propres à éveiller la conscience des Etats à faciliter les relations internationales d'ordre privé »⁵⁷⁸. La partie générale de ses *Commentaries* « emprunte très directement aux Hollandais et plus spécialement à Huber »⁵⁷⁹. Et il ne s'« éloigne guère des Hollandais »⁵⁸⁰ lorsqu'il fonde ses solutions sur la souveraineté ou lorsqu'il justifie la reconnaissance des lois étrangères par les avantages tirés de leur réciprocité⁵⁸¹. Cette reconnaissance des lois étrangères, « est donc, dans le sens le plus strict, l'objet de la courtoisie entre les nations (*Comity of nations*) et non pas d'une obligation souveraine absolue »⁵⁸².

⁵⁷⁷ Les principes communs auraient impliqué l'organisation des relations privées entre ordres juridiques réunis au sein d'un même ordre juridique supérieur, alors que les principes universels que Story prendra comme fondement de sa construction reposent sur l'idée d'organisation des relations privées entre ordres juridiques indépendants et souverains.

⁵⁷⁸ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 342.

⁵⁷⁹ Duquel il tient que « les lois d'un pays ne peuvent avoir en soi aucun pouvoir, *proprio vigore*, excepté dans les limites territoriales et juridictionnelles de ce pays. Elles peuvent obliger exclusivement leurs propres sujets et les autres à condition seulement qu'ils se trouvent à l'intérieur de leurs limites juridictionnelles et pour le temps qu'ils y restent. Aucune autre nation et aucun sujet étranger ne sont tenus à la moindre obéissance à ces lois. Quelle que soit la force extraterritoriale qu'elles seraient destinées à avoir, jamais cette force ne sera le résultat d'un pouvoir originaire de s'étendre au delà du territoire... » ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 153, citant *Commentaries* §7, cf. également M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 342 et s.

⁵⁸⁰ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 153.

⁵⁸¹ « Laquelle, jointe aux droits éminents (*domain*), fonde la juridiction exclusive d'une nation dans les limites de son territoire » ; *ibid.* (citant *Commentaries* § 35).

⁵⁸² J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, préc., note 575, spéc. § 36 ; voy. sur ce point égal. M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 343.

126. Mais Story, éminent praticien⁵⁸³, est trop conscient des enjeux pratiques pour ne pas apercevoir les lacunes de ce système théorique insusceptible d'apporter des solutions précises. On peut ainsi constater que « l'objection qu'il fait ainsi reposer le droit international privé sur un fondement extrêmement vague et incertain n'inquiète pas l'auteur américain » mais qu'« il l'avoue lui-même »⁵⁸⁴. « Pas entièrement satisfait par les auteurs hollandais », Story fait reposer la courtoisie internationale sur « une sorte de nécessité morale de faire justice »⁵⁸⁵, ce qui revient à dire que « la souveraineté n'est plus tout à fait souveraine puisqu'elle plie devant une nécessité »⁵⁸⁶. Les écrits de Story ne laissent guère de doute quant à l'embarras de cet auteur : « La vraie difficulté est d'établir quels principes du point de vue de la convenance publique doivent régler la conduite des nations les unes envers les autres à cet égard... L'expression *Comity of nations* est la mieux à même de rendre compte du véritable fondement et de l'étendue de l'autorité des lois d'une nation dans le territoire d'une autre ; cette autorité ne procède que de l'agrément volontaire de cette dernière et doit être déniée lorsqu'elle est contraire à une politique connue ou préjudiciable à ses intérêts »⁵⁸⁷. L'interrogation quant à la normativité du principe universel fondant le droit international privé reste donc totale, car il n'y a aucune certitude quant au caractère contraignant des solutions qui résultent de la *Comity*⁵⁸⁸.

127. Mais cette apparente lacune de la théorie de Story prépare en réalité l'apport fondamental de la doctrine de ce dernier. Autant il est incapable de faire avancer les fondements théoriques du droit international privé, autant il se révèle déterminant lorsqu'il décline ceux-ci sur le terrain de leur application pratique. L'explication de cette possible fertilité de l'approche pratique du droit international privé par Story est aisée. Après avoir posé la *Comity of Nations* comme fondement du droit international privé, et constaté que la théorie de Huber, « de par sa généralité reste en deçà de nombreux et importants problèmes concernant son application »⁵⁸⁹, Story affirme que cette courtoisie est « observée, précisée et

⁵⁸³ En tant que juge à la Cour suprême, L'on peut ainsi dire que « son mérite est d'avoir donné un exposé d'ensemble suffisamment synthétique et d'avoir examiné avec le sens concret des anglo-saxons un grand nombre de questions pratiques » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8^o éd., LGDJ, Paris, 1993, spéc., p. 389).

⁵⁸⁴ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 343.

⁵⁸⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 153-154, citant *Commentaries* § 35.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 154.

⁵⁸⁷ J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, préc., note 575, spéc. § 39.

⁵⁸⁸ En effet, l'on « ne sait plus si cette *Comity* est nécessaire ou simplement potestative » ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 154.

⁵⁸⁹ J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, préc., note 575, spéc. § 38 : « The doctrine of Huberus [...] from its generality leaves behind many grave questions as to its application ».

orientée par les mêmes errements et raisonnements que le sont tous les principes du droit interne »⁵⁹⁰. Autrement dit, il faut encore découvrir ensuite, dans la sphère de liberté laissée par la *Comity of Nations*, quelles sont les solutions qu'il convient d'apporter en pratique. Dès lors, les idées statutaires n'allaient constituer que « la couche extérieure »⁵⁹¹, l'« écorce »⁵⁹² de son traité, et non son fondement. Le véritable fondement des *Commentaries* sera dans les considérations tirées d'une approche pragmatique de l'étude du droit positif. Or, la partie pratique de l'ouvrage de Story dépasse de loin en volume sa partie théorique, et c'est dans cette partie pratique qu'il faut voir le véritable apport de Story.

2 *La conscience des nécessités pratiques de surmonter les insuffisances d'un universel incapable d'organiser efficacement la pluralité*

128. Story a été très sensible aux besoins de la pratique⁵⁹³, ce qui lui a permis d'envisager le droit international privé « d'une façon plus réaliste »⁵⁹⁴. Son apport à la matière du droit international privé est dès lors considérable, puisqu'il parvient « à sortir la discipline du droit international du discours doctrinal où elle s'enlisait pour l'inscrire dans la réalité de la pratique ordinaire du droit »⁵⁹⁵. Le but de Story sera en effet « d'exposer la théorie générale de manière aussi concise que le permet la nature de la discipline, et de consacrer [s]es efforts principalement aux développements de solutions pratiques d'application quotidienne, qui doivent guider le comportement des individus et des Etats »⁵⁹⁶. Il entreprend alors d'aller « plus loin que ne le font d'ordinaire les publicistes »⁵⁹⁷ pour trouver des solutions satisfaisantes pour les conflits d'intérêts privés. Story fait donc succéder à la présentation succincte de la théorie générale dans deux chapitres, d'inspiration encore nettement statiste et publiciste, une partie spéciale se déclinant en quinze chapitre de tendance conflictualiste et

⁵⁹⁰ *Ibid.* (voy. égal. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 154).

⁵⁹¹ E. LORENZEN, préc., note 574, spéc. p. 309.

⁵⁹² GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, préc., note 574 (notamment p. 111, note 2).

⁵⁹³ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 151 et s.

⁵⁹⁴ E. LORENZEN, préc., note 574, spéc. p. 318.

⁵⁹⁵ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 152.

⁵⁹⁶ J. STORY, « Value and importance of legal studies », cours du 28 août 1829, in *The Miscellaneous Writings of Joseph Story*, 1852, p. 538, cité par K. H. NADELMANN, in *Rev. crit.*, 1981. 1, spéc., p. 15.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

privatiste. Cette partie spéciale « connecte naturellement l'œuvre de Story sur la doctrine continentale »⁵⁹⁸.

129. Si Story reprend les idées des auteurs hollandais, confirmant ainsi l'importance historique de la découverte d'un principe universel organisant la pluralité, il apporte aussi des éléments clés à l'universel découvert par les Hollandais. Dans sa partie pratique, il révèle en effet la nécessité de construire le droit international privé en tenant compte des intérêts privés. Il introduit un pragmatisme qui faisait jusque-là défaut dans l'environnement dogmatique des penseurs⁵⁹⁹. Il annonce par-là la révolution copernicienne qui sera opérée par Savigny. L'influence de Story sur Savigny est en effet considérable, l'adoption par Savigny de la structure de Story étant révélatrice à cet égard⁶⁰⁰. La conscience existe désormais qu'il s'agit de trouver la solution la plus juste à une relation privée internationale, non de résoudre un conflit de pouvoir, de compétence ou de souveraineté. En déclinant l'universel théorique de façon pratique, Story lègue à l'Europe « une conception saine et équitable des conflits de lois »⁶⁰¹, et ouvre de nouvelles portes à la pensée juridique du droit international privé.

130. L'apport de Story au développement du droit international privé se décline donc sur deux niveaux. Premièrement, en théoricien, il continue de raisonner comme les auteurs hollandais, confirmant la véracité de l'idée de départ de leur doctrine et la fertilité du recours à un universel organisant le pluriel. Deuxièmement, en praticien, il montre l'importance attachée aux considérations d'intérêt privé et toute l'insuffisance qu'il y a de recourir alors aux axiomes des Hollandais afin de trouver les solutions. Tout en confirmant l'importance théorique fondamentale de l'universel pluriel, il montre donc la nécessité qu'il y a de dépasser une approche purement publiciste et dogmatique du conflit de lois. Si souveraineté et indépendance des Etats sont des principes universels qui méritent d'être reconnus et maintenus, Story montre également qu'ils sont insuffisants en vue de la recherche de solutions aux problèmes de droit international privé et que du point de vue du droit positif ils doivent être complétés. Mais il ne dit pas précisément par quoi ces principes universels doivent être complétés pour pouvoir apporter un système de solutions. Story reste donc attaché à l'idée d'un universel imposant aux Etats l'acceptation de la pluralité, et il découvre l'importance de l'organisation de la pluralité, sans dire cependant en quoi l'universel peut

⁵⁹⁸ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 155.

⁵⁹⁹ Mais jamais de la pratique des juges, dont Story s'inspire largement.

⁶⁰⁰ Voy. not. G. KEGEL, « Story and Savigny », 37 *Am. J. Comp.L.* 39 [1989].

organiser cette pluralité⁶⁰². A vrai dire, il semble que la raison pour laquelle Story n'a pas su fonder un système de droit international privé véritablement universel réside dans le fait qu'il lui manquait un élément essentiel, à savoir la reconnaissance de la personnalité juridique à tout homme⁶⁰³. Dans un contexte politique admettant encore l'esclavage, que Story a soutenu lorsqu'il était juge à la Cour suprême⁶⁰⁴, le droit international privé était encore voué à une contingence irréductible aux fondements, en terme d'universalité, du droit international privé contemporain⁶⁰⁵. S'inspirant de son pragmatisme, et en intégrant les apports de la philosophie moderne, et notamment kantienne⁶⁰⁶, les auteurs postérieurs, et notamment Savigny, allaient cependant pouvoir passer outre cette insuffisance de la théorie de Story. Story a donc joué un rôle de transition très important, en mettant en exergue les incohérences théoriques de l'Ecole hollandaise et en insistant sur les nécessités pratiques d'un droit international privé organisant efficacement les relations privées internationales. Mais ce n'est pas lui qui a su trouver un universel organisant véritablement la pluralité. Il appartiendra aux auteurs continentaux de découvrir, en s'inspirant du travail de Story, cet universel organisant la pluralité⁶⁰⁷.

M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 351.

⁶⁰² Pluralité qui est une des manifestations concrètes du concept de pluriel. Il est naturellement possible de mieux comprendre ce concept de pluriel en le dé- et reconstruisant à partir de cette manifestation concrète, qui a en outre l'avantage de se prêter à des analyses assez détaillées en droit international privé.

⁶⁰³ Un système de droit international privé qui n'inclurait pas, au moins virtuellement, tous les hommes en qualité de personnes, mais qui en appréhenderait certains en qualité d'objet de droit, tel l'esclave, se transforme en effet nécessairement en un système qui distingue entre ceux qui sont inclus dans le système (les personnes qui sont sujets de droit) et ceux qui en sont exclus (les hommes privés de la qualité de sujet de droit et ne sont qu'objets de droit). Un tel système réintroduit ainsi l'idée de communauté exclusive, laquelle est inconciliable avec le « véritable universel ». Par où l'on voit la différence qu'il y a entre ce « véritable universel », qui correspond à l'aptitude de saisir de façon non-exclusive l'ensemble des situations pouvant se présenter (et sur lequel nous reviendrons plus longuement, cf. *infra*, n° 178 et s.), et un « champ d'application universel » qui appréhende l'ensemble des situations, mais certaines simplement pour les exclure du système général et leur appliquer un régime propre distinct de celui de la communauté qui pose cette règle « fausement » universelle (la règle étant alors « faussement » universelle, parce que, *in fine*, elle contredit l'idée d'un universel non exclusif).

⁶⁰⁴ Malgré une opposition initiale, dictée par des considérations opportunistes (P. FINKELMAN, « Joseph Story and the Problem of Slavery: A New Englander's Nationalist Dilemma », (2002) 8 *Massachusetts Legal History*, <<http://papers.ssrn.com/abstract=1447507>>).

⁶⁰⁵ Sur la prétention à l'universalité des ordres juridiques contemporains, qui constitue un des axiomes du droit international privé, cf. *infra*, n° 184 et s.

⁶⁰⁶ Sur l'influence de Kant sur Savigny, voy. notamment J. E. TOEWS, « The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State », (1989) 37-1 *The American Journal of Comparative Law* 139-169 ; A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, coll. Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1975.

⁶⁰⁷ L'universalité constatée par l'école hollandaise est toujours une universalité qui se veut déduite d'un ordre juridique supérieur (cf. *supra*, n° 115 et s.). Or une telle construction doctrinale ne peut évidemment que peu de choses face à la constatation empirique que l'ordre juridique de référence n'existe pas et n'impose donc pas de suivre les supposés commandements qui sont censés en découler.

II La pluralité organisée par une universalité inhérente à l'ordre juridique

131. C'est Savigny qui va combler les lacunes théoriques de Story, et être le premier à fournir enfin une véritable méthode de droit international privé, fondée sur une universalité capable d'organiser la pluralité des ordres juridiques. Il n'est pas sans incidence sur l'importance de la doctrine de Savigny qu'il s'inspire encore, sur fond d'Ecole historique allemande, du droit romain et sa logique de *jus commune*. Savigny est ainsi à la charnière des périodes du droit international privé en voie de passer à la période du « droit international privé légal », ce qui a pour conséquence que « le règne doctrinal du Droit romain, presque général avant la Révolution française en Europe continentale, est brisé et avec lui l'avantage énorme d'une science commune »⁶⁰⁸. Savigny peut ainsi garder certains apports des doctrines précédentes, notamment les idées de communauté et de pluralité, tout en intégrant les avancées de la philosophie du siècle des Lumières et de la *Aufklärung* kantienne. Si Savigny apporte ainsi les Lumières au droit international privé (A), les tendances universalistes qui le suivent, et dont Mancini est le représentant le plus important, montrent qu'il reste des parts d'ombre qui empêchent l'éclosion complète d'un droit international privé pleinement articulé (B).

A Savigny : la « révolution copernicienne » du droit international privé par la consécration d'un universel organisant la pluralité

132. Savigny montre que les statuts et les lois ne sont pas le cœur du droit international privé, mais que le droit international privé doit tourner autour des faits, et que ce sont ces faits qui constituent le centre de la réflexion. En cela, qualifier les modifications apportées par Savigny de « tournant à la copernicienne », comme c'est fait de façon récurrente par les auteurs du droit international privé à la suite de Neuhaus⁶⁰⁹, est pleinement justifié. L'actualité de la méthode de Savigny reste indiscutable, fût-ce à travers l'analyse des transformations contemporaines de la méthode⁶¹⁰. Savigny n'invente évidemment pas son

⁶⁰⁸ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 334.

⁶⁰⁹ P. H. NEUHAUS, « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », *RabelsZ* 1949.364—381, spéc. p. 366 : « die kopernikanische Wende in der Fragestellung von einer schematischen Klassifizierung der Gesetze zur individualisierenden Suche nach dem natürlichen « Sitz » jedes einzelnen Rechtsverhältnisses ».

⁶¹⁰ M.-P. WELLER, « Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der « klassischen » IPR-Dogmatik? », *IPRax* 2011.429-437 ; D. ZIMMER, « Savigny und das internationale Privatrecht unserer Zeit », Jean-François GERKENS (dir.), *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de*

système de toutes pièces, mais s'appuie de façon importante sur les apports de Kant à la philosophie occidentale. L'influence de Kant sur Savigny montre que l'œuvre de Savigny est en réalité pleine de contradictions, se prêtant à un « nombre presque infini d'interprétations »⁶¹¹. Tantôt fortement influencé par Kant⁶¹², tantôt « pas précisément kantien »⁶¹³, se référant à certains égards expressément à la conception kantienne du droit, pour s'en éloigner tout aussi clairement à l'égard de certaines autres branches du droit, notamment le droit de la famille, on retrouve l'influence kantienne pour la question de la conception savignienne de l'universalité, conception elle-aussi contradictoire, sinon incohérente.

133. De prime abord, et de façon fondamentale, Savigny intègre des apports kantien qui l'amènent à accepter la pluralité et à organiser celle-ci en ayant recours au concept d'universel. Mais Savigny ne peut s'empêcher de donner un fondement à cette acceptation de la pluralité qui est impropre, et incohérent par rapport à l'idée de départ, même si ce fondement peut avoir une force de conviction politique importante. L'idée de communauté, à travers le concept de « communauté de droit » garde en effet une place importante dans la construction savignienne, au point que l'on résumera plus tard, comme nous le verrons, les présupposés de la théorie de Savigny à ce concept. Cette idée de communauté n'est pourtant pas au cœur de l'apport de la conception savignienne du droit international privé. Au contraire, la communauté de droit à laquelle se réfère Savigny n'est pas, comme on le pense souvent, une communauté de droit matériel, et la conception savignienne est tout à fait cohérente sans le détour par la communauté de droit (1). Constater cela est primordial pour pouvoir mettre en exergue l'apport véritable de Savigny à la théorie du droit international privé. L'acceptation de la pluralité des lois applicables résulte pour Savigny de l'objectif d'égalité entre étrangers et nationaux. Savigny conçoit ainsi les ordres

son soixante-dixième anniversaire, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, p. 1709-1722 ; M. LEHMANN, « Auf der Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses: Savigny und die Rom I-Verordnung », dans Jörn BERNREUTHER (dir.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, European Law Publishers, München, 2010, spéc. p. 245-260.

⁶¹¹ R. QUADRI, « Quelques considérations sur la contribution du Professeur Wengler au progrès du droit international privé », préc., note 184, spéc. p. 4.

⁶¹² A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, spéc. p. 43-48 ; et déjà A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, coll. Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1975.

⁶¹³ M. VILLEY, *Philosophie du droit : définitions et fins du droit, les moyens du droit*, Réédition de la quatrième édition du tome 1 (1986) et de la deuxième édition du tome 2 (1984), Dalloz, Paris, 2001, spéc. p. 235.

juridiques comme comportant une véritable prétention à l'universalité construite autour d'un universel acceptant et organisant la pluralité des lois potentiellement applicables (2).

1 Un universel improprement fondé sur la communauté de droit

134. Savigny préconise en effet de ne plus partir de principes préalablement établis pour en déduire la solution, applicable à une situation de fait donnée, mais de partir d'une situation donnée pour lui apporter la meilleure solution au regard des principes de justice privée. Le droit international privé gagne enfin son indépendance et sa véritable raison d'être, qui est de servir les relations privées internationales en trouvant les meilleures solutions en termes de justice rendue aux personnes impliquées. Le droit international privé, qui jusque-là était un droit largement dogmatique, devient savant, car il devient méthode⁶¹⁴. Cette méthode est et sera désormais toujours universelle. L'universalité de la méthode de Savigny peut difficilement être rejetée. Mais il ne s'agit pas seulement d'une universalité au sens d'universalité scientifique⁶¹⁵. Son approche retenue du conflit de lois reste en effet logiquement nécessaire pour tout ordre juridique qui, sans prétendre être universel, prétend néanmoins à l'universalité, ce qui est le cas au moins de toutes les démocraties modernes. C'est là la différence avec les auteurs précédents : si ces auteurs dégagent des principes qui restent indéniablement vrais, et qui sont tirés d'une universalité « extrinsèque », dépassant l'ordre juridique, notamment la souveraineté des Etats, et la faculté, mais non l'obligation d'appliquer un droit étranger, ils ne sont ni capables de proposer des solutions sur un modèle systématique, ni de consacrer l'universalité « intrinsèque » de l'ordre juridique.

135. Savigny procède d'une façon qui le distingue à première vue de ses prédécesseurs. Alors que ceux-ci fondaient l'acceptation de la pluralité soit sur une communauté des valeurs qui étaient à la source de leurs règles de conflit⁶¹⁶, soit sur une prétendue universalité de ces valeurs⁶¹⁷, Savigny semble s'appuyer sur l'idée d'une

⁶¹⁴ Voy. not. B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, 234, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1992.

⁶¹⁵ Savigny entend ainsi encore consacrer des solutions universelles, au sens de solutions vraies. Alors que nous savons que le droit international privé évolue dans un contexte dans lequel l'absence de « vérité scientifique » quant au meilleur contenu des lois est fondamentale. La prise de conscience de la particularité du droit international privé reste en effet nécessaire pour concevoir et comprendre le droit international privé contemporain (cf. *infra*, n° 157 et s. et n° 180 et s.).

⁶¹⁶ Pour l'Ecole italienne et l'Ecole française, cf. *supra*, n° 83 et s.

⁶¹⁷ Pour l'Ecole hollandaise et Story, qui peut y être rattaché à cet égard, cf. *supra*, n° 112 et s.

communauté de valeurs matérielles, exprimée par la bien connue « communauté de droit », et s'incarnant notamment dans une acception de la théorie générale du droit partagée de tous. Il affirme ainsi que « le point de vue où nous placent ces considérations est celui d'une communauté de droit entre les différents peuples ; et par la suite des temps ce point de vue a été de plus en plus généralement adopté sous l'influence chrétienne et des avantages réels qu'il procure à toutes les parties »⁶¹⁸. Cette communauté de droit permet alors de découvrir « les principes fondamentaux qui régissent la collision des droits particuliers de chaque Etat »⁶¹⁹, consistant à « déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport »⁶²⁰, et ayant pour conséquence que « la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé »⁶²¹. L'équivalence des valeurs matérielles permettrait ainsi à l'ordre juridique qui procède à la recherche de la loi applicable de déterminer celle-ci conformément à ce qui résulte de la nature des choses. Nature des choses qui est nécessairement universelle, car objectivement constatable. Le rapport de droit trouverait donc la même traduction juridique dans tous les ordres juridiques, et serait communément le même.

136. La construction savignienne comporte néanmoins ici une contradiction importante. Car partir de l'universalité des choses, comme cela est le cas lorsque l'on s'appuie sur la « nature des choses », ou de la communauté de droit n'est absolument pas la même chose. La première, nous l'avons vu, implique une méthode aprioristique, édictant ou prédictant les solutions, tandis que la seconde implique une méthode empirique, constatant les solutions. Or ces deux méthodes sont logiquement inconciliables⁶²². Savigny entend surmonter cette contradiction en affirmant que l'assimilation entre droit national et droits étrangers⁶²³ serait « un développement propre au droit »⁶²⁴. Exprimant le « *Volkgeist* »⁶²⁵, – « cet esprit du peuple, cette mentalité qui est la véritable source du droit »⁶²⁶ - et rejoignant ici encore Kant et son concept de *Gemeinsinn* – sens commun -, Savigny fait dépendre l'universalité de la constatation préalable de la communauté. Or c'est là une contradiction par

⁶¹⁸ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. p. 30.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ *Ibid.*, spéc. p. 30-31.

⁶²¹ *Ibid.*, spéc. p. §348, p. 30.

⁶²² F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 42 et s.

⁶²³ Qui découle directement de la consécration de l'universalité.

⁶²⁴ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. p. 31.

⁶²⁵ F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1. Auflage, Veit, Berlin, 1840, spéc. p. 14.

⁶²⁶ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 172.

rapport à l'universalité qui fondait la méthode savignienne de localisation du rapport du droit en fonction de son siège. Cette méthode repose sur le concept de « nature des choses », qui est, y compris par ses termes mêmes, l'expression d'une universalité scientifique et rationnelle. Or le droit ne peut pas être fonction à la fois de l'« universalité des choses » et de la « communauté de droit entre les différents peuples ». La première a en effet une prétention à l'absoluité, véhiculée par l'universalité, irréductible à l'idée de nécessaire contingence que comporte la référence à la communauté.

137. Il faut cependant fortement nuancer l'importance du concept de « communauté de droit » dans le système savignien. Contrairement à une idée répandue dans une partie importante de la doctrine⁶²⁷, l'idée de communauté matérielle entre les différents ordres juridiques n'est pas un véritable présupposé de sa théorie. S'il fonde celle-ci sur une communauté, il s'agit d'une « *völkerrechtliche Gemeinschaft* », qui est à distinguer dans le système savignien, de la « *Rechtsgemeinschaft* » tout court. La seconde, la « communauté de droit » ou « communauté juridique » correspond à notre concept d'ordre juridique fondé sur l'idée d'une souveraineté inhérente à l'Etat nation⁶²⁸. La première, la « communauté de droit international public » ou « communauté de *jus gentium* » n'est pas autre chose, pour Savigny que « le concert des nations » que les Etats acceptent dès qu'ils permettent que des relations se nouent entre différents Etats⁶²⁹. Mais aucune de ces deux communautés, *Gemeinschaften*, n'est une communauté de droit matériel, *materiellrechtliche Gemeinschaft*⁶³⁰. Le présupposé de Savigny n'est donc pas la communauté matérielle, mais la communauté de droit

⁶²⁷ Il est impossible de donner ici toute la liste ; voy. not. J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1999, p. 56 à 62 ; Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, p. 190 à 191 ; S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2005, spéc. p. 468 : « Le contexte du droit harmonisé européen constitue la première véritable incarnation de cette *communauté matérielle de droit sur laquelle repose la théorie savignienne* » (c'est nous qui soulignons). Or cette notion de communauté matérielle de droit est aux antipodes de la « *völkerrechtliche Gemeinschaft* » de Savigny. Bartin qui procède à une dénaturation complète de la notion de communauté juridique mérite peut-être d'être souligné comme l'auteur ayant le plus contribué à cette tendance à l'exagération du rôle de la communauté dans le système savignien (Voy. son étude « Les dispositions d'ordre public – La théorie de la fraude à la loi, et l'idée de communauté internationale », E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 189 à 284).

⁶²⁸ Comme le démontrent les deux fondements avancés par Savigny pour fonder cette *Rechtsgemeinschaft*, qui sont la nationalité et le territoire (F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. 18 et s.).

⁶²⁹ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. p. 30 et s.

⁶³⁰ Pour s'autoriser un parallèle avec une terminologie contemporaine, remontant à Gerhard Kegel, autour de la distinction entre la justice de droit matériel et la justice de droit international privé, entre la *materiellen* et la *kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit* (G. KEGEL, « Allgemeines Kollisionsrecht », dans Paul VOLKEN et Walter A. STOFFEL (dir.), *Conflits et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1990, spéc. p. 47-73).

international public, la « *völkerrechtliche Gemeinschaft* ». Il s'agit dès lors d'une communauté des principes sur lesquels est construit le système de droit international privé, ce qui renvoie à l'Ecole hollandaise⁶³¹, mais ne constitue pas une vraie originalité de la part de Savigny. Il existe néanmoins une différence importante entre les deux constructions doctrinales. Les auteurs hollandais posent en effet des principes universels tirant leur légitimité d'un ordre supérieur qui s'impose aux ordres juridiques et édicte les solutions sur le fondement d'une méthode aprioristique. Savigny de son côté prétend découvrir la communauté de droit international public sur le fondement de principes communs, se constatant dans l'expérience. Il ne peut donc fonder sa méthode, dont il prétend clairement qu'elle est universelle, sur le constat empirique, et dès lors relatif, de la communauté⁶³². La source de l'universel savignien est nécessairement ailleurs, dans des concepts scientifiquement démontrables dont on peut rationnellement déduire les solutions du conflit de lois⁶³³. C'est alors la « nature des choses », la « *Natur der Sache* »⁶³⁴, qui se révèle être le véritable fondement de sa théorie du droit international privé⁶³⁵. Ce constat est confirmé par le fait que Savigny accorde une place au concept de communauté, notamment au titre des exceptions au fonctionnement normal du système⁶³⁶, qui n'est pas théoriquement fondamentale⁶³⁷. Savigny présuppose ainsi la communauté, ce qui le dispense ensuite d'avoir

⁶³¹ Cf. *supra*, n° 115 et s.

⁶³² Nous avons déjà vu que la méthode empirique s'oppose à une méthode véritablement universelle (cf. *supra*, n° 76). L'on peut le confirmer ici : si la communauté fonde l'universalité de la méthode, le simple constat de l'absence de communauté prive la méthode de sa rectitude puisqu'elle contredit radicalement son universalité.

⁶³³ Ces concepts scientifiquement démontrables peuvent donc être posés indépendamment de la nécessité de les voir empiriquement confirmés.

⁶³⁴ A laquelle Savigny fait plusieurs fois référence ; voy. F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8. Band, préc., note 625, spéc. p. 175, p. 248, p. 291, p. 385, p. 452.

⁶³⁵ Voy. égal. P. H. NEUHAUS, « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », préc., note 610.

⁶³⁶ Illustrée par l'importance de la communauté pour les exceptions au système bilatéral. Il reste vrai en effet que les exceptions que Savigny apporte à son système en tant que « limites de la communauté de droit » correspondent à des hypothèses dans lesquelles il y a un défaut de communauté matérielle. Ces exceptions au système de recherche bilatérale de la loi applicable sonnent, quasiment de l'aveu même de Savigny, comme autant de réfutations de l'idée d'universalité qui était la prémisse de sa méthode. Savigny classe ainsi les exceptions à l'applicabilité éventuelle d'un droit étranger en deux catégories, les « lois d'une nature positive et rigoureusement obligatoires, par là même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites des divers Etats » et les « institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans le nôtre et qui par conséquent n'y peuvent prétendre à la protection des tribunaux » (F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. p. 35 et ss). Ces deux catégories d'exceptions sont des hypothèses dans lesquelles la communauté de droit fait défaut, et Savigny l'explique clairement par-là, quoiqu'un peu plus loin dans son traité.

⁶³⁷ Même s'il maintient une prééminence intellectuelle du *jus commune* dans une apparente continuité avec Bartole, pour qui la conformité au *jus commune* était le vecteur de l'extra-territorialité des lois (sur lequel, cf. *supra*, n° 91 et s.).

à la démontrer⁶³⁸, et élabore un système qui permet potentiellement de ne plus du tout faire dépendre l'application de la loi étrangère de sa conformité au *jus commune*⁶³⁹.

138. La place importante qu'occupe le concept de communauté dans la construction savignienne ne doit dès lors pas occulter le véritable fondement et le véritable apport de sa pensée pour le développement du droit international privé. Savigny ne fait pas reposer l'acceptation de la pluralité des lois uniquement sur l'idée de communauté, mais intègre, ce qui est fondamental, l'objectif d'égalité entre étrangers et nationaux. Et de cette façon, il fait reposer sa méthode, universelle en ce qu'elle est fondée sur la « nature des choses », sur un objectif qui implique de la part de chaque ordre juridique une vraie prétention à l'universalité, au sens de l'aptitude à appréhender toute situation de fait pouvant se présenter à lui.

2 Un universel conçu comme un objectif du droit privé fondé sur l'égalité entre étrangers et nationaux

139. Il y a une différence radicale entre Savigny et les auteurs de droit international privé qui le précèdent. Savigny apporte en effet, à la différence des théories statutistes, une véritable méthode de droit international privé, puisqu'il prévoit que tout rapport de droit doit pouvoir trouver la solution la plus juste. L'acceptation de l'universalité s'en trouve radicalement modifiée. Là où préalablement elle était entendue comme signifiant des principes ou des axiomes vrais s'imposant partout, mais pouvant très bien laisser subsister des zones non couvertes par ces principes universels au sein desquelles le pouvoir pouvait se

⁶³⁸ Et lui permet ainsi d'intégrer la communauté dans son raisonnement, puisqu'elle n'a plus besoin d'être empiriquement constatée en raison du fait qu'elle vient s'insérer dans un système dont le fondement, véritablement universel, est ailleurs, c'est-à-dire dans la « nature des choses ».

⁶³⁹ Force est d'ailleurs de constater que les exemples qu'il donne pour illustrer ces « limites à la communauté de droit entre les peuples » sont des situations qui correspondent pour Savigny à des hypothèses de « droit absolu », pour lequel il retient une conception très différente de sa conception générale du droit. Dès lors, il ne faut pas perdre de vue que les théories de Savigny en ces domaines traduisent davantage des théories statutistes que des théories véritablement conflictualistes. La doctrine de Savigny laissera donc ici le regret de ne pas avoir franchi de façon suffisamment rigoureuse le pas vers la consécration véritable de l'universel, qui eût impliqué l'abandon de la référence à la communauté. Et on peut aisément expliquer cette position car, nous le verrons (cf. *infra*, n° 180 et s.), cette exigence de se référer à la communauté correspond en réalité probablement à un besoin de protection inhérent à l'ordre juridique, qui ne peut pas accepter l'ouverture aux relations privées internationales au prix excessif d'une remise en cause de ses propres fondements. Savigny n'exprime pas cette idée trop positiviste pour son époque, mais il donne les moyens aux ordres juridiques de ne pas se diluer, au point de ne plus exister, dans un ensemble plus vaste, cette fameuse « communauté de droit entre les peuples ». Son système « normal » n'a en tout cas plus besoin de s'appuyer conceptuellement sur la communauté.

déployer arbitrairement⁶⁴⁰, pour Savigny l'universalité signifie la nécessité de trouver pour chaque situation de fait, pour chaque « rapport de droit », la solution juridique appropriée, c'est-à-dire la solution la plus juste. Autrement dit, l'existence de vides normatifs devient absolument impensable. La conséquence toute contemporaine en est « la vocation de tout ordre juridique à régir toute question de droit »⁶⁴¹. Savigny réalise ainsi la jonction entre la théorie du droit international privé et l'évolution de la pensée occidentale⁶⁴². L'universalité n'est plus la vérité absolue, la transcendance de l'Un, dont nous avons vu qu'elle entraîne une fermeture exclusiviste du système, mais l'universalité est l'aptitude du système à intégrer tout ce qui est autre⁶⁴³. L'influence de Kant aura été déterminante à l'égard de cette acception nouvelle de l'universalité, puisque « c'est le kantisme qui a le mieux aiguïté la question de l'universel : à la fois c'est lui qui fixe l'idée d'un universel éthique d'emblée transparent et soumis à la seule exigence de validité de la connaissance, mais aussi qui fournit les premières linéaments pour la dépasser »⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Ce qui soulève le paradoxe rousseauiste de l'antinomie entre droit et force, or ici, face à l'arbitraire, la solution apportée ne pouvait résulter que de l'action de la force, comme droit du plus fort, ce qui entraîne, dans l'absolu, la négation de droit pour ces normes.

⁶⁴¹ P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, Domat, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 75.

⁶⁴² L'universel mis en avant par Savigny reste évidemment perfectible, et ce d'autant plus que Savigny, qui est également homme politique, doit composer avec les contingences politiques de son époque. Un des problèmes de la théorie de Savigny est ainsi qu'il inscrit l'universel dans un système logiquement universel qu'il veut également politiquement universel, à travers le recours à la communauté de droit et le *jus commune*. Cette nécessité du recours à un universel politique, fondé d'ailleurs, comme nous venons de le voir, sur la communauté de droit, est fonction du contexte historique et apparaît quelque peu accidentel. Si elle contribue à l'autorité de la doctrine de Savigny et peut permettre de la justifier, elle ne la fonde pas, puisque le véritable fondement de Savigny réside dans la vocation de l'ordre juridique de trouver la meilleure justice privée à virtuellement tout rapport de droit. Ce qui fonde donc la théorie de Savigny est son caractère intrinsèquement universel, qui n'implique pas que la méthode, qui en elle-même est universelle, soit aussi universellement partagée par tous les ordres juridiques du monde.

⁶⁴³ A travers cette acception nouvelle de l'universalité, la pensée occidentale « se libère de la transcendance de l'Un, mais le retrouve dans l'unité du système et dans l'immanence de l'unité transcendantale ». La pensée occidentale passera ainsi d'une « pensée infinie "sans autre" chez Hegel » à la réduction phénoménologique de Husserl « où l'identité de la conscience pure, porte en elle, en guise du "je pense", entendu comme intentionnalité, [...] toute altérité » et qui préfigure « l'unité systématique de la conscience et l'intégration au système et au présent de tout ce qui est autre » prônée par Emmanuel Levinas (E. LEVINAS, « Philosophie et transcendance » dans *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 34).

⁶⁴⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 151 ; en référence également à E. KANT *Critique de la raison pure* et *Critique de la faculté de juger*. Cette influence kantienne se manifeste également en ce qui concerne la conception générale du droit retenue par Savigny. La fonction du droit serait ainsi de délimiter le domaine de liberté de l'individu par rapport aux domaines de liberté d'autrui. Ici la conception savignienne comporte dans ses traits généraux « une parenté étroite avec la philosophie d'Emmanuel Kant, qui définit le droit comme l'ensemble des conditions au moyen desquelles l'arbitraire de l'un peut s'accorder avec l'arbitraire de l'autre, suivant une loi générale de liberté » (A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ?, Réflexions à la lumière des codifications récentes », in: *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1994-1995, p. 209-237, spéc. p. 210). Mais Savigny n'y reste pas fidèle pour l'ensemble de sa construction. Savigny affirme ainsi que dans le droit de la famille l'individu se présente « avec un mode d'existence rigoureusement déterminé, indépendant de la volonté individuelle, et lié au grand ensemble de la nature » (F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain, tome I*, traduit par Charles GUENOUX, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1855, spéc. p. 343-344). L'on ne voit pas en quoi

140. L'actualité de la pensée savignienne est d'autant plus indiscutable que l'influence de Kant sur Savigny s'est manifestée également sur d'autres points fondamentaux, tout autant susceptibles d'influencer grandement la conception du droit international privé, et dont la contemporanéité ne fait aucun doute. L'affirmation par Kant de la personnalité juridique de tout être humain⁶⁴⁵ a ainsi des implications évidentes pour le droit international privé. Là est d'ailleurs certainement une des différences majeures entre les axiomes de Story et Savigny, seul le second intégrant cette donnée face à la question de l'esclavage et acceptant donc pleinement l'homme comme une valeur juridiquement absolue⁶⁴⁶. Savigny partage ainsi la conviction avec la philosophie kantienne que la dignité et la valeur essentielle de l'homme résident dans sa liberté subjective, dans son droit de n'obéir qu'aux lois qui pourraient être considérées comme l'expression de sa propre volonté⁶⁴⁷. Grâce à cet apport, Savigny pourra prendre ses distances avec la doctrine hollandaise, sans remettre en cause la véracité de leurs axiomes, mais en mettant en exergue leurs insuffisances. Savigny peut ainsi affirmer que « loin de méconnaître la vérité des principes [de l'indépendance et de la souveraineté des Etats], je veux les pousser à leurs dernières limites, mais je ne pense pas qu'ils puissent beaucoup aider à la solution du problème »⁶⁴⁸. Pour Savigny le problème vient en effet de ce

le droit représente encore « la face extérieure de la liberté de l'homme » (A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ?, préc. spéc. p. 210), et force est de constater qu'à cet égard Savigny n'est effectivement pas kantien (ce que confirme, de façon plus générale, M. VILLEY, *Philosophie du droit : définitions et fins du droit, les moyens du droit*, préc., note 614, spéc. p. 235). Il importe dès lors relativement peu de savoir si le droit contemporain est encore fidèle à une conception kantienne du droit (contra par exemple Bucher (A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, coll. Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1975) ; voy. également, réfutant la position de Bucher, P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé : cours général*, préc., note 145, spéc. p. 334).

Il n'est d'ailleurs pas suffisant de constater que les conditions philosophiques et politiques ayant donné naissance à une théorie disparaissent, pour condamner les acquis de cette théorie (bucher thèse p. 15 + trav ComfrDIP). Au contraire, comme on l'a très justement mis en relief, « pour nous persuader que la méthode analytique de Savigny doit être aujourd'hui rejetée, il ne suffit pas d'exposer que le contexte philosophico-politico-juridique dans lequel cette pensée s'est fait jour s'est depuis, à l'évidence, profondément modifié » (Lalive 334). L'on peut donc à juste titre soutenir que « l'appel de Savigny pour des règles de conflit matériellement neutres pour le domaine du droit civil "véritable" est aujourd'hui plus actuel que jamais » (« Die Forderung Friedrich Carl von Savignys nach wertneutralen Kollisionsnormen für den Bereich des "eigentlichen" Privatrechts [erscheint] so aktuell wie je », D. ZIMMER, « Savigny und das internationale Privatrecht unserer Zeit », *Mélanges Fritz Sturm, 1709-1722, spécialement 1722*). D'ailleurs, l'originalité de Savigny ne vient pas du fondement qu'il donne à son système, c'est-à-dire la communauté de droit, car ce fondement est sujet à des critiques fondamentales, mais vient du fait que Savigny donne le premier une véritable méthode, digne de ce nom, au droit international privé.

⁶⁴⁵ Voy. not. H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 169-170 ; et M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Réédition de la seconde édition, parue en 1962, Dalloz, Paris, 2002, spéc. p. 288-289.

⁶⁴⁶ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain, tome I*, traduit par Charles GUENOUX, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1855, spéc. p. 358 et s.

⁶⁴⁷ Voy. not. J. E. TOEWS, « The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State », préc., note 607.

que « l'extension la plus grande de l'indépendance de l'Etat vis-à-vis des étrangers pourrait conduire à leur refuser absolument la capacité du droit »⁶⁴⁹ alors que « la tendance constante du droit actuel a toujours été d'établir sur ce point une assimilation parfaite entre les nationaux et les étrangers »⁶⁵⁰. De même « en vertu du droit rigoureux de souveraineté, on pourrait sans doute enjoindre aux juges d'un pays d'appliquer exclusivement leur droit national, sans égard aux dispositions contraires d'un droit étranger »⁶⁵¹, mais Savigny remarque aussitôt qu'« une semblable prescription ne se trouve dans aucune législation connue »⁶⁵² et devrait être repoussée pour des considérations au premier rang desquelles figure « l'égalité entre les étrangers et les nationaux »⁶⁵³. En se prononçant clairement pour « une égalité devant la justice entre étrangers et nationaux », égalité « que réclame l'intérêt des peuples et des individus »⁶⁵⁴, Savigny se démarque de l'Ecole hollandaise et reprend à son compte une des avancées majeures de la philosophie occidentale sous la référence expresse à « l'influence des idées chrétiennes »⁶⁵⁵. Considérer chaque homme comme doté de la personnalité juridique, indépendamment du lien entretenu avec l'ordre juridique en cause, dote nécessairement cet ordre juridique d'une universalité intrinsèque véritable. Détacher cette reconnaissance de la personnalité juridique de l'application exclusive du droit national entraîne l'acceptation de l'application de droits étrangers, et implique de concevoir, sur le fondement de l'égalité entre les étrangers et les nationaux, l'universalité comme ouverte à la pluralité.

141. Par où l'on peut mettre en exergue l'apport fondamental de Savigny. C'est en effet en termes de reconnaissance de la pluralité que la « révolution copernicienne » réalisée par Savigny apporte véritablement des éclaircissements intellectuels indispensables au droit international privé. La méthode suivie par Savigny, en énonçant que la solution la plus juste à une relation privée internationale peut résulter de l'application d'un droit étranger dont le contenu n'est pas connu à l'avance, implique fondamentalement l'ouverture à la pluralité. Cela démarque profondément la théorie de Savigny de celle des statutistes. Sa célèbre théorie de la localisation, consistant à « déterminer pour chaque rapport de droit le domaine du droit

⁶⁴⁸ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. 28.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p. 28.

⁶⁵¹ *Ibid.*, spéc. p. 29.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Ibid.*, spéc. p. 30.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*

le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport »⁶⁵⁶ comporte le postulat de départ d'une équivalence entre lois étrangères et loi du for. Elle implique donc que le juge accepte l'idée qu'une situation est susceptible de recevoir *a priori* une pluralité de traductions juridiques, mais que concrètement, une situation n'en revêt qu'une, qui n'est pas nécessairement celle de l'ordre juridique du for, mais celle qui est « le plus conforme à la nature propre et essentielle du rapport de droit »⁶⁵⁷. L'universalité de la nature des rapports de droit fonde donc une unicité de traduction juridique du rapport de droit en dépit de la pluralité des lois matérielles, justement parce que Savigny accepte pleinement la pluralité des lois, et fonde l'acceptation de cette pluralité sur l'universalité du droit. Cette idée d'un droit « rattaché à l'universalité des choses » est d'ailleurs, et de façon significative, un des fondements de la théorie du droit de Savigny⁶⁵⁸.

142. Il convient donc d'identifier ce qui fait le cœur de l'apport de Savigny pour le droit international privé. Et force est alors de constater que s'il peut encore paraître défendable de présupposer la communauté de droit, puisque Savigny a besoin d'une assise, aussi bien conceptuelle que politique, pour justifier son système, il ne faut pas en tirer de fausses conclusions. Il est en effet parfaitement possible de détacher la méthode de la localisation du rapport de droit du concept de communauté. Refuser le caractère réellement universel de la méthode savignienne ne se justifie donc guère. La méthode que Savigny met en œuvre implique une universalité qui dépasse l'idée de communauté, et faire dépendre l'universalité de la communauté n'est pas logiquement justifiable face à la consécration de l'universalité.

143. Il apparaît donc que si le commun était nécessaire pour concevoir et penser un système universel, une fois conçu ce système, le commun n'est plus nécessaire pour appliquer et faire fonctionner un système qui s'est fondamentalement affranchi de l'exigence de communauté. La méthode mise en œuvre par Savigny devient donc véritablement universelle en s'affranchissant théoriquement de l'exigence de communauté à laquelle Savigny reste

⁶⁵⁶ *Ibid.*, spéc. p. 30-31.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ Voy. not. F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts, I. Band*, 1. Auflage, Veit, Berlin, 1840, § 15, où Savigny évoque la « Verknüpfung mit dem Ganzen » ; Par où l'on voit que Savigny suit un raisonnement partant des faits (du « Dasein » ou de la « Faktizität »), et non du droit (du « Sollen » ou de la « Geltung ») ; pour une conception renouvelée du kantisme, voy. not. J. Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (1992) titre original : *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*.

encore trop attaché dans ses écrits. L'idée de « nature des choses » que Savigny évoque à plusieurs reprises est le fondement véritable de la méthode savignienne⁶⁵⁹. Sa méthode, universelle en ce qu'elle se prétend capable d'apporter une solution juridique à tout « rapport de droit » a donc également un fondement universel, « la nature des choses ». Or si l'acceptation de la pluralité résulte de la « nature des choses », plus rien n'exige théoriquement le recours à l'idée de communauté. Cette acceptation radicale de la pluralité, résultant de cette « idée missionnaire ou messianique au sujet des rattachements les plus appropriés »⁶⁶⁰, est évidemment excessive et Savigny ne la consacre pas lui-même. Mais sa théorie n'en offre pas moins un potentiel de développement considérable en ce qu'elle consacre une universalité organisant efficacement la pluralité, qui, en vue du développement du droit international privé contemporain, aura désormais uniquement besoin de la conceptualisation des moyens par lesquels un ordre juridique particulier protège ses conceptions fondamentales dans le contexte de la pluralité des ordres juridiques⁶⁶¹. C'est face à cette problématique que Savigny et la doctrine ultérieure l'interprétant, ont pu se montrer tellement perméables à l'idée de communauté. Il est en effet nécessaire de penser un moyen protégeant l'intégrité de l'ordre juridique qui prétend à l'universalité, et la communauté permet de garantir la conformité des valeurs véhiculées par la loi étrangère avec celles de l'ordre juridique du for.

144. Or, depuis la disparition de l'Empire, l'éclatement de l'Eglise et l'apparition des Etats modernes, la communauté politique s'est dérobée aux pieds des penseurs, et lui trouver un substitut n'était guère aisée. La première réaction était de fonder une nouvelle communauté politique fondée sur des principes que l'on qualifierait aujourd'hui de droit international public. C'est ce que l'ont fait l'Ecole hollandaise, et à sa suite Story. C'est également à cela que correspond le concept de « *völkerrechtliche Gemeinschaft* » dont Savigny fait le fondement de sa méthode, alors même que celle-ci pourrait s'en passer. On pressent donc déjà que le droit international privé doit se débarrasser de l'encombrant concept de communauté pour pouvoir s'épanouir pleinement⁶⁶². Le problème est de savoir comment le

⁶⁵⁹ Voy. not. P. H. NEUHAUS, « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », préc., note 610.

⁶⁶⁰ R. QUADRI, « Quelques considérations sur la contribution du Professeur Wengler au progrès du droit international privé », préc., note 184, spéc. p. 14.

⁶⁶¹ Cf. *infra*, n° 179 et s. et n° 891 et s.

⁶⁶² Ce qui vaut à peu près de façon identique pour le concept de souveraineté, dépourvu de véritable pertinence pour la conception du droit international privé, puisque la souveraineté est susceptible d'être entendue de trop de façons, tout en n'apportant jamais de véritable solution aux problèmes du droit international privé (voy. égal. A.

remplacer. Savigny apporte une première pierre très importante, en fondant l'acceptation de la pluralité non sur la communauté, mais, à travers le recours à la « nature des choses » et au principe d'égalité entre étrangers et nationaux, sur l'universalité, qui est aussi bien une universalité des choses qu'une universalité des ordres juridiques. Il conçoit également cette universalité de façon ouverte à la pluralité. Mais il faut encore trouver le concept remplaçant la communauté au regard du besoin de protection de l'antériorité de l'ordre juridique du for⁶⁶³. Or les bases du positivisme juridique n'ont pas encore été posées⁶⁶⁴, ce qui ne permet pas de concevoir les fondements des ordres juridiques nationaux de façon convaincante aux yeux du juriste contemporain. Il n'est pas étonnant dès lors que la possible découverte d'un concept remplaçant entièrement celui de communauté soit passée pour la doctrine du droit international privé par un dernier échec de l'idée de communauté. Et personne n'incarne mieux cette désillusion de la communauté que Mancini.

B Mancini : fertilité et stérilité de l'universel édictant et organisant la pluralité

145. Prenant le contre-pied de la construction conflictualiste de Savigny, Mancini⁶⁶⁵ propose de renouveler la théorie statutaire remontant à l'Ecole hollandaise, théorie dont Mancini admet pourtant lui-même qu'« elle flotte depuis des siècles sur une mer

BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1949. 615 et 1950. 11).

⁶⁶³ Sur cette notion, cf. *infra*, n° 180 et s.

⁶⁶⁴ Par Kelsen et Ihering (sur ce point, voy. not. M. VILLEY, *Philosophie du droit: définitions et fins du droit, les moyens du droit*, préc., note 614).

⁶⁶⁵ Qui mérite de figurer parmi la liste des auteurs analysés du simple fait qu'il relie dans un sens tout européen le droit international privé à la liberté de circulation des personnes, en évoquant des idées libérales très proches d'une liberté d'établissement sans contrainte et sans entrave (P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 294 : « si donc un Anglais, un Italien ou un Français devait, en arrivant dans un autre pays, dépouiller à la frontière les droits qui dérivent de sa propre nationalité pour acquérir ceux qui dérivent de la nationalité du pays où ses affaires et ses intérêts l'appellent à s'établir, il se présenterait un inconvénient : ce système créerait souvent de graves obstacles à l'une des premières facultés qui appartiennent à l'homme, celle de s'établir où il désire, sans être contraint d'acheter cette faculté au prix trop cher du sacrifice des droits de personne et de famille qui dérivent de sa propre nationalité », nous reviendrons sur ce passage un peu plus loin, cf. *infra*, n° 148). Au-delà de cet aspect anecdotique, Mancini présente cependant un intérêt théorique de premier plan pour l'étude de l'histoire du droit international privé (sur Mancini, voy. notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, préc., note 583, spéc. §§ 229 à 232, p. 388 à 394).

⁶⁶⁶ E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini : Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Gremer, Ebelsbach, 1980 ; reproduit dans E. JAYME, *Internationales Privatrecht : Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009.

d'incertitude »⁶⁶⁷. Mancini propose une théorie fondamentale qui « se réduit à une expression philosophique plus correcte de quelques-unes des idées dont la théorie statutaire n'était que l'expression confuse et vicieuse » et ce « dans le but de lui donner une vie nouvelle et de la mettre en harmonie avec la conception philosophique de l'esprit moderne »⁶⁶⁸. Mancini est donc certainement l'auteur qui fait l'usage le plus fertile des principes universels découverts par l'Ecole hollandaise et imposant, d'après lui, l'acceptation de la pluralité⁶⁶⁹, car il parvient à transformer cet universel en un universel organisant efficacement la pluralité. Il pallie ainsi le premier défaut de la doctrine hollandaise, qui avait été son incapacité à fournir un véritable système de règles de droit international privé (1). Il conditionne cependant la validité du principe universel qu'il met à la base du droit international privé à son acceptation par tous les Etats, ce qui comporte une contradiction par rapport au concept même d'universalité et compromet les chances de réalisation d'un droit international privé sur ces bases (2).

1 Le recours à un principe universel organisant efficacement la pluralité

146. Mancini part du principe que « l'indépendance politique de chaque nation produit comme conséquence nécessaire l'indépendance législative, par laquelle chaque souveraineté est incontestablement libre de dicter les lois qu'elle juge utile de faire observer dans son territoire »⁶⁷⁰. Il prend clairement ses distances avec la doctrine hollandaise de la *comitas*, puisqu'il remarque que « la puissance de faire des lois n'implique pas celle de dicter des lois injustes et blessantes pour la communauté de droit, qui découle des nécessités humaines et des devoirs internationaux imposés par le lien de la société générale existant entre tous les peuples »⁶⁷¹. La *comitas* ne saurait se substituer au devoir de justice, pour éviter de faire « l'erreur de confondre le pouvoir législatif absolu de chaque Etat avec la légitimation

⁶⁶⁷ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 289.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, sp. p. 291

⁶⁶⁹ Mancini affirme ainsi que « c'est en vain que l'on espère quelques progrès sérieux et importants dans la civilisation internationale et dans les rapports des Etats entre eux, si l'on ne donne comme fondement au droit international privé le principe, qu'il existe un devoir strict de reconnaître et de respecter les droits de l'étranger, et qu'il faut s'abstenir de régler par ses propres lois tous les rapports juridique qui, par leur nature, doivent dépendre de l'autorité des lois étrangères » ; *ibid.*, spéc. p. 231.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, sp. p. 228.

⁶⁷¹ *Ibid.*, sp. p. 228.

de son injuste exercice »⁶⁷². Mancini garde l'idée des auteurs hollandais que le fondement du droit international privé est à rechercher, par une approche aprioristique, dans un principe universel. Mais à la différence importante de l'Ecole hollandaise, Mancini n'appréhende pas ce principe fondamental comme une faculté, puisqu'il affirme que « le traitement des étrangers ne peut pas dépendre de la *comitas* et de la volonté souveraine et arbitraire de chaque Etat »⁶⁷³. Au contraire, « la science ne peut considérer ce traitement que comme un devoir rigoureux de justice internationale, auquel une nation ne peut pas se soustraire sans violer le droit des gens, sans rompre le lien qui unit l'espèce humaine dans une grande communauté de droit, fondée sur la communauté réelle et sur la sociabilité de la nature humaine, sans devenir membre rebelle et réfractaire de [la] société universelle »⁶⁷⁴. Mancini affirme alors que l'« on ne doit pas considérer comme une concession arbitraire et bienveillante du législateur, que l'étranger arrivant dans notre territoire y garde son état personnel et sa capacité juridique d'origine »⁶⁷⁵. Le souci inhérent à l'ordre juridique de rendre justice lui imposerait donc de reconnaître le droit étranger au regard du statut juridique de l'étranger, sur le fondement du « devoir international de reconnaître et de respecter l'étranger »⁶⁷⁶. Ainsi, Mancini prétend résoudre « le problème fondamental du droit international privé en le fondant sur un devoir parfait et obligatoire de justice internationale »⁶⁷⁷. Mancini recourt donc à un principe universel, la justice, ou la justice internationale, fondée sur le « devoir strict de reconnaître et de respecter les droits de l'étranger »⁶⁷⁸ pour justifier l'acceptation de la pluralité. Prétendant adopter une vision apolitique du droit international privé, « matière à laquelle les intérêts politiques des gouvernements restent tout à fait étrangers »⁶⁷⁹, il propose ensuite, à travers la consécration de la nationalité comme critère de rattachement, un système permettant l'organisation de cette pluralité.

⁶⁷² *Ibid.*, sp. p. 229.

⁶⁷³ *Ibid.*, spéc. p. 230, en reprenant son cours professé à l'Université de Turin en 1853.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, spéc. p. 230, en reprenant son cours professé à l'Université de Turin en 1853.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, spéc. p. 293.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, spéc. p. 300, évoquant également « la générosité et le désintéressement [avec lesquels le législateur italien] a communiqué les droits civils dont la jouissance et l'exercice sont accordés aux citoyens, [autres que les droits politiques réservés aux citoyens de l'Etat,] aux étrangers de toutes les nations du monde, quel que soit l'état de leur civilisation, sans aucun autre titre que leur qualité d'homme » ; *ibid.*

⁶⁷⁷ *Ibid.*, spéc. p. 231.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, sp. p. 231.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, sp. p. 236.

147. Ce qui assure « la fortune extraordinaire »⁶⁸⁰ des idées de Mancini est le fait qu'il ait proposé un système de droit international privé *a priori* convaincant⁶⁸¹ dont le fondement, à savoir la nationalité, était en outre parfaitement adapté aux circonstances politiques de l'époque⁶⁸². Partant du principe que « l'ordre juridique consiste dans l'accord de la liberté privée et individuelle, avec l'exercice du pouvoir social, c'est-à-dire des rapports entre la loi de l'Etat et les prérogatives de l'individu, entre l'ordre politique et l'ordre civil des rapports domestiques et privés »⁶⁸³ et que « l'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers »⁶⁸⁴, il développe une vision très libérale du droit international privé, qui parvient à proposer un système de solutions cohérent⁶⁸⁵. Mancini pose ainsi que les « droits d'ordre privé appartiennent aux hommes comme hommes, et non pas comme membres d'une société politique »⁶⁸⁶, que « c'est principalement dans les rapports de droit privé que se révèlent l'esprit et le caractère national »⁶⁸⁷ et que l'étranger arrivant dans un autre territoire doit garder « son état personnel et sa capacité juridique d'origine »⁶⁸⁸. Il en tire la conclusion que « de même que, dans les rapports de simple droit privé, dans l'intérieur d'un Etat, le principe de liberté protégeant la légitime et inviolable autonomie de l'individu trace une borne au pouvoir politique et législatif du gouvernement, de même le principe de nationalité trace une limite analogue entre les personnes étrangères et d'autres peuples ou Etats »⁶⁸⁹. Le respect de la personnalité en

⁶⁸⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, préc., note 583, spéc. p. 389.

⁶⁸¹ Voy. notamment l'influence de Mancini sur le personnalisme constructif de Pillet (*ibid.*, spéc. p. 394-397).

⁶⁸² Ce qui ressort notamment du Code civil italien de 1865, l'influence mancinienne étant cependant également perceptible en ce qui concerne le Code civil espagnol de 1889 et le Code civil allemand de 1896 ainsi que les travaux de la Conférence de La Haye, réunie officiellement pour la première fois en 1893, et le Code Bustamante de 1928 (*ibid.*, spéc. p. 391-392).

⁶⁸³ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 292.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Mancini évoque également les principes de souveraineté et d'indépendance politiques qui l'auraient logiquement « conduit vers des idées de contrat social, voire de souveraineté populaire, que Mancini sans doute, en disciple des Lumières, ne condamnait pas, mais qu'en qualité d'homme politique avisé et réaliste et aussi en qualité de protégé de la monarchie des Savoie, il se gardait d'exalter publiquement » (B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 160-161). Mancini prend d'ailleurs ses précautions, en évoquant l'« expropriation légitime que l'Etat fait d'une partie de la liberté personnelle des individus », le terme d'« expropriation » étant préféré à celui de « cession », « pour ne pas tomber dans l'erreur reprochée à l'auteur du *contrat social*, car nous considérons l'état social non comme volontaire et conventionnel, mais comme une nécessité pour l'homme » (P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 296).

⁶⁸⁶ *Ibid.*, spéc. p. 292.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, spéc. p. 293.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

droit interne se prolonge donc par le respect de la personnalité du droit en droit international privé. Le système réalise les objectifs du droit international privé en ce qu'il garantit efficacement la continuité de traitement international. La personne étant soumise à sa loi nationale, le changement de frontière ne lui fera pas perdre le bénéfice de cette continuité de traitement. Et comme chaque personne est censée avoir une nationalité⁶⁹⁰, l'ordre juridique du for est capable d'appréhender toute situation de fait qui se présenterait à lui, respectant ainsi sa prétention à l'universalité, tout en le faisant d'une façon respectueuse de la pluralité.

148. Mancini construit un système de droit international privé complet sur le fondement des principes de liberté, de nationalité et de souveraineté et d'indépendance politiques. Tandis que selon le principe de liberté, qui correspond selon Mancini à « la partie volontaire du droit privé »⁶⁹¹, les intéressés doivent avoir la possibilité de choisir la loi applicable, selon les principes de souveraineté et d'indépendance politiques, chaque Etat peut « interdire, dans les limites de son territoire, toute infraction à son droit public et à l'ordre public du pays »⁶⁹². Reste la place occupée par le principe de nationalité, et qui couvre « la partie nécessaire du droit privé »⁶⁹³, c'est-à-dire, dans un langage plus contemporain, les droits impératifs, ou ceux dont les parties n'ont pas la libre disposition⁶⁹⁴, et qui couvre selon Mancini « l'état personnel, l'ordre et les rapports de famille »⁶⁹⁵. Ce statut personnel et familial impératif est pour Mancini « le miroir qui reflète la nationalité même [de l'homme] »⁶⁹⁶. Mettant justement en exergue l'importance de l'harmonie internationale des solutions, il en déduit que « si donc un Anglais, un Italien ou un Français devait, en arrivant dans un autre pays, dépouiller à la frontière les droits qui dérivent de sa propre nationalité pour acquérir ceux qui dérivent de la nationalité du pays où ses affaires et ses intérêts

⁶⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 293-294. L'inspiration libérale de Mancini est particulièrement forte lorsqu'il poursuit que « la raison en est dans l'autonomie individuelle et réciproque, autonomie légitime et inviolable » (*Ibid.*, spéc. p. 294).

⁶⁹⁰ Ce qui est sans doute l'un des points faibles de la construction de Mancini, tant il n'est pas évident qu'une personne ait nécessairement une, et une seule, nationalité.

⁶⁹¹ *Ibid.*, spéc. p. 295.

⁶⁹² *Ibid.*, spéc. p. 296 ; notion d'ordre public qui prend au passage « une extension considérable » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, préc., note 583, spéc. p. 390).

⁶⁹³ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 294.

⁶⁹⁴ Sur cette notion, voy. not. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, 272, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996..

⁶⁹⁵ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 294.

l'appellent à s'établir, il se présenterait un inconvénient : ce système créerait souvent de graves obstacles à l'une des premières facultés qui appartiennent à l'homme, celle de s'établir où il désire, sans être contraint d'acheter cette faculté au prix trop cher du sacrifice des droits de personne et de famille qui dérivent de sa propre nationalité »⁶⁹⁷. Poursuivant dans la construction d'un bilatéralisme à cet égard radical⁶⁹⁸, mais pleinement cohérent, Mancini affirme que « chaque législateur doit reconnaître sans réserve le droit privé de l'étranger sur son territoire »⁶⁹⁹ et que « le législateur rend hommage au principe de nationalité et accomplit un devoir strict lorsqu'il reconnaît l'efficacité dans son territoire des lois qui règlent la personne, la famille, la succession »⁷⁰⁰. Mancini parvient ainsi à dégager un système tout à fait cohérent qui est parfaitement capable de concilier les enjeux fondamentaux du droit international privé. La prétention à l'universalité de l'ordre juridique se traduit par la reconnaissance du rôle de l'autonomie de la volonté au regard de la partie volontaire du droit privé, et par le recours à la règle de conflit bilatérale fondée sur la nationalité au regard de la partie nécessaire du droit privé. La protection de la singularité de l'ordre juridique est parallèlement garantie par le territorialisme retenu en matière de droit public et de lois d'ordre public⁷⁰¹.

149. Mancini a cependant conscience du fait que son système ne peut fonctionner que s'il est simultanément adopté par tous les Etats⁷⁰². A cet égard il expose sa conception du droit international privé à la même critique fondamentale que celle qui a résulté du recours au

⁶⁹⁶ *Ibid.* ; en raison de la correspondance nécessaire qui existerait entre d'une part, la teneur du droit privé nécessaire d'un Etat et les structures intellectuelles, morales et affectives des citoyens qui le composent (B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 161).

⁶⁹⁷ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 294 ; Liberté d'établissement sans contrainte et sans entrave, expression d'une des premières facultés qui appartiennent à l'homme. L'on croirait lire un programme d'action de la Commission.

⁶⁹⁸ Encore qu'il soit tempéré à l'évidence par l'unilatéralisme des lois relevant du droit public ou de l'ordre public.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 298.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ M. GUTZWILLER, *Le développement historique du droit international privé*, préc., note 180, spéc. p. 366–367.

⁷⁰² Il affirme en effet que « non seulement cette égalité de mesure dans les concessions apparaît obligatoire, mais il est encore nécessaire que ce devoir égal et réciproque soit rempli par l'établissement de règles identiques, pour résoudre les conflits entre les législations des différents peuples, et pour déterminer laquelle de ces lois est applicable à chaque espèce des rapports de droit. Sans cette identité de règles applicables, au milieu de la coexistence des prescriptions diverses et souvent contradictoires de différents codes, auxquels les magistrats des différents pays sont obligés de se conformer, on tomberait dans un labyrinthe de contradictions et de difficultés inextricables, qu'il serait absolument impossible de résoudre », P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 232.

droit international public. En fondant en effet son système de droit international privé sur le droit international public⁷⁰³ et en considérant que ce dernier énoncerait « le devoir strict »⁷⁰⁴ de consacrer le principe de nationalité, il appuie la normativité du système sur une idée de communauté qui est à la fois théoriquement contraire à son concept universel de départ⁷⁰⁵ et pratiquement irréalisable.

2 Une validité conditionnée à l'acceptation par l'ensemble de la communauté des Etats

150. Mancini illustre les défauts insurmontables du statutisme : si l'on veut construire un système de solutions sur la base d'une répartition des compétences ou des pouvoirs normatifs, cela ne peut déboucher que sur une méthode de droit international public. Cette méthode est cependant insusceptible d'apporter les solutions aux problèmes de droit international privé qui peuvent se poser. Pour construire un système de droit international privé qui soit viable en pratique, Mancini doit faire reposer la méthode sur un vice congénital, consistant à déduire les solutions universellement valables d'un principe qui, en découlant de la souveraineté des Etats, postule également l'impossibilité de leur imposer ces solutions. Le problème est donc bien l'impérativité qui ne peut découler que de l'acceptation par les Etats, acceptation libre en raison de leur souveraineté. De façon involontaire, Mancini ouvrira ainsi la voie aux particularistes. Si les solutions nécessitent l'acceptation par les Etats, cela signifie que les Etats sont libres de se donner les solutions qu'ils souhaitent. Or l'acceptation que Mancini retient de l'universalité et qui est dans une dépendance directe de sa consécration étatique, ôte à cette universalité une part considérable de son effectivité.

151. Mancini impose en effet de bien faire la distinction entre ce qui se rattache au concept de communauté et ce qui se rattache au concept d'universalité⁷⁰⁶. Deux passages de son célèbre discours révèlent une confusion entre universalité et communauté, et distinguent à

⁷⁰³ Cette attitude est manifeste lorsque Mancini expose que « ce fut une grave erreur, et une direction dangereuse imprimée à cette branche du droit internationale, que de l'avoir considérée purement comme une matière de droit civil et de l'avoir assujettie, en conséquence, seulement aux règles juridiques applicables aux intérêts privés, sans tenir compte du droit public et du droit des gens » (*Ibid.*, spéc. p. 298).

⁷⁰⁴ *Ibid.*, spéc. p. 231.

⁷⁰⁵ C'est-à-dire de façon très générale la « justice ».

⁷⁰⁶ Et donc entre ce qui doit être accepté par tous les ordres juridiques pour permettre d'atteindre des solutions satisfaisantes et ce qui peut être déduit d'un système préalablement découvert par un ordre juridique particulier. Sur la distinction entre communauté et universalité, cf. égal. *supra*.

cet égard radicalement l'universalité mancinienne de l'universalité savignienne. D'une part, Mancini affirme que « l'accord de tous les peuples sur un Droit civil unique et universel pourrait devenir une réalité [...], à condition que ce Droit se bornât à la codification des seuls principes et préceptes de justice universelle »⁷⁰⁷. D'autre part, il considère que « le Code cosmopolite devrait se restreindre aux règles fondamentales de la justice universelle et nécessairement commune à tous les peuples »⁷⁰⁸. Autour des notions d'« accord de tous les peuples sur la codification des préceptes et principes de justice universelle », et de « justice universelle et nécessairement commune », l'on voit bien que pour Mancini, le droit international privé est aussi un modèle normatif exprimant la justice internationale, autour d'un accord de tous les peuples et d'une justice nécessairement commune. Dès lors, la justice internationale serait ce qui est partagé par l'ensemble de la communauté internationale, et la communauté internationale devrait nécessairement partager ces principes, puisqu'ils seraient l'expression de la justice internationale. La confusion entre universalité et communauté résulte de ce que les principes universels n'ont pas besoin d'être « partagés », ni de recueillir l'« accord de tous les peuples », pour être valables, alors que Mancini conditionne justement la validité de son système à l'obtention d'une telle normativité commune à tous les Etats.

152. On retrouve cette confusion entre justice universelle et communauté lorsque Mancini affirme que « les lois et les codes [...] ont le devoir de reconnaître les droits et les libertés de l'homme dans leur juste mesure, même pour les étrangers. S'ils ne le font pas, ils violent les droits de la justice, et en même temps le droit des gens, parce que chaque Etat a intérêt à assurer les droits et les libertés légitimes de ses membres, et à les faire respecter par les autres peuples »⁷⁰⁹. Il y aurait ainsi identité entre « droits de la justice » et « droit des gens ». Or Mancini subordonne de cette façon la validité de l'universel qu'il érige en fondement efficace du droit international privé, à son acceptation par tous les Etats, c'est-à-dire sa communauté. Cette approche comporte une contradiction logique. Si le principe est véritablement universel, il n'a pas besoin d'être adopté par tous pour être valable, mais est valable en lui-même⁷¹⁰. Sa validité ne doit donc pas dépendre de sa consécration normative par l'ensemble de la communauté des Etats. Et Mancini ne propose pas de système permettant

⁷⁰⁷ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, spéc. p. 227.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, spéc. p. 231, reprenant le cours de l'Université de Turin de 1853.

⁷¹⁰ Cf. égal. *infra* sur le fait que pour être « véritablement universel », l'ordre juridique doit se poser comme « capable d'être universellement partageable ».

d'atteindre et de confirmer la « justice internationale » en l'absence d'accord entre tous les Etats. Bien au contraire, il évoque la nécessité d'aboutir à des règles de droit international privé « uniformes » pour éviter les conflits entre systèmes de droit international privé⁷¹¹. Dès lors, « le seul moyen pour faire cesser, ou du moins pour diminuer beaucoup les désordres et les dangers d'un état de choses si anormal, c'est la stipulation, entre les différents Etats, d'un ou de plusieurs Traités internationaux, pour fixer, d'un commun accord les règles conventionnelles et pour les rendre obligatoires dans les conflits d'une législation avec une autre »⁷¹². A défaut de recourir au droit international public, l'universel de Mancini perd toute effectivité concrète, les objectifs de coordination mis en avant par Mancini devenant irréalisables. En appelant au droit international public, cet universel risque en outre de perdre toute cohérence théorique. Car si les Etats cherchent une solution commune, ils tenteront probablement de fonder leur solution sur le concept de la communauté, et non celui d'universalité. Plus gravement, l'universel de Mancini n'est concevable qu'à condition d'être partagé par tous les Etats, c'est-à-dire d'être commun, donc de ne plus véritablement être universel⁷¹³. Or la communauté est un concept qui comporte de nombreuses restrictions pour le droit international privé, et ne lui permet pas, en tout cas pas en tant que fondement unique, de répondre à la prétention à l'universalité dont la doctrine du droit international privé pris conscience depuis Savigny. L'approche publiciste de Mancini était dès lors non seulement théoriquement incohérente, elle se révélera aussi être politiquement désastreuse, en raison de l'impossibilité de trouver un accord international sur les principes du droit international privé⁷¹⁴. Cela confirme alors l'impossibilité de fonder le droit international privé sur le droit

⁷¹¹ « Si même chaque nation écrivait un système complet de droit international privé, ces règles ne pourraient devenir uniformes, et les mêmes inconvénients se représenteraient toujours » ; *Ibid.*, spéc. p. 235.

⁷¹² *Ibid.*, spéc. p. 235.

⁷¹³ Le problème est en effet que Mancini *conditionne* son universel à l'acceptation par tous les Etats, ce qui comporte une vraie contradiction par rapport au concept d'universel. La seule façon de surmonter cet écueil serait d'intégrer l'universalité dans les valeurs communes. Mais l'on ne peut alors pas faire dépendre la validité de cette universalité de son acceptation commune. L'universel est valable en lui-même, sans devoir recueillir l'accord de la communauté.

⁷¹⁴ Ce que confirment de façon éclatante les multiples échecs des conventions de La Haye.

international public et l'acceptation par tous les Etats⁷¹⁵, et explique sans doute le déclin ultérieur de la théorie personnaliste⁷¹⁶.

153. La construction doctrinale de Mancini rejoint ainsi celles de l'Ecole hollandaise et de Story. Leur défaut commun est l'absence de communauté entre ordres juridiques, alors même que cette communauté, qui n'est plus ouvertement le vecteur de l'extraterritorialité des lois⁷¹⁷, est pour ces théories, à les analyser jusqu'au bout, la condition *sine qua non* pour qu'elles se transforment en méthode de droit international privé adapté au contexte du droit contemporain, qui implique qu'elles permettent d'apporter des réponses à l'ensemble des situations internationales pouvant surgir. Mancini exprime très clairement cette difficulté, lorsqu'il affirme que « non seulement cette égalité de mesure [avec laquelle chaque souveraineté politique détermine la limite de l'accomplissement du devoir d'une justice internationale vis-à-vis de l'autorité juridique dans la reconnaissance des droits des individus et des peuples étrangers] apparaît obligatoire, mais il est encore nécessaire que ce devoir égal et réciproque soit rempli par l'établissement de règles *identiques*, pour résoudre les conflits entre les législations des différents peuples, et pour déterminer laquelle de ces lois est applicable à chaque espèce des rapports de droit. Sans cette identité de règles applicables, au milieu de la coexistence des prescriptions diverses et souvent contradictoires des différents codes, auxquels les magistrats des différents pays sont obligés de se conformer, on tomberait dans un labyrinthe de contradictions et de difficultés inextricables, qu'il serait absolument impossible de résoudre »⁷¹⁸. Or la communauté des législations autour de l'établissement de règles de droit international privé identiques est, en l'état passé et contemporain de la société internationale, impossible à atteindre. Savigny a surmonté cette difficulté en se montrant

⁷¹⁵ Il y a ainsi en réalité un double fondement proposé : premièrement un universel qui s'imposerait aux Etats, construit par Mancini autour de la liberté de l'homme. L'on retrouve l'idée de contrat social, peu caché chez Mancini, comme un droit naturel supérieur aux Etats, donc un vrai universel. Le problème vient de ce que le droit international public n'est pas construit autour d'un universel s'imposant aux Etats, mais autour de la souveraineté des Etats. Par où l'on retrouve les Hollandais et l'impossibilité de fonder des règles positives, de droit international privé en tout cas, sur ce principe. Même à supposer possible l'existence d'un *jus cogens*, celui-ci ne serait pas à même de donner un système de droit international privé (voy. p. ex. thèse Vareilles-Sommières).

⁷¹⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, préc., note 583, spéc., p. 329-394.

⁷¹⁷ Comme c'était le cas antérieurement, cf. *supra*, n° 76 et s. et 134 et s.

⁷¹⁸ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 232 ; les lettres en italique le sont dans l'original.

capable de doter l'ordre juridique d'une universalité *intrinsèque*⁷¹⁹, et en proposant rechercher la loi applicable d'après « la nature des choses », donc d'après des exigences universelles que chaque ordre juridique peut déterminer pour lui-même. Savigny laissait cependant encore une place résiduelle à la communauté⁷²⁰, que sa méthode n'exigeait pourtant plus. D'où l'embarrassante question « *quid* si le droit commun n'existe pas ou plus ? »⁷²¹. C'est cette question que la doctrine devait désormais se poser, face à la preuve empirique de l'absence de communauté qui permettrait de résoudre les difficultés naissant des relations internationales. Or si l'universel, qui depuis Savigny avait intégré la méthode du droit international privé, ne peut pas être découvert dans un ordre supérieur ou commun, il faut le découvrir dans la construction singulière de chaque ordre juridique. Ce sera alors justement l'apport des théories particularistes, qui permettront, non sans difficultés, de concevoir la singularité des ordres juridiques tout en maintenant leur aspiration à une universalité ouverte à la pluralité.

Chapitre 3 La découverte du concept de singulier

154. L'approfondissement du droit international privé reste naturellement tributaire du contexte intellectuel de l'époque, qui, s'agissant de la fin du XIX^e siècle qui suit Savigny et Mancini, « a été caractérisée par une attaque en règle contre l'universalisme »⁷²². Ce mouvement semble avoir été inévitable, si l'on sait que le positivisme juridique et le « sociologisme » ont profondément modifié la vision du droit⁷²³. Ainsi, « alors que le droit arbitrait traditionnellement les libertés individuelles et qu'il était leur sauvegarde, voici que l'on tend à lui assigner pour programme l'essor du groupe »⁷²⁴. L'influence pour les doctrines du droit international privé est frappante. Alors que Savigny et Mancini adhèrent encore de façon évidente à une approche libérale du droit, articulé autour de la liberté individuelle, les

⁷¹⁹ Que l'on pourrait également qualifier d'universalité « véritable », puisque elle n'a pas besoin d'être empiriquement constatée, ni d'être communément partagée, pour être valable. Sa validité découle simplement de la position de l'ordre juridique du *for* qui la reconnaît comme étant universelle.

⁷²⁰ Ce qui le distingue de Mancini : pour Mancini, la communauté conditionne la validité du système de droit international privé, alors que pour Savigny, le système de droit international privé est valable en raison de son fondement universel, non en raison du fait qu'il est communément partagé.

⁷²¹ B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, préc., note 175, spéc. p. 177.

⁷²² G. VAN HECKE, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX^e siècle », J. DABIN, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, membre de l'Académie royale des sciences, de lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruylant, Sirey, Bruxelles etc., 1963, II, 939-952, spécialement p. 939.

⁷²³ Suite aux travaux notamment de Hans Kelsen et Raymond Carré de Malberg pour le positivisme juridique, d'Auguste Comte, Emile Durkheim et Léon Duguit pour le sociologisme. Voy. sur ces points not. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, préc., note 191, spéc. p. 79- 84, 96- 106.

tendances ultérieures s'efforcent de construire un droit international privé tout entier articulé autour de la préservation des intérêts de la société que représente l'ordre juridique du for. Il est donc tout à fait logique que l'évolution du droit international privé est dans une dépendance étroite de l'émergence et la consécration du concept d'Etat nation. Faire de l'Etat la source unique et exclusive du droit implique une approche dont le droit international privé était jusque-là éloigné, puisqu'il prétendait toujours tirer son existence de principes – peu important à ce stade si l'on doit les qualifier de scientifiques, naturels, philosophiques ou autre – qui dépassaient le seul phénomène étatique. Savigny était le seul dont la pensée permettait d'envisager le droit international privé comme un système émanant d'un ordre juridique singulier. Cependant, Savigny ne concevait pas le fondement de son système de façon singulière, mais de façon universelle. La découverte de la singularité du droit international privé sera donc l'apport d'autres auteurs qui le suivront.

155. Le tournant entre le XIX^e et le XX^e siècle est tout à fait particulier pour l'étude du droit international privé, spécialement en vue des tentatives d'harmonisation de l'Union européenne. A l'émergence d'une conscience particulariste répond un mouvement, inédit jusque-là, d'essor d'un droit international privé véritablement international et positif. Les travaux de la Conférence de La Haye, initiés notamment par Tobias Asser, sur inspiration de Mancini, aboutissent à des conventions internationales qui amènent même le particulariste Kahn à penser que « la réalisation d'un droit international privé unifié est pour un avenir à portée de main »⁷²⁵. Pourtant à cet essor d'un droit international privé international et positif correspond une phase doctrinale dont la ligne directrice est la prise de conscience des particularités de chaque ordre juridique et la nécessité de la préservation de ces particularités. Dans un contexte intellectuel tout voué au positivisme juridique, une telle attitude n'est guère surprenante. Mais si ce particularisme est un élément indispensable pour construire un droit international privé à partir du droit conçu comme un phénomène étatique, et donc directement lié au concept d'ordre juridique, il n'en recèle pas moins un danger important de cloisonnement des ordres juridiques entre eux et un risque certain d'exclusivisme (section 1). La véritable émancipation du droit international privé ne pouvait donc certainement pas venir d'une conception qui se fondait exclusivement sur la préservation de l'ordre juridique du for. Mais elle ne pouvait pas ignorer cet objectif non plus. En gardant à l'esprit la dimension

⁷²⁴ *Ibid.*, spéc. p. 83.

singulière et nationale du droit international privé, il fallait encore comprendre ce qu'implique une dimension intrinsèquement universelle de l'ordre juridique en termes d'acceptation de la pluralité, de coordination des ordres juridiques et de justice de droit international privé (section 2).

Section 1 Le singulier exclusif des particularistes

156. Les particularistes, en parfaite conformité avec le positivisme juridique, ont fait revenir le droit international privé vers ce qu'il est, c'est-à-dire un droit national. Ils pouvaient ainsi constater que « la "mesure unique et invariable du droit", qui est prétendument inhérente à chaque rapport de droit, est et reste, comme le droit mondial unifié et unique liant l'humanité entière, seulement un beau rêve »⁷²⁶. Mais dire cela n'implique nullement qu'il faille faire une application absolue du droit national interne et donc revenir vers l'exclusivisme primitif. Au contraire, la conscience de la singularité du droit international privé se révèle être un élément indispensable pour pouvoir dégager une conception du droit international privé adaptée au contexte d'un droit reposant sur le postulat de la prééminence du droit étatique (I). L'indispensable acceptation de la singularité du droit international privé a cependant conduit la doctrine à des excès, car à conférer trop d'importance à la dimension singulière du droit international privé, les objectifs propres au droit international privé risquent bien de ne plus être respectés (II).

I L'acceptation de la singularité du droit international privé

157. L'acceptation de la singularité du droit international privé doit beaucoup à l'école particulariste. Sans prétendre en faire une étude exhaustive, nous analyserons les principaux travaux des deux plus éminents chefs de file de cette école, c'est-à-dire Franz

⁷²⁵ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 2, Duncker & Humblot, Munich, 1928, spéc. p. 36 : « Wir sehen die Verwirklichung eines einheitlichen internationalen Privatrechts in greifbare Nähe gerückt ».

⁷²⁶ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, Duncker & Humblot, Munich, 1928, spéc. 123 : « Der "einzige und unwandelbare Maßstab des Rechts", welcher angeblich in jedem Rechtsverhältnis selbst ruhen muß, ist und bleibt wie das einzige und die ganze Menschheit verbindende Weltrecht eben doch nur ein schöner Traum ».

Kahn⁷²⁷ et Etienne Bartin⁷²⁸, qui fournissent un cadre de recherche déjà bien fourni, et en tout cas fidèle, des apports de l'école particulariste. Dans une apparente indépendance de recherche⁷²⁹, ces deux auteurs ont posé les fondements du droit international privé dans un contexte positiviste. Partant de la démonstration, relativement facile, que le droit international public ne peut servir de fondement au droit international privé (A), ils ont en effet permis de mettre en exergue la nécessité pour le droit international privé d'être conçue de façon singulière par l'ordre juridique de l'Etat qui l'édicte (B).

A La disqualification du droit international public en tant que fondement du droit international privé

158. La disqualification du droit international public en tant que source du droit international privé est ce qui distingue l'école particulariste de l'Ecole hollandaise. Les deux s'accordent en effet pour considérer que le droit international public ne saurait imposer un système de droit international privé. Mais les Hollandais n'en déduisent pas moins le droit international privé du droit international public. Or, pour ceux-ci, la source du droit international privé est à chercher dans le droit international public. Les particularistes permettent enfin de se débarrasser de cet encombrant détour.

159. Consommant et consacrant la mise au tombeau de la courtoisie internationale comme fondement de l'application d'un droit étranger⁷³⁰, Kahn peut ainsi exprimer sa « conviction que l'école internationaliste repose sur des présupposés positivement faux, et

⁷²⁷ Même si Kahn se réfère déjà à Wächter comme « le plus brillant représentant de la théorie selon laquelle le droit international privé ne serait qu'une branche des différents droits civils internes » (F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, Duncker & Humblot, Munich, 1928, spéc. p.3). Mais Kahn propose un cadre extrêmement fertile, qui pourrait, en réalité, être quasiment transposé au droit international privé contemporain.

⁷²⁸ Pour l'Italie on peut penser en première ligne à Anzilotti, qui est également un auteur important de la doctrine particulariste.

⁷²⁹ Bartin ne se réfère pas à Kahn, mais Kahn a lu Bartin, d'ailleurs sans concessions (« Bartin hat sich dabei allerdings viele Blößen gegeben und in verwirrender Weise Dinge hereingezogen, welche unter ganz andere Gesichtspunkte gehören »; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. p. 317). L'on retrouve parfois des formules chez Bartin qui sont étonnamment proches d'une traduction des propos de Kahn, mais faute de pouvoir faire ici une recherche plus poussée de la gestation des travaux de chaque auteur nous nous en tiendrons à la thèse, au demeurant plausible, de la découverte simultanée du même principe par deux auteurs indépendamment l'un de l'autre.

⁷³⁰ « Zunächst ist darüber wohl heutzutage kein Zweifel, daß die Anwendung fremden Rechts nicht etwa lediglich auf einer internationalen Courtoisie beruht »; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. p. 111.

qu'elle poursuit une méthode fondamentalement erronée »⁷³¹. Se revendiquant clairement de la « positivité du droit international public »⁷³², il demande de façon provocatrice « quel est ce droit international privé de source internationale de cette école internationaliste ? Un droit des peuples qui n'a été pratiqué ou reconnu à aucun moment ni à aucun endroit, qui a été bafoué et outrepassé toujours et partout, et qui doit néanmoins continuer à exister, parce qu'il apparaît d'après les fondements généraux des théoriciens comme celui qui est correct, celui qui est inhérent à la nature des choses »⁷³³. Bartin, même si contrairement à Kahn il adopte encore une vision publiciste du droit international privé⁷³⁴, exprime la même idée quant à l'absence de pertinence du droit international public, lorsqu'il affirme qu'« à défaut d'un législateur placé au-dessus des Etats pour leur imposer des règles de conflit, ou pour fixer, dans le détail de leur application, le sens de celles qu'ils adoptent, il n'appartient qu'au législateur interne de chaque Etat, lorsqu'il se fait l'interprète du droit international privé rationnel, en s'appropriant telle ou telle règle de conflit, de marquer la mesure dans laquelle il se l'approprie »⁷³⁵.

160. Les particularistes peuvent dès lors aisément condamner les théories qui, à l'instar de Mancini, découvrent la justification du droit international privé dans des préceptes universels qui seraient imposés au titre du droit international public, puisqu'il est

⁷³¹ « Wir sind der Überzeugung, daß die internationalistische Lehre von positiv unrichtigen Voraussetzungen ihren Ausgang nimmt und daß sie eine grundsätzliche verkehrte Methode befolgt » (F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. 271), en donnant la justification : « Niemand würde glauben, daß es möglich sei, aus einigen allgemeinen Grundsätzen ein ganzes Zivilrecht abzuleiten, das so sein müsse und nicht anders sein könne. Bei unserem Privatrecht hingegen findet man es ganz natürlich, daß aus ein paar allgemeinen Begriffen, - Nationalität, Personalhoheit, Gebietshoheit, usw. - das ganze System mit zwingender Notwendigkeit in allen Einzelheiten sich ergebe » (*ibid.*, spéc. p. 272).

⁷³² « Wir sind Anhänger der Positivität des Völkerrechts » (*ibid.*, spéc. p. 275).

⁷³³ « Denn was ist das völkerrechtliche internationale Privatrecht jener [internationalistischen] Schule? Ein Völkerrecht, das nie und nirgends geübt oder anerkannt, das immer und überall missachtet und übertreten worden ist, und das alledem zum Trotz doch bestehen muss, weil es den Theoretikern nach allgemeinen Grundsätzen als das Richtige, als das Naturnotwendige erscheint » (*ibid.*, spéc. p. 274).

⁷³⁴ Ce qui est particulièrement mis en évidence par les solutions en matière de renvoi, car celles-ci sont révélatrices d'une « fausse » vision du droit international privé, c'est-à-dire publiciste et nationaliste, reposant sur l'idée d'un conflit de souverainetés et qui est impropre à permettre la coordination des systèmes et à atteindre la justice de droit international privé (*ibid.*, spéc. p. 146 : « les règles de conflit que l'Etat professe traduisent la conception qu'il se fait de la souveraineté en général et par conséquent de la sienne propre », 150 : des règles de conflit de lois « ne sont pas des règles de droit privé : ce sont au premier chef des règles de droit public, parce qu'elles traduisent avec une fidélité parfaite l'idée que [l'] Etat se fait de sa propre souveraineté, et elles ne la traduisent que parce que l'on peut les ramener par l'analyse aux faits généraux d'où l'existence même de cet Etat résulte, aux conditions génératrices de sa constitution sociale et politique » ; *ibid.*, spéc. p. 187 : « Et l'on passe d'ailleurs si aisément de l'un à l'autre que l'on ne saurait trop s'étonner que le juge résolve presque toujours, dans tous les pays civilisés, le conflit de qualification par le sacrifice du système de conflit de la loi étrangère, et résolve au contraire, par le sacrifice de son propre système de conflit, le conflit de renvoi » ; et plus loin, *ibid.*, spéc. p. 218 : « le droit international public et le droit international privé nous paraissent liés comme deux branches d'un rameau commun »).

« démontrable que la présupposition commune et suprême sur laquelle reposaient tous les systèmes internationalistes n'est pas reconnue en tant que droit international public positif, qu'au contraire elle est clairement rejetée »⁷³⁶. Kahn en tire des conséquences très cohérentes pour le droit international privé, notamment que chaque Etat auquel un rapport de droit est rattaché a potentiellement le pouvoir d'y appliquer son propre droit⁷³⁷. Cette position n'est pas pour lui le résultat d'une pétition de principe exprimant son hostilité à l'égard du droit international public. Il reconnaît en effet que face aux exigences du droit international public, « l'Etat ne doit pas procéder avec un arbitraire illimité lors de la détermination de son droit international privé »⁷³⁸. Mais Kahn est réaliste, ce qui est à cet égard l'élément caractéristique de l'école particulariste, et constate ainsi que « les contraintes posées par le droit international public sont très faibles »⁷³⁹, c'est-à-dire obligent seulement l'Etat à ne pas refuser systématiquement l'application du droit étranger et à avoir un système quelconque de droit international privé, sans imposer un système en particulier⁷⁴⁰. Kahn a également conscience de l'intérêt et de l'utilité du développement du « *völkerrechtliches internationales Privatrecht* », c'est-à-dire du droit international privé de source internationale⁷⁴¹.

161. Mais Kahn ne confond pas l'utile avec le nécessaire. S'il constate l'intérêt du détour par le commun constitué par le droit international public, il n'en fait pas une exigence scientifique fondant le droit international privé. Il se réfère pourtant, tout comme Bartin, à une approche scientifique, et donc universelle, du droit international privé, ce qui est particulièrement évident lorsqu'il analyse le renvoi comme « un problème de nature universelle, qui doit être résolu de façon universelle et uniforme, non par l'édition de lois qui

⁷³⁵ *Ibid.*, spéc. p. 24.

⁷³⁶ « Es lässt sich dartun, daß die gemeinschaftliche und oberste Voraussetzung, von welcher all diese [internationalistischen] Systeme ausgehen, als geltendes Völkerrecht nicht anerkannt, sondern viel mehr deutlich verworfen ist » ; *ibid.*, spéc. p. 282.

⁷³⁷ « Man kann also nur sagen : Potentielle Gesetzgebungsmacht gegenüber einem beliebigen Rechtsverhältnis besteht im allgemeinen für jeden Staat, in welchem das Rechtsverhältnis eine Anknüpfung hat » ; *ibid.*, spéc. p. 283.

⁷³⁸ « Wir erkennen also, daß der Staat bei der Festsetzung seines internationalen Privatrechts nicht mit unbegrenzter Willkür verfahren darf » ; *ibid.*, spéc. p. 285-286.

⁷³⁹ « Offenbar sind aber diese völkerrechtlichen Schranken sehr weiter Natur » ; *ibid.*

⁷⁴⁰ C'est-à-dire ne pas désigner le droit étranger de façon arbitraire, ce qui revient finalement à dire, dans un langage contemporain, que le droit applicable doit être déterminé conformément aux exigences de l'Etat de droit. D'où l'existence pour Kahn d'un ordre public « véritablement international » (« etwas wirklich Internationales », *ibid.*, spéc. p. 289) qui relève exclusivement du droit international public (*ibid.*, spéc. p. 290), lequel n'est ni exclusivement « européen », ni même limité aux pays de « civilisation chrétienne » (« daß das Völkerrecht kein exklusiv "europäisches" ist, daß es auch unmöglich auf "christliche Völkerstaaten" beschränkt bleiben kann, dürfte heutzutage nicht mehr zweifelhaft sein » ; *ibid.*, spéc. p. 289).

⁷⁴¹ « Eine erheblich vergrößerte Entwicklung des völkerrechtlichen internationalen Privatrechts scheint uns deshalb nicht nur möglich, sondern ebenso wahrscheinlich wie wünschenswert » ; *ibid.*, spéc. p. 292.

ne disent rien et ne veulent rien dire, mais par le sens et l'esprit des normes de droit international privé en tant que tel, par la nature des choses »⁷⁴². Sauf que cette approche scientifique condamne justement la possibilité de fonder le droit international privé sur le droit international public. Kahn prolonge ce réalisme par l'analyse qu'il fait des tentatives d'unification internationale, au sujet desquelles il constate d'emblée que « l'âge d'or d'un droit mondial unifié est et reste une utopie »⁷⁴³, puisque « les structures fondamentales du droit que sont le droit des personnes, des biens, de la famille et des successions, ne peuvent être détachées de leurs racines territoriales[, en raison du fait que] les liens entretenus par celles-ci avec les évolutions historiques, les nécessités locales et nationales, les opinions religieuses et sociales, la façon d'être et les mœurs du peuple sont inséparables, et le resteront, autant que l'on puisse le prévoir, pour toujours »⁷⁴⁴. Mais même si de ce constat résultent d'évidentes difficultés pour faire aboutir l'unification internationale⁷⁴⁵, Kahn peut néanmoins conclure de façon optimiste qu'il voit « la réalisation d'un droit international privé unifié à portée de mains. Pour la première fois pouvons-nous espérer atteindre, pour autant qu'il soit atteignable, l'objectif, déjà désigné par Savigny, "que la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé" »⁷⁴⁶. L'Ecole particulariste n'est donc pas par définition réfractaire à la prise en considération d'objectifs internationalistes. Elle constate simplement, sur la base de démonstrations scientifiques, que « la conception de la nature du droit international privé qui est correcte est celle d'un droit interne et national, et non pas international »⁷⁴⁷.

⁷⁴² « Ein Problem allgemeiner Natur, welches auch allgemein und gleichförmig zu lösen ist, nicht durch Pressen nichtssagender und nichts sagen wollender Gesetzesworte, sondern aus Sinn und Geist der Normen über internationales Privatrecht als solcher, aus der Natur der Sache » (*ibid.*, spéc. p. 18).

⁷⁴³ « Das goldene Zeitalter eines einheitlichen Weltrechtes ist und bleibt eine Utopie » ; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 2, préc., note 728, spéc. p. 4.

⁷⁴⁴ « Man weiss, daß der Grundstock des Rechtes, das Personen-, Sachen-, Familien-, Erbrecht, von seinen territorialen Wurzeln sich nicht losreißen lässt ; daß seine Verbindung mit geschichtlichen Entwicklungen, mit lokalen und nationalen Bedürfnissen, religiösen und sozialen Anschauungen, mit Volkesart und –sitten eine untrennbare ist und voraussichtlich für alle Zeiten bleiben wird » ; *ibid.*

⁷⁴⁵ « Sollen die Regeln über Abgrenzung der verschiedenen Rechtsordnungen untereinander – die Kollisionsnormen – rechten Sinn und Zweck haben, so müssen wir danach streben, sie in allen Kulturländern gleichmäßig zu gestalten. Das lässt sich aber in einigermaßen gesicherter Weise nur erreichen durch universelle Staatsverträge » (*ibid.*, spéc. p. 5). Traités internationaux d'autant plus difficile à obtenir qu'il faut qu'ils soient adaptés à tous les Etats, mais ne peuvent atteindre leur objectif qu'à condition d'être adopté par tous les Etats, ce qui constitue la quadrature du cercle...

⁷⁴⁶ « Wir sehen die Verwirklichung eines einheitlichen internationalen Privatrechts in greifbare Nähe gerückt. Zum ersten Male dürfen wir auf die Erreichung jenes schon von Savigny bezeichneten Zieles, soweit es überhaupt erreichbar ist, hoffen : "daß die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Kollision der Gesetze, dieselbe Beurteilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen werde" » ; *ibid.*, spéc. p. 36.

⁷⁴⁷ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. 6 : « die Auffassung von der Natur des internationalen Privatrechts, welche wir für die richtige halten, als eines internen und nationalen, nicht internationalen Rechts ».

162. Les particularistes peuvent ainsi chercher la véritable source du droit international privé, puisque « le droit international public ne donne pas, ou à tout le moins que d'une façon tout à fait insuffisante, les moyens pour délimiter l'empire des différents ordres juridiques entre eux »⁷⁴⁸. Dès lors que chaque Etat « a seul qualité sur son territoire pour définir sa propre souveraineté et pour limiter l'empire de ses lois civiles, définition et limitation d'où résultent pour lui, à la fois, les règles générales du droit international privé qu'il admet et l'application pratique de ces règles à telles ou telles institutions »⁷⁴⁹, il faut rechercher les règles de conflit « dans les ordres juridiques nationaux »⁷⁵⁰. Les particularistes permettent ainsi de découvrir le droit international privé dans la singularité de chaque ordre juridique, ce qui non seulement leur permet de concevoir le droit international privé de façon cohérente par rapport aux exigences nouvelles de la science du droit, mais leur permet surtout de prendre conscience de la valeur axiomatique pour le droit international privé de la singularité de chaque ordre juridique national.

B La prise de conscience de la conception nécessairement singulière du droit international privé

163. Deux formules des particularistes reflètent particulièrement bien la prise de conscience de l'origine nationale du droit international privé. D'un côté, selon Franz Kahn, « chaque norme substantielle projette son ombre de droit international privé »⁷⁵¹. Et de l'autre côté, selon Etienne Bartin, « les règles de conflit sont des règles nationales [qui] restent liées [aux institutions de droit interne] comme l'ombre au corps, parce qu'elles sont la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international »⁷⁵². L'origine du droit international privé est donc à chercher dans le droit national, et non dans le droit international⁷⁵³. La conséquence en est qu'« il faut partir de la base solide de l'ordre juridique matériel, et c'est ce que l'on a, au moins inconsciemment, toujours fait quand il s'agissait de

⁷⁴⁸ *Ibid.*, spéc. p. 295 : « Das Völkerrecht liefert uns nicht, oder wenigstens nur in ganz unzulänglicher Weise, die Mittel, um die Herrschaft der verschiedenen Rechtsordnungen untereinander abzugrenzen » ; pour poursuivre : « Wir müssen diese Kollisionsnormen also in unserer nationalen Rechtsordnung suchen » (*ibid.*).

⁷⁴⁹ E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 76.

⁷⁵⁰ « Wir müssen diese Kollisionsnormen also in unserer nationalen Rechtsordnung suchen » ; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. 295.

⁷⁵¹ « Jede Sachnorm wirft ihren privatinternationalen Schatten » ; *ibid.*, spéc. p. 293 ; également : « Die Kollisionsnormen verhalten sich zu dem materiellen Rechte wie der Rahmen zum Bilde » ; *ibid.*, spéc. p. 298.

⁷⁵² E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, préface, spéc. p. II.

⁷⁵³ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. 292 : « Die innerstaatlichen Kollisionsnormen, nicht die überstaatlichen, sind das Ursprüngliche ».

résoudre en pratique ou en théorie une question de conflit de lois »⁷⁵⁴. Les particularistes procèdent alors à un inversement de la logique du droit international privé qui est à proprement parler fondamental : « Le droit matériel constitue aussi bien le point de départ que d'arrivée de la science du droit international privé. [...] On a développé, et développe quotidiennement de nouveau, chaque norme de conflit sur la base de la règle matérielle. Vouloir construire un droit international privé sans ce support du droit matériel signifierait le construire à l'image d'un château de cartes qui s'écroule dès la première brise »⁷⁵⁵. Le droit international privé n'est donc plus à concevoir sur le fondement d'un universel qui s'imposerait aux Etats. Il doit désormais être conçu par chaque Etat pour son propre compte, ce qui signifie aussi que le point de départ du raisonnement est l'Etat, dans toute la singularité qui le caractérise. Bartin exprime très bien cette idée quand il affirme que « les règles supérieures et les notions juridiques d'où découle aux yeux [de l'Etat] l'obligation [d'appliquer un droit étranger] ne lui étant point imposées par une autorité de fait existant au-dessus de lui et par conséquent en dehors de lui, – ce que personne ne contestera, – c'est lui qui les formule pour lui-même »⁷⁵⁶. Dès lors « chaque Etat donne à la souveraineté la mesure qu'il croit devoir lui donner ; donc, chaque Etat est maître de sa conception de la souveraineté, puisque personne n'a qualité pour la formuler autrement qu'il ne le fait, et s'il est maître de sa conception de la souveraineté, il l'est également des obligations que cette conception entraîne à sa charge »⁷⁵⁷.

164. Si l'Etat est l'auteur du droit international privé, cela signifie évidemment que pour chaque Etat singulier, il y aura désormais un droit international privé singulier, ce qui constitue déjà une première vraie rupture par rapport aux doctrines précédentes qui prétendaient trouver un droit international privé universel qui s'impose à tous les Etats. Chaque Etat est désormais libre de découvrir son propre système de droit international privé. Mais les particularistes approfondissent cette idée de la singularité du droit international privé

⁷⁵⁴ « Von der festen Basis der materiellen Rechtsordnung muss man ausgehen, und ist man, zum mindesten unbewusst, immer ausgegangen, sobald es sich darum handelte, eine Kollisionsfrage praktisch oder theoretisch zu entscheiden » ; *ibid.*, spéc. p. 299.

⁷⁵⁵ Le texte original se référant à « la construction d'un clocher dans le vide » (« Das materielle Recht bildet sowohl Ausgangspunkt wie Endpunkt der privatinternationalen Untersuchung. [...] Aus der Sachnorm heraus hat man jede Kollisionsnorm entwickelt, und entwickelt man sie täglich neu. Ohne diese materielle Unterlage ein internationales Privatrecht konstruieren zu wollen, hieße einen Kirchturm in die leere Luft stellen »), I, 300.

⁷⁵⁶ « ... en les formulant idéalement pour tous les Etats investis d'une souveraineté égale à la sienne et qu'il juge de même nature que la sienne » (E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 15), l'Etat accepte les règles du droit international privé (encore faussement analysées comme limitations de souveraineté, mais l'essentiel est ailleurs) « parce qu'il les croit justes » (*ibid.*).

⁷⁵⁷ *Ibid.* spéc. p. 16.

de façon à donner une orientation tout à fait nouvelle au droit international privé, qui en fait un droit nécessairement particulier à chaque ordre juridique. Cela leur permet de résoudre l'épineuse question de la qualification⁷⁵⁸, autour d'une qualification opérée *lege fori*⁷⁵⁹. Mais cela leur permet surtout de constater que « le droit international privé suppose la coexistence de lois civiles différentes, [puisqu'] l'unification des différentes législations civiles, en levant l'obstacle permanent qui s'oppose à sa propre unification, l'aurait par là même rendu inutile »⁷⁶⁰. Par conséquent, « le droit international privé restera donc nécessairement particulariste, puisque la condition dernière de son unification, si elle se réalisait jamais, le réduirait au suicide. Les différents Etats civilisés pourront bien s'entendre sur les règles générales de solution aux conflits de lois, leur accord n'ira pas plus loin. Chacun d'eux conservera toujours un système particulier de solution des conflits de lois, parce que chacun d'eux, pour me servir d'une métaphore ingénieuse qui cache une pensée profonde, regardera toujours le droit international privé à travers le prisme de son droit national »⁷⁶¹. Le particularisme du système qui exprime parfaitement la dimension singulière du droit international privé est alors érigé en « fondement inébranlable du droit international privé moderne »⁷⁶².

165. Que ce particularisme soit porteur d'un important risque d'exclusivisme de l'ordre juridique du for n'échappe pas aux particularistes, et Kahn se montre très vigilant à cet égard. Il constate ainsi que si le seul intérêt à prendre en considération était celui de la justice matérielle, chaque ordre juridique pourrait très bien se contenter de l'application systématique de sa loi interne. Ce qui motive néanmoins l'ordre juridique national à reconnaître l'application d'un droit étranger sont des considérations qui « directement n'ont rien à voir

⁷⁵⁸ Encore que la question du renvoi, également clairement mise en avant, reçoive des réponses plus décevantes, surtout chez Bartin (cf. *supra*, note 559).

⁷⁵⁹ E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 16 :

« Les tribunaux saisis de la question de savoir quelle est la nature juridique d'un rapport de droit [...] emprunteront toujours la définition juridique de ce rapport à leur propre loi » ;

et F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. p. 96-97 :

« Wenn es keinen naturnotwendigen Inhalt der Rechtsverhältnisse gibt, wenn demnach die Natur der Rechtsverhältnisse, aus der wir alle Sätze des internationalen Privatrechts abstrahieren, ihre Quelle in den einzelnen Territorialrechte hat – denn eine andere, etwa internationale, Quelle der Rechtssätze des Privatrechts selbst behauptet wohl niemand – so muss es häufig vorkommen, daß für Rechtsverhältnisse verschiedener Territorien ein verschiedener privatinternationaler "Sitz" abzuleiten ist, obgleich diese Rechtsverhältnisse eine weitgehende Wesensverwandtschaft haben ».

⁷⁶⁰ E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 77.

⁷⁶¹ Voy. p. ex. E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 78-79 : « Les règles du droit international privé, même à supposer qu'elles soient jamais uniformément codifiées pour tous les Etats civilisés, conserveront nécessairement, dans chaque Etat [...] une physionomie propre et originale, et comme une forme dissymétrique à l'égard de toutes les autres ».

avec ses valeurs matérielles », au premier rang desquelles figure « le respect de la sécurité juridique internationale »⁷⁶³. Il ne perd donc pas de vue que « l'idéal et l'objectif de tout le droit international privé est l'harmonie internationale des solutions »⁷⁶⁴. La singularité n'exclut donc pas la prise en considération d'objectifs spécifiquement internationaux ! Kahn plaide alors pour une bilatéralité de la règle de conflit la plus grande possible⁷⁶⁵, tout en insistant sur son importance pour l'école nationaliste, qui ne doit pas « tomber dans les travers national-particularistes »⁷⁶⁶. Il reconnaît au contraire « la fausseté du point de vue exclusiviste-national »⁷⁶⁷. Et même s'il concède, à juste titre, que l'harmonie internationale des solutions ne peut pas être atteinte de façon absolue, soit en raison des différences des systèmes de droit international privé entre Etats⁷⁶⁸, soit en raison de la prévalence de considérations matérielles de l'ordre juridique du for⁷⁶⁹, il n'en défend pas moins, pour favoriser l'harmonie internationale des solutions, une méthode comparative fondée sur la comparaison des droits matériels, méthode qui serait pour lui le « fondement du droit international privé »⁷⁷⁰. Kahn soutient ainsi que « même s'il n'y a pas de code international et

⁷⁶² *Ibid.* spéc. p. 82.

⁷⁶³ « Wenn es sich darum handeln würde, jeweils diejenige Entscheidung zu treffen, welche unserem Gesetzgeber als die sachlich richtigste erscheint, so könnten wir ruhig in den bei uns anhängigen Fällen unser eigenes Recht nahezu ausschließlich anwenden. Was den Gesetzgeber in erster Reihe treibt, fremdes Recht anzuwenden, sind Erwägungen, welche unmittelbar mit seinem materiellen Willen nichts zu tun haben. Zunächst kommt für ihn in Betracht die Rücksichten der internationalen Rechtssicherheit » (F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. p. 309) ; puis « Wir sehen also, daß die Kollisionsnorm, so enge sie auch mit der Sachnorm zusammenhängt, doch durchaus nicht der reine Ausdruck der Herrschaftstendenz unserer Rechtsordnung ist » (*ibid.*).

⁷⁶⁴ « Ideal und Ziel alles internationalen Privatrechts ist die Gesetzesharmonie », précisant que « Man darf sich nicht verleiten lassen, diesem Ideal zuliebe im einzelnen Regeln zu befolgen, die in sich widerspruchsvoll und undurchführbar sind. Wohl aber muss man versuchen, die Regeln selbst so zu fassen, daß sie jenem Ideal möglichst nahe kommen » (*ibid.*, spéc. p. 391).

⁷⁶⁵ En tant que « Richtschnur der Ausdehnungsgleichheit » (*ibid.*, spéc. p. 311).

⁷⁶⁶ « Erheblich wird dies ganz besonders für die nationalistische Schule, deren Anhänger sonst leicht in Versuchung kommen, allzu ausschließlich die von den inländischen Sachnormen angestrebten Ziele im Auge zu behalten und dabei auf national-partikularistische Abwege zu geraten, welche mit verwirrenden uns sonst wohl vermeintlichen Gesetzeskollisionen überdeckt sind » (*ibid.*).

⁷⁶⁷ Caractérisé comme la position des « Konsequente Anhänger der nationalistischen Richtung gelangen vielfach zu der Vorstellung, daß das internationale Privatrecht sich ausschließlich aus der Betrachtung der inländischen materiellen Rechtsordnung ableiten lasse » (*ibid.*) ; « Wir erkennen [...] die Unrichtigkeit jenes oben charakterisierten exklusiv-nationalen Standpunktes. Wenn Kollisionsnormen bestehen und bestehen müssen, speziell auch für solche Rechtsinstitute, die unserem inländischen Privatrecht ganz unbekannt sind und völlig aus diesem Rahmen herausfallen, so versagt eine Methode, welche ein erschöpfendes internationales Privatrecht aus der isolierten Betrachtung unserer Sachnormen herauslesen will » (*ibid.*, spéc. p. 315).

⁷⁶⁸ Sur l'impossibilité d'atteindre l'harmonie internationale de façon absolue : « Wollte man sich bestreben, jedes Recht seiner Tendenz nach anzuwenden, so käme man nicht zu einem internationalen Privatrecht, man käme überhaupt zu keinem Recht, sondern zu einem allgemeinen Wirrwarr » (*ibid.*, spéc. p. 318).

⁷⁶⁹ Autre limite à l'harmonie internationale des solutions : « Die Zwecke des heimischen Rechts liegen uns so viel näher, erscheinen uns so vergrößert, daß wir glauben, sie zugunsten der Gesetzesharmonie noch nicht aufgeben zu dürfen » (*ibid.*, spéc. p. 319).

⁷⁷⁰ « Die materielle Rechtsvergleichung ist und bleibt das Fundament des internationalen Privatrechts » (*ibid.*, spéc. 316) ; et aussi : « Eine Rechtsvergleichung hat [...] überall zugrunde gelegen » (*ibid.*, spéc. 315) et

de système international de règles de conflit, l'existence d'une science internationale n'en reste pas moins une nécessité pour notre discipline : une science internationale dont l'unité n'est pas fondée sur une uniformité des résultats, mais sur une uniformité de la méthode »⁷⁷¹. Par conséquent, « le droit international privé est du droit national ; néanmoins, pour l'étudier et le faire progresser, le recours à des méthodes internationales est indispensable »⁷⁷².

166. Kahn veut donc que se développe, sur le fondement de la singularité du droit international privé, une méthode universelle, ce qui montre bien la fertilité du concept d'universel, qui est à opposer ici à l'esprit de fermeture du concept de communauté, qui prend encore une place déterminante dans le système de Bartin⁷⁷³. Kahn donne ainsi une conception

« ebensowenig haben sich aus der Betrachtung eines einzigen materiellen Privatrechts Kollisionsnormen gebildet », « notwendige und unerlässliche Voraussetzung allen internationalen Privatrechts ist die Kenntnis nicht nur einer, sondern mehrerer materieller Privatrechtsordnungen » (*ibid.*, spéc. p. 315).

⁷⁷¹ « Wenn es auch keinen internationalen Kodex und kein internationales System von Kollisionsnormen gibt, so bleibt darum doch eine internationale Wissenschaft für unsere Disziplin eine Notwendigkeit ; eine internationale Wissenschaft, deren Einheit begründet ist nicht in durchgängiger Gleichheit der Resultate, wohl aber in einer durchgängigen Gleichheit der Methode » (*ibid.*, spéc. p. 322. Cette idée sera plus tard repris dans des termes assez proches par Bruno Oppetit.

⁷⁷² Intégralement : « Das internationale Privatrecht gilt, von wenigen allgemeinsten Regeln abgesehen, heutzutage nicht auf Grund eines völkerrechtlichen Zwanges. Es ist vielmehr nationales Recht und wird dies seinem größeren Teile nach auch in Zukunft bleiben. – Allein für Ermittlung und Auslegung des privatinternationalen Willens eines Gesetzgebers genügt nicht eine exklusive Betrachtung seiner eigenen materiellen Rechtsordnung, nötig ist vielmehr eine fortgesetzte Vergleichung derselben mit den entsprechenden fremdländischen Sachnormen ; und nötig ist die unablässige Beobachtung unseres Kompasses der Gesetzesharmonie. Das internationale Privatrecht ist nationales Recht ; zu seiner Erforschung und Entwicklung aber bedarf es internationaler Methoden » et « als seine oberste Regel könnte man den Satz aufstellen : Erstrebt werden diejenigen Kollisionsnormen, bei welchen unter Aufgabe des Minimums von nationales Rechtszwecken ein Maximum von internationaler Gesetzesharmonie erreicht wird » (*ibid.*)

⁷⁷³ Concept de communauté auquel Bartin confère dans son étude sur l'ordre public et la communauté internationale une importance tout à fait incohérente par rapport au concept du particularisme qu'il a antérieurement développé dans l'analyse des qualifications. En affirmant que « les règles ordinaires des conflits de lois se rattachent à une présomption de communauté juridique entre l'Etat auquel appartient le juge et l'Etat étranger auquel appartient la loi normalement compétente » (E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 191), il soutient, alors qu'antérieurement il faisait du particularisme le fondement du droit international privé, que « tout le droit international privé repose sur la notion de communauté juridique » (*ibid.*), « notion de communauté internationale sur laquelle repose le droit international privé tout entier » (*ibid.* spéc. p. 226). L'idée de communauté est alors pris dans un sens très colonialiste, incompatible avec toute idée d'universel. « Le lien qui unit [les Etats] ne se justifiant que par le développement des relations internationales entre eux, ces relations n'étant d'ailleurs possibles qu'entre Etats parvenus à un degré sensiblement égal de civilisation, il en résulte que ce lien ne s'étend pas, pour un Etat donné auquel il s'applique, à tous les peuples de la terre, mais seulement à ceux que représente un Etat de même culture et de même civilisation que le premier » (*ibid.* spéc. p. 217-218) et que l'application des règles du droit international privé « est nécessairement étrangère aux Etats dont le degré inférieur de civilisation ne permet pas de les comprendre dans la société internationale présumée que ces règles supposent : ces Etats en sont exclus » (*ibid.* spéc. p. 218).

On voit là très clairement l'impasse dans laquelle mène un droit international privé fondé sur la communauté, et non l'universalité ! L'absence de véritable droit international privé, même de toute idée de droit à vrai dire, est la conséquence du « système » de Bartin. Obéissant à des considérations d'équité qui ne prennent leur source que dans la nature de l'Etat étranger auquel ce rapport de droit se rattache, le juge qui doit en connaître, et qui devrait normalement lui appliquer les dispositions de sa propre législation, se dégagera lui-même et l'affranchira de certaines de ces dispositions, parce qu'elles ne sont pas en harmonie avec la civilisation rudimentaire du milieu où s'est développé le rapport de droit litigieux. La substitution ne se produira plus au profit de la loi du juge

du droit international privé qui est parfaitement d'actualité, et qui mérite pour cette raison d'être citée assez longuement : » Le droit international privé naît du droit matériel, de ses tendances et de ses objectifs. Mais cela ne doit pas être compris – comme cela fut généralement le cas de la part de l'école nationaliste – comme s'il était possible de déduire de façon conclusive tout le droit international privé des normes matérielles d'un droit positif. [...] En principe, aucune détermination du champ d'application des lois dans l'espace ne résulte des seules normes substantielles. La plupart des lois ont une vocation d'application dans l'espace illimitée, ou du moins indéterminée ; les lois sont formulées d'une façon dont le législateur estime qu'elle est adaptée universellement à ce genre de relations. Si le législateur renonce néanmoins à leur application universelle, cela n'est pas dû à une limitation immanente de la volonté d'application de sa propre loi, mais à d'autres raisons : cela est dû à la nécessaire prise en compte de la sécurité juridique internationale. [...] Toute règle de conflit résulte de la conciliation de deux forces : d'un côté, les objectifs et tendances du droit matériel ; de l'autre côté, la recherche de l'harmonie internationale des solutions »⁷⁷⁴.

saisi, évinçant exceptionnellement la loi étrangère normalement applicable à ce rapport de droit, mais seulement au profit d'une certaine conception du droit naturel, évinçant exceptionnellement la loi même du juge saisi considérée comme normalement applicable à ce rapport » (*ibid.* spéc. p. 230-231), « l'Etat auquel appartient le juge saisi n'étant pas en communauté internationale avec celui dont cette loi ou ces ressortissants dépendent, les règles ordinaires de conflit seraient ici déplacées, et le juge est dès lors autorisé à prendre, à l'égard de cette loi ou de ces ressortissants, des libertés incompatibles avec le sens et les conséquences de ces règles » (*ibid.* spéc. p. 232).

L'approche de Bartin est donc à cet égard tout à fait décevante, car il fait encore de la communauté entre les Etats le fondement du droit international privé, et en son absence refuse l'existence du droit international privé, alors que l'apport du particularisme est justement de permettre l'acception singulière, et non pas commune, du droit international privé. La différence entre Savigny et Bartin est d'ailleurs saisissante, car Savigny évoque une communauté de droit (de droit international public, pour être précis), là où Bartin évoque « un lien de communauté internationale » (*ibid.* spéc. p. 272 et 278) qui évacue toute référence au droit pour se limiter à une communauté matérielle, des pays « civilisés ». Mais le concept de communauté s'en trouve profondément bouleversé, car Bartin en retient une acception trop restrictive, ce qui ne fait que souligner que la communauté, telle que l'entend Bartin, ne peut pas être le fondement du droit international privé.

⁷⁷⁴ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. p. 493-494 :

« Aus dem materiellen Rechte heraus, aus dessen Tendenzen und Absichten wächst das internationale Privatrecht. Dies darf aber nicht so verstanden werden – wie es meist von der nationalistischen Schule verstanden worden ist –, als ob es möglich sei, aus den materiellen Normen eines positiven Rechtes konkludenterweise das ganze internationale Privatrecht abzuleiten. [...] Die Regel ist, daß aus der Sachnorm an sich eine feste Grenzbestimmung sich nicht ergibt. Die meisten Gesetze haben eine örtlich uneingeschränkte oder mindestens unbestimmte Tendenz ; sie werden erlassen, wie sie dem Gesetzgeber ganz allgemein für derartige Verhältnisse recht und billig erscheinen. Wenn der Gesetzgeber trotzdem davon absieht und davon absehen muss, sie innerhalb seines Bereiches allgemein zur Durchführung und Anwendung zu bringen, so liegt dies nicht an einer immanenten Beschränkung seines Herrschaftswillens, sondern an ganz anderen Gründen : an der notwendigen Rücksichtnahme auf die internationale Rechtssicherheit. [...] Jede Kollisionsnorm ist die Resultante aus zwei Kräften ; einerseits : Sinn und Tendenz der materiellen Rechtsordnung ; andererseits : das Streben nach internationaler Gesetzesharmonie ».

167. Kahn et Bartin montrent ainsi à la fois le caractère axiomatique de la singularité du droit international privé et son caractère insuffisant pour concevoir le droit international privé. Le premier réussit à construire un système de droit international privé pleinement convaincant en mobilisant les ressources d'une méthode qui, en partant du présupposé de la singularité du droit international privé, ne s'en veut pas moins universelle, et qui, notamment à travers l'exigence de la méthode comparative, ouvre le singulier au pluriel⁷⁷⁵. Le second conçoit son système par le recours incohérent au concept de communauté, le fait que cette communauté soit entendue de façon très inadaptée n'étant au demeurant pas étranger aux malfaçons de son système. Bartin illustre ainsi déjà les dangers que véhicule la démarche particulariste qui risque de mener à un nationalisme incompatible avec les objectifs du droit international privé. Il est évidemment regrettable que dans le contexte politique de la première moitié du XX^e siècle, ce soit surtout Bartin qui ait été suivi par la doctrine du droit international privé⁷⁷⁶. Avant de pouvoir approfondir l'étude des fondements du droit international privé contemporain, il convient donc d'analyser les risques véhiculés par l'acception singulière du droit international privé.

II Les dangers de la conception singulière du droit international privé

168. La montée des mouvements nationalistes lors de la première moitié du XX^e siècle est favorable à une prise en compte grandissante de la dimension singulière du droit international privé. Face au caractère logiquement fondamental de la singularité du droit international privé, cette évolution n'étonne d'ailleurs guère. On assiste ainsi à la mise au tombeau définitive de la conception d'un droit international privé imposé aux Etats, « cette

⁷⁷⁵ Kahn est favorable à un rapprochement des législations et une unification internationale du droit international privé (F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, préc., note 730, spéc. 121-122) et révèle même une grande faveur à la méthode comparative, qui donnera lieu plus tard à la « troisième école » de Rabel, « Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht » (*ibid.*, spéc. p. 491 à 503) ; mais constate tout de même l'existence d'irréductibles particularités (*ibid.*, spéc. p. 122-123), dont il déduit que « der "einzig und unwandelbare Maßstab des Rechts", welcher angeblich in jedem Rechtsverhältnis selbst ruhen muß, ist und bleibt wie das einzige und einige die ganze Menschheit verbindende Weltrecht eben doch nur ein schöner Traum » (*ibid.*, spéc. p. 123, précité et traduit *supra*).

⁷⁷⁶ Kahn a certes très fortement influencé la terminologie allemande de droit international privé, dont il est en grande partie à l'origine. Ses idées n'ont pourtant pas connu, en droit positif, le succès qu'elles auraient mérité, compte tenu du fait qu'elles ont été et sont incroyablement fertiles et bien formulées. Voy. sur l'œuvre à la fois de Kahn et de Bartin not. H. WEBER, *Die Theorie der Qualifikation : Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890-1945)*, Mohr Siebeck, 1986, spéc. p. 7- 52 ; L. A. MISTELIS, *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht : zur Lehre einer parteispezifischen Qualifikation im Kollisionsrecht der privaten Wirtschaft*, Mohr Siebeck, 1999, spéc. p. 37- 52.

conception d'après laquelle le droit international privé serait un droit supranational, c'est-à-dire un droit entièrement différent de celui des Etats, mais qui serait vraiment leur droit commun, leur droit positif, le droit des gens pour les relations des individus, [et qui] suppose ce qui n'existe pas ou ce qui existe à l'état tout à fait faible, c'est-à-dire une organisation internationale super-étatique »⁷⁷⁷. Mais le contexte de l'époque ne se contente pas d'être favorable à la consolidation de la singularité du droit international privé. Il tend également, autour d'un nationalisme de plus en plus marqué, à favoriser les excès d'un droit international privé construit autour des seuls intérêts politiques nationaux. Ce nationalisme mène cependant le droit international privé dans l'impasse, puisque les intérêts propres des relations privées internationales sont purement et simplement ignorés aux dépens des seuls intérêts, conçus étroitement, des ordres juridiques internes (A). Techniquement, l'acception singulière du droit international privé mène en outre à un unilatéralisme du droit international privé qui ne permet pas d'organiser une coordination satisfaisante entre les divers ordres juridiques concernés par une relation privée internationale (B).

A L'impasse du nationalisme

169. L'auteur le plus caractéristique des excès qui résultent d'un poids exagérément important attribué à la singularité du droit international privé est Jean-Paulin Niboyet⁷⁷⁸. Niboyet affirme clairement que « le droit international privé n'est pas du droit international », mais qu'il a au contraire une nature résolument nationale⁷⁷⁹, et que « c'est la position positive, celle du particularisme ou du nationalisme, et non pas du tout celle de l'universalisme, qui s'impose »⁷⁸⁰. Il s'inscrit ainsi clairement dans la voie ouverte par Bartin et Kahn, et sa position reprend de façon cohérente leur apport quant à une conception singulière du droit international privé. Mais il poursuit en énonçant qu'« étant donné la position de la France et son histoire en la matière, la règle française de solution des conflits doit être adaptée au milieu français, elle ne peut être une règle internationale, elle doit être dogmatique, particulariste et synthétique, [qu'] il lui faut affirmer une idée politique, car le droit international privé est une

⁷⁷⁷ J. P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Recueil Sirey, Paris, 1949, spéc. p. 55.

⁷⁷⁸ Sur l'œuvre duquel, voyez notamment P. FRANCESKAKIS, « Permanence de l'œuvre de Niboyet », reproduit dans *La pensée des autres en droit international privé : comptes rendus bibliographiques (1946-1984), réunis en hommage à leur auteur*, coll. Annales / Université Aristote de Thessalonique, Faculté de droit, n°1, Université Aristote de Thessalonique, Thessalonique, 1985, p. 443 à 461.

⁷⁷⁹ P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 2^e éd., Recueil Sirey, Paris, 1949, spéc. p. 54-56.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, spéc. § 374, p. 337.

discipline de caractère politique qui traduit la politique d'un Etat pour les relations internationales [et qu'] en ce qui concerne la France, c'est donc l'intérêt politique français qui doit être primordial »⁷⁸¹. Il postule donc que l'Etat est absolument libre, et en déduit qu'il peut faire primer ses intérêts nationaux, tout en renonçant à l'idée que le droit international privé doit réaliser la justice dans les relations privées internationales. Car si l'objectif était de réaliser cette justice, le pouvoir de l'Etat se trouverait nécessairement limité, sans que ce fût nécessairement par le droit international public, mais au titre de l'exigence de la justice. Il s'inscrit ainsi clairement dans un positivisme qui n'accepte pas la limitation du pouvoir législatif de l'Etat.

170. Niboyet ne cherche d'ailleurs même pas à enserrer le droit international privé dans le respect des exigences rationnelles d'une méthode⁷⁸². Il pose au contraire clairement qu'« il convient de s'efforcer de connaître le mieux les nécessités de chaque pays sur la base des faits, et non des idées »⁷⁸³ et en déduit que « le droit international privé n'est jamais que la conception que chaque Etat se fait au sujet de cette branche du droit [...] où l'intérêt public de chaque Etat est le seul guide de sa législation. Libre à certains de s'imaginer ou de laisser accroire que la législation de leur pays s'inspire de considérations universelles et désintéressées. Ce sont là simplement des façades qui n'empêchent pas qu'existe une toile de fond, essentiellement nationale, et c'est elle seule que nous devons considérer »⁷⁸⁴. Le nationalisme de Niboyet est évident, d'autant que l'auteur marque très clairement la nécessité qui existe selon lui d'avoir une vision profondément politique du droit international privé. La conception du droit international privé de Niboyet repose ainsi sur « un jugement de valeur, extra-juridique, donnant proprement à la prééminence de la loi interne valeur de postulat »⁷⁸⁵. Le paradoxe face à cette revendication en faveur de la singularité du droit international privé est que Niboyet n'en défend pas moins la « nécessité d'une conception dogmatique »⁷⁸⁶. On retrouve l'attachement à l'universel de façon très forte lorsqu'il cite Vareilles-Sommières, qui avait affirmé que « le principe de la réalité des lois tel qu'il doit être compris, tel qu'il est en vérité, est le fondement nécessaire du droit international privé ; il n'a rien de féodal, rien

⁷⁸¹ *Ibid.*, spéc. § 448, p. 422 :

⁷⁸² Ce qui limiterait déjà le pouvoir normatif de l'Etat, mais évidemment moins restrictivement que l'exigence de la réalisation de la justice.

⁷⁸³ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, § 919, p. 198.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, spéc. § 919, p. 199-200.

⁷⁸⁵ P. FRANCESCOAKIS, « Permanence de l'œuvre de Niboyet », préc., note 781, spéc. p. 451.

⁷⁸⁶ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, spéc. § 920, p. 200 à 204.

d'accidentel ; il est de tous les temps et de tous les pays[;] il est de droit naturel, donc universel et perpétuel »⁷⁸⁷ ou qu'il marque clairement son attachement à faire prévaloir le principe de territorialité « dans une économie quelconque »⁷⁸⁸. Ainsi se comprend également un de ses derniers articles dans lesquels il répond affirmativement à la question de savoir si « l'universalité des règles de solutions des conflits de lois est [...] réalisable sur la base de la territorialité »⁷⁸⁹.

171. De façon très révélatrice de la vision exagérément fermée qui résulte de ce nationalisme pour le droit international privé, Niboyet déclare ainsi que « vu l'esprit politique qui doit dominer [la matière du droit international privé], l'on doit d'abord affirmer certains grands principes, et cela *a priori*, en vue de délimiter ensuite leur champ d'application [et préférer] cette attitude de principe, correspondant à notre position de base, que la territorialité, véritable dogme, est la règle, tandis que le reste doit tenir la place d'une exception »⁷⁹⁰. Or cette attitude « chauviniste »⁷⁹¹ ne permet absolument pas de tenir juridiquement compte des spécificités des relations privées internationales, en ce qu'elle repose sur le « postulat de base et, par suite, un dogmatisme du droit international privé français, aux termes duquel tout doit céder devant ce qui est nécessaire à la France, et à elle seule »⁷⁹². Il est dès lors clair que « le nationalisme constituait une réaction excessive aux causes qui le suscitaient [car] s'il est légitime de mettre au premier plan l'intérêt national dans le règlement des matières de droit international privé, il n'est pas moins indispensable de tenir compte de l'existence d'une vie et d'une communauté internationales, et donc de composer entre différents intérêts pour parvenir à une certaine harmonie des solutions »⁷⁹³. En accordant un poids excessif à la conception singulière du droit international privé, sans prévoir les adaptations nécessaires pour tenir dûment compte de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique du for, Niboyet

⁷⁸⁷ *Ibid.*, spéc. § 920, p. 201.

⁷⁸⁸ *Ibid.*, spéc. § 920, p. 203 : « Le principe de territorialité [...] est à la base du droit des conflits, et l'on doit s'efforcer, sinon dans une économie quelconque – quoique nous serions cependant fortement incités à le croire – du moins dans celle de la France – de le faire prévaloir ».

⁷⁸⁹ J.-P. NIBOYET, « L'universalité des règles de solutions des conflits de lois est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev crit*, 1950, p. 509 et s.

⁷⁹⁰ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, § 921, p. 205 ; Niboyet explique ainsi qu'« il ne s'agit pas d'attendre le résultat d'une expérience de laboratoire, mais de se laisser guider par un principe de sagesse politique. Il ne reste plus ensuite qu'à remplir les vides au fur et à mesure des hypothèses concrètes qui se présentent. Nous rejetons le dualisme éclectique, équidistant, dirions-nous, presque, de la territorialité et de l'extraterritorialité des lois » (*ibid.*).

⁷⁹¹ Pour reprendre le terme utilisé par Francescakis (P. FRANCESCAKIS, « Permanence de l'œuvre de Niboyet », préc., note 781, spéc. p. 454).

⁷⁹² J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, § 907, p. 164.

⁷⁹³ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, Paris, 2013, n° 97.

mène donc le particularisme dans une impasse nationaliste dans laquelle il n'est plus possible de trouver un traitement juridique approprié aux spécificités des relations privées internationales.

172. Il illustre ainsi le risque fondamental de la conception singulière du droit international privé qui consiste à vouloir concevoir le système de droit international privé sur une construction ne tenant compte que des besoins de l'ordre juridique national, en ignorant les spécificités des relations privées internationales. Cette hypothèse est aisément vérifiable par l'absence de coordination à laquelle mène le système unilatéraliste conçu par Niboyet alors que pourtant cette coordination est nécessaire pour trouver des solutions justes aux relations privées internationales.

B L'absence de coordination de l'unilatéralisme

173. Le caractère insatisfaisant d'un système unilatéral qui résulterait d'un attachement trop important au caractère singulier du droit international privé est parfaitement illustré par Niboyet. On peut illustrer les imperfections d'un tel système par les risques de conflits négatifs et positifs auxquels Niboyet apporte des solutions incohérentes, à l'instar, à des degrés divers, de tous les systèmes unilatéralistes⁷⁹⁴.

174. En ce qui concerne le conflit négatif, c'est-à-dire lorsque ni la loi française, ni aucune loi étrangère ne se déclare applicable, Niboyet propose un système qui dans ses grandes lignes est acceptable, mais qui se trahit ensuite par ses solutions particulières. Partant du constat que l'« on ne peut, dans la vie internationale, laisser certaines situations sans statut »⁷⁹⁵, Niboyet en vient à affirmer « la compétence française chaque fois que l'on ne peut justifier de l'acceptation de la compétence étrangère hors de France »⁷⁹⁶. En soi les défauts pratiques du système proposé par Niboyet sont limités⁷⁹⁷. En ce qui concerne les justifications

⁷⁹⁴ Et notamment ceux d'Antoine PILLET (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5400979f/>), en Allemagne SCHNELL et NIEDNER (voy. SOHN « New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems », *Harvard Law Review*, 1955, p. 978 et s., et le compte rendu de P. FRANCESCakis (p. 26 à 29, ou RC 1947, p. 244 et s.) et en Italie Rolando QUADRI et de Roberto DE NOVA (ce dernier *Rev crit* 1948, p. 179 et s.)). Les critiques qui suivront ne se limitent donc pas au système proposé par Niboyet. Elles ont au contraire une portée générale valant pour toutes les théories unilatérales du droit international privé.

⁷⁹⁵ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, spéc. p. 252.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 253.

⁷⁹⁷ Il est d'ailleurs très proche de celui résultant de l'article 309 CC.

avancées par Niboyet quant à ces entorses à l'unilatéralisme de l'applicabilité de la loi française, le système perd cependant toute cohérence⁷⁹⁸. Niboyet distingue en effet entre faits qui se sont produits en France et faits étrangers⁷⁹⁹. Pour les premiers, « il n'est pas choquant d'y appliquer [la loi française] puisqu'en réalité il[s se sont] produit[s] sur le territoire [français] »⁸⁰⁰. Pour les seconds, énonçant que « le juge doit donner une solution »⁸⁰¹, Niboyet propose l'application de la loi française, mais affirme en même temps que « ce n'est certes pas une obligation, mais tout au moins une faculté parce que l'on peut considérer qu'à laisser une situation sans réglementation juridique un résultat injuste risque de se produire et que, à tout le moins, notre ordre public est en cause »⁸⁰². Voilà que l'unilatéralisme prend conscience du risque de « résultat injuste » et de la mise en cause de l'ordre public lorsque l'on « laisse une situation sans réglementation », mais qu'il fait du moyen de prévenir ces risques non pas une « obligation », mais une « faculté » ! Et par conséquent le juge a la faculté d'ignorer le devoir qui pèse sur lui de rendre justice, et ce alors même que l'article 4 du Code civil vise spécialement à prévenir cette situation de déni de justice⁸⁰³. Niboyet, non sans faire état de ses hésitations⁸⁰⁴, en vient ainsi à affirmer que « des cas se produiront parfois où, pour des raisons techniques, l'application de notre loi ne sera pas possible [et qu'] il faudra alors y renoncer »⁸⁰⁵. On a ainsi une première illustration des graves incohérences auxquelles peut exposer un système unilatéral, en ce qu'il peut mener, s'il est trop restrictivement conçu, à des situations de véritable déni de justice⁸⁰⁶.

⁷⁹⁸ Selon Niboyet, « le sens de l'incompétence française [est qu'] elle n'existe qu'au point de vue immédiat parce qu'elle s'efface volontairement devant une compétence étrangère, ce qui suppose que celle-ci existe. A défaut, l'incompétence française qui n'était pas absolue, mais relative peut cesser, et la compétence française se manifester de manière médiate » (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, spéc. p. 253). Cela signifierait donc que la loi française possède bien une vocation générale, et que son applicabilité n'est pas subordonnée à sa désignation par la règle de conflit française. Là où le système de Niboyet perd cependant toute cohérence, c'est dans le fait que la preuve de l'applicabilité (« la compétence », dans le langage de Niboyet) du droit étranger doit être faite par les parties, ce qui leur permet donc de rendre la loi française applicable, et on voit mal pourquoi l'ordre public dont Niboyet fait le fondement de l'intervention de la loi française en pareille hypothèse, aurait alors à intervenir.

⁷⁹⁹ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, spéc. p. 255 ; distinction déjà très malaisée en elle-même, et la différence de régime que Niboyet en déduit n'est évidemment guère convaincante.

⁸⁰⁰ Ce par quoi Niboyet souligne son attachement à la territorialité des lois et du droit international privé comme « système général qui part de l'idée de la territorialité comme principe, l'extraterritorialité n'étant jamais que l'exception, et le résultat, d'un certain sacrifice » (*ibid.*, spéc. p. 253).

⁸⁰¹ *Ibid.*, spéc. p. 255.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ Faut-il rappeler que ce texte dispose pourtant clairement que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » ?

⁸⁰⁴ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, spéc. p. 255.

⁸⁰⁵ *Ibid.*

⁸⁰⁶ Ce risque peut être écarté en consacrant la vocation générale et subsidiaire de la loi du for, qui permettrait de résoudre tous les litiges. Mais cela implique de reconnaître également une vocation universelle à la loi du for,

175. En ce qui concerne le risque de conflit positif, il faut distinguer entre le conflit entre l'applicabilité de la loi du for et d'une loi étrangère, et l'applicabilité éventuelle de deux ou plusieurs lois étrangères. Il n'est en effet guère concevable d'appliquer simultanément deux lois à une même situation, et pour pouvoir statuer, le juge doit bien choisir une des lois qui se veut applicable. Lorsque la loi du for est l'une des lois en cause, Niboyet propose alors l'application systématique de la loi du for. En soi cette solution ne paraît guère choquante, puisque l'on procède aujourd'hui de la même façon en matière de lois de police. Le problème est cependant dans la généralité avec laquelle on fait prévaloir l'application de la *lex fori*. L'application des lois de police⁸⁰⁷ est justifiée par la nécessaire protection de l'organisation économique, politique et sociale du pays. Faire prévaloir la loi de police du for s'explique donc aisément par la nécessité pour l'ordre juridique du for de protéger son intégrité au détriment, le cas échéant, des besoins propres des relations privées internationales. Mais on ne retrouve nullement cette justification dans un système entièrement unilatéraliste. Si tout le système de droit international privé repose sur l'unilatéralisme, on estime donc que l'unilatéralisme est le mieux à même d'apporter une solution satisfaisante aux relations privées internationales. Or on crée ainsi un risque de cumul de lois applicables, non pas au nom de la protection de l'ordre juridique du for⁸⁰⁸, mais au nom du système de droit international privé, c'est-à-dire au nom du système supposé tenir compte des besoins spécifiques liés à la justice des relations privées internationales. On crée de cette façon un risque de discontinuité de traitement international radicalement contraire aux considérations de justice conflictuelle. Mais cette incompatibilité avec les considérations élémentaires de justice conflictuelle est censée être « justifiée » au nom du meilleur traitement des relations privées internationales. La contradiction est pourtant manifeste. Ce risque de cumul illustre le caractère profondément incohérent et injuste du droit international privé conçu comme un système de « répartition des compétences »⁸⁰⁹ et qui se désintéresse de la recherche de la solution la plus juste à une relation privée internationale.

que les unilatéralistes refusent justement de reconnaître, car elle les obligerait à reconnaître cette vocation universelle à tous les ordres juridiques et à procéder dès lors à des efforts de coordination nécessairement bilatérale. Les incohérences de Niboyet s'expliquent sans doute aussi par cette impossibilité de justifier l'application de la loi française en cas de refus d'application d'une loi étrangère sans affirmer sa vocation universelle.

⁸⁰⁷ Tout comme les autres hypothèses d'application systématique de la loi du for qui ne relèveraient pas, à proprement parler, de la technique des lois de police, comme l'exception d'ordre public, mais également des hypothèses plus lointaines comme celles relevant du droit pénal ou public.

⁸⁰⁸ Où l'on sait que l'on sacrifie l'harmonie internationale des solutions commandées par le droit international privé face à la prévalence de valeurs nationales.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, spéc. p. 249.

176. En cas de conflit positif entre lois étrangères enfin, Niboyet illustre également les incohérences de l'unilatéralisme. Il propose en effet deux systèmes de solutions⁸¹⁰, qui révèlent en réalité des contradictions par rapport aux objectifs propres du droit international privé ou aux présupposés de la théorie unilatéraliste. La première solution proposée par Niboyet consiste à « donner la préférence au pays dont le système est le plus proche du nôtre »⁸¹¹. De cette sorte, il procède à un parallèle avec la solution en matière de cumul de lois applicables dont l'une est la loi du for, la loi étrangère proche de la loi française y étant assimilée, sans plus de justifications⁸¹². Il est dès lors aisé d'y étendre la critique dressée à l'égard de l'application extensive de la loi du for, qui est injustifiable en termes de justice conflictuelle et qui est dès lors impropre à fonder un système censé être adapté aux difficultés spécialement soulevées par les relations privées internationales. Quant à la seconde solution, Niboyet affirme que « le procédé le meilleur [pour arbitrer un conflit positif entre plusieurs pays étrangers] sera de l'arbitrer à la lumière de nos conceptions »⁸¹³. Niboyet semble percevoir la contradiction profonde dans laquelle il tombe par rapport à l'impossibilité, érigée par lui en dogme, de la bilatéralité, puisqu'il précise que « cela ne signifie pas que nous devons purement et simplement appliquer notre système français de conflit, mais que nous ayons à nous en inspirer, ce qui établit déjà une nuance »⁸¹⁴. Sauf qu'il ne s'explique pas sur le sens et l'étendue de cette nuance, ce qui fait que ce passage, en ce qu'il cherche simplement à disqualifier une critique fondamentale en en faisant une « nuance », relève de la pure rhétorique. La solution proposée par Niboyet au conflit positif entre lois étrangères confirme ainsi que « le destin de l'unilatéralisme est de s'achever dans la bilatéralité »⁸¹⁵.

177. Niboyet révèle ainsi parfaitement le risque de la conception particulariste du droit international privé, qui consiste à retomber dans un unilatéralisme quasi-absolu, qui, outre qu'il est théoriquement inapte à fonder un système de solutions complet, donne un poids excessif à la *lex fori* au détriment du besoin de coordination commandée par les

⁸¹⁰ En laissant de côté la particularité d'un rattachement alternatif *in validatem* que Niboyet envisage (*ibid.*, spéc. p. 258-259), tout en le jugeant peu adapté en raison d'une supposée identité entre loi applicable à la validité et loi applicable aux effets. Nous savons aujourd'hui que l'autonomie de la question de la validité d'un acte juridique permet l'application d'une loi différente de celle applicable aux effets, le cas échéant par un rattachement alternatif justifié par la faveur à la validité. En ce qui concerne les effets de l'acte juridique, il faudra cependant toujours choisir, car la multiplicité de lois applicables ne se conçoit ici pas.

⁸¹¹ *Ibid.*, spéc. p. 258.

⁸¹² Niboyet va en effet très vite sur ces questions, toute en admettant son embarras : « En définitive, notre conception ne supprime pas toute difficulté » ; *ibid.*, spéc. p. 259.

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ *Ibid.*

considérations de justice de droit international privé. Une conception cohérente du droit international privé implique donc d'approfondir la réflexion sur la façon dont l'ordre juridique du for doit appréhender les spécificités des relations privées internationales. L'apport d'une partie de la doctrine de la deuxième moitié du XX^e siècle répond justement à ce souci, en permettant de concevoir la singularité de l'ordre juridique de façon ouverte à la pluralité.

Section 2 Le singulier universel et pluriel comme fondement du droit international privé contemporain

178. Que les ordres juridiques aient désormais conscience de leur singularité n'implique pas de leur part un abandon complet du concept d'universel. Au contraire, la seconde moitié du XX^e siècle connaît, à la suite de la Deuxième Guerre mondiale, un net regain de vigueur du concept d'universalité, autour principalement de la nécessité du respect des droits de l'homme. Mais il ne peut pas s'agir de faire renaître une acception de ce concept qui avait échoué dans l'histoire et que la dimension nécessairement singulière du droit international privé rend peu fertile. Le concept d'universel ne peut donc pas supplanter la singularité des ordres juridiques. Il se présente dès lors non comme un « universalisme » des ordres juridiques nationaux, mais comme une prétention à l'universalité de ces ordres juridiques singuliers (I). Chaque ordre juridique singulier doit dès lors être capable, dans sa prétention à l'universalité, de saisir toute la pluralité des situations de fait qui se présentent à lui. Autrement dit, l'ordre juridique singulier doit se doter d'un universel ouvert au pluriel, ce qui implique une méthode naturellement très fertile pour le droit international privé (II).

I La prétention à l'universalité des ordres juridiques singuliers

179. Le droit international privé doit être conçu autour de deux concepts clés, qui ont valeur axiomatique, encore que le second puisse en réalité se déduire du premier. Au départ, et comme conséquence directe de la référence nécessaire à la source de légitimité du droit, c'est-à-dire les constitutions nationales, le droit international privé doit être conçu autour de la prévalence de l'ordre juridique national. Pour déterminer la juridicité d'une situation

⁸¹⁵ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 1, § 8, p. 8.

internationale, il est ainsi toujours nécessaire de faire consacrer cette juridicité par un ordre juridique national. Cette prévalence de l'ordre juridique national est désignée par le concept d'antériorité de l'ordre juridique interne, lequel a été conceptualisé notamment par Phocion Francescakis, à qui il revient d'avoir évoqué le premier « l'antériorité de l'ordre juridique interne par rapport à l'ordre international »⁸¹⁶ et Henri Batiffol⁸¹⁷ (A). Mais l'ordre juridique national ne revendique pas que la préservation de ses intérêts propres. Il prétend au contraire, bien souvent au titre de son antériorité, acquérir une dimension universelle lui permettant d'atteindre les finalités qu'il assigne au droit. Il reprend ainsi pleinement à son compte le concept d'universalité (B).

A L'axiome de l'antériorité de l'ordre juridique national

180. L'antériorité de l'ordre juridique national se pose d'abord comme antériorité du droit par rapport aux faits. Pour connaître la signification juridique d'une situation, on est logiquement tenu de trouver cette signification dans la confrontation du fait à l'ensemble préconstitué du droit objectif⁸¹⁸. En ce sens, le droit objectif a une importance fondamentale comme norme sociale, que l'on peut aussi qualifier de norme de traduction ou « métanorme », dont la fonction est de faire communiquer les autres domaines de la vie sociale, d'évaluer leur valeur et leur acceptabilité pour la société⁸¹⁹. Cette idée n'est pas neutre, car d'importantes conséquences peuvent en être tirées sur la conception et les valeurs de l'ordre juridique⁸²⁰. Pour le droit international privé, elle signifie que, compte tenu de l'idée que « l'ordre interne

⁸¹⁶ P. FRANCESKAKIS, « Perspectives du droit international privé français actuel (*Revue internationale de droit comparé* 1952.653) », dans *La pensée des autres en droit international privé : comptes rendus bibliographiques (1946-1984), réunis en hommage à leur auteur*, coll. Annales / Université Aristote de Thessalonique, Faculté de droit, n°1, Université Aristote de Thessalonique, Thessalonique, 1985, spéc. p. 126 et s. à la page 133.

⁸¹⁷ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Préface Y. LEQUETTE (1^o éd. 1956), Dalloz, Paris, 2002, spéc. p. 322 et s.

⁸¹⁸ Cette question est distincte de la question de savoir si, inversement, le droit objectif doit reconnaître une juridicité à toute situation de fait. Cette question-là renvoie en effet à celle de l'universalité de l'ordre juridique, qui sera traitée juste après (cf. *infra*, n° 184 et s.).

⁸¹⁹ Cette question soulève des débats théoriques très importants, qui sont discuté notamment par Jürgen Habermas : J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung : Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1^o éd. (identique à la 4^o éd. rev. et compl. 1994, 1^o éd. 1992), coll. Taschenbuch Wissenschaft, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998, spéc. p. 69- 78, critiquant la vision autopoïétique du droit ; sur celle-ci, voy. not. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, préc., note 246 ; Voy. égal. F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 243- 263.

⁸²⁰ Le débat mené en philosophie politique sur ce point entre Habermas et Rawls est resté célèbre (*Débat sur la justice politique*, 2005). Cf. également *infra* (II_ Une prétention à l'universalité impliquant un universel conçu de façon ouverte à la pluralité) où cette considération, combinée alors à la dimension universelle des ordres juridiques nationaux, produira également d'importantes conséquences.

s'est établi historiquement avant l'ordre international, lequel n'a encore ni autorité législative proprement dite, ni par suite sanctions directement organisées, il est [...] légitime que l'ordre interne développe spontanément et efficacement des règles sur des question auxquelles l'ordre international n'est pas en mesure de formuler des solutions et dont il pourrait d'ailleurs ensuite difficilement assurer l'observation »⁸²¹. Par cette formule, Henri Batiffol parvient à conceptualiser l'antériorité de l'ordre juridique interne comme ce qu'elle est, c'est-à-dire une nécessité théorique, ce qui lui permet de se départir de la conception politique et excessivement restrictive qu'en avait Niboyet⁸²². Batiffol distingue ainsi deux conceptions du droit, pour dire que « rationnellement, quant à son essence, l'ordre interne est subordonnée à l'ordre international, mais par l'élément impératif, il a devancé, sur le plan de l'existence, l'ordre international »⁸²³. Or l'élément qui est déterminant pour déterminer si nous sommes face à une règle de droit est, d'après la conception adoptée aujourd'hui du droit, celui de l'impérativité, au sens de « sanctionnabilité », de la règle⁸²⁴. L'antériorité de l'ordre juridique national pour déterminer la juridicité d'une situation, y compris internationale, est donc un axiome de la théorie générale du droit, et du droit international privé en particulier. Pour obtenir la sanction d'une règle, il faut *in fine* toujours se tourner vers les organes et techniques instituées par l'Etat⁸²⁵. L'Etat national se pose à ce titre comme irréductiblement premier, antérieur, par rapport aux relations privées internationales.

⁸²¹ « Force est bien de constater que l'ordre interne s'est établi historiquement avant l'ordre international, lequel n'a encore ni autorité législative proprement dite, ni par suite sanctions directement organisées. Il est donc légitime que l'ordre interne développe spontanément et efficacement des règles sur des question auxquelles l'ordre international n'est pas en mesure de formuler des solutions et dont il pourrait d'ailleurs ensuite difficilement assurer l'observation » (selon la formule d'H. BATIFFOL).

⁸²² L'idée d'une certaine antériorité était en effet déjà présente chez Niboyet, autour du « postulat de politique législative [...] de la primauté de la collectivité nationale sur la collectivité internationale » (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, préc., note 806), mais cette conception politique donne un poids excessif à la défense des intérêts propres de l'ordre juridique interne, comme nous venons de le voir.

⁸²³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 1993, spéc. p. 38. La première affirmation est d'ailleurs discutable dans une approche positiviste, car l'ordre international est fondé sur le principe de souveraineté, ce qui ne constitue donc pas une subordination de l'ordre interne. Cette citation de Batiffol révèle surtout sa conception thomiste du droit, qui n'est certainement pas celle de ceux qui voudraient aujourd'hui soumettre les ordres juridiques nationaux à un droit européen qui leur serait en tous points hiérarchiquement supérieur. L'argument positiviste qui est avancé ne peut en outre pas justifier la supériorité à l'égard des règles constitutionnelles. Quant à une justification de cette subordination par le recours à une conception thomiste du droit, elle reste à donner, et surtout à transposer à l'ensemble du droit de l'Union européenne (ce qui ne serait probablement pas, au demeurant, une mauvaise chose, mais qui semble tout de même assez utopiste).

⁸²⁴ Cette question ne détermine d'ailleurs pas les critères sur la base desquels l'Etat confère le sceau de la sanction étatique. A ce titre l'exigence de justice peut jouer un rôle déterminant, mais ne peut néanmoins remettre en cause l'antériorité de l'ordre juridique interne, car la formalisation juridique d'une certaine conception de la justice est opérée par les Etats sur le fondement de leur constitution.

⁸²⁵ Que ce soit le juge, l'arbitre un notaire est à cet égard indifférent, tant que l'Etat investit ces organes du pouvoir d'adopter des actes ou décisions qui exposent à une sanction étatique en cas de non-respect.

181. Le postulat de l'antériorité de l'ordre juridique national produit d'importantes conséquences. Ainsi, « les relations internationales s'insérant normalement dans le contexte du droit interne – et devant s'y insérer sans perturbation – l'ordre interne doit être admis en priorité à faire prévaloir sur les lois étrangères ceux de ses éléments qui mettent en cause sa cohésion »⁸²⁶. Autrement dit, « la règle de conflit remplit une fonction médiatrice : elle relie à la vie sociale interne, que contrôle et constitue l'ordre du for, les rapports de droit privé qui, par quelque côté, y échappent pour se développer aussi dans d'autres ordres juridiques. Cette fonction lui est assignée par l'ordre du for dont la tâche première et la raison d'être ne sont pas d'assurer le gouvernement de la société internationale en lieu et place d'institutions défailtantes, mais d'organiser la vie sociale interne. [La règle de conflit] établit entre l'ordre du for et les ordres juridiques étrangers une interconnexion réalisant la conciliation des exigences de cohésion de l'ordre qui accueille la relation et des aspirations à la différence de traitement que fonde le caractère international de celle-ci »⁸²⁷. Le respect de la cohésion de l'ordre juridique interne est cependant bien loin des dérives nationalistes et unilatéralistes d'un particularisme trop marqué. Ce respect n'empêche en effet nullement la prise en considération d'objectifs internationalistes que l'ordre juridique du for peut très bien poursuivre en même temps que le respect de sa cohérence interne. L'équilibre doit alors être cherché entre le respect de la cohésion de l'ordre juridique interne et le respect de la dimension internationale de la situation. Cette recherche d'équilibre conduit à ce que « la règle de conflit de lois dépend, dans une mesure plus ou moins large, à la fois de la teneur du droit interne de l'Etat qui la consacre et de la conception que cet Etat se fait de la teneur concrète des rapports internationaux »⁸²⁸. L'ordre juridique national peut ainsi, au nom même de son antériorité, procéder à une mise en balance des objectifs de justice matérielle avec les objectifs de justice conflictuelle⁸²⁹.

182. On retrouve parfaitement cette idée au niveau des manifestations de l'antériorité de l'ordre juridique national. La qualification *lege fori* et le caractère logiquement nécessaire de la référence aux conceptions de l'ordre juridique du for s'expliquent

⁸²⁶ H. BATIFFOL et P. FRANCESKAKIS, « L'arrêt Boll », *Rev. crit. DIP* 1959, p. 259 et s., spéc. p. 270 à 271 ; idée que Francescakis a également développée dans sa thèse : FRANCESKAKIS, *Théorie du renvoi*, p. 259 : « Les rapports internationaux de droit privé doivent normalement pouvoir s'intégrer dans le commerce interne ».

⁸²⁷ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 27, § 7, p. 250.

⁸²⁸ FRANCESKAKIS, *Théorie du renvoi*, p. 259.

⁸²⁹ Nous reviendrons sur ces notions de Kegel, cf. p. ex. *infra*, n° 203 et s., n° 745 et n° 894.

fondamentalement par la valeur axiomatique de l'antériorité de l'ordre juridique du for⁸³⁰. La transposition des règles internes à l'ordre international⁸³¹ et les nécessités et techniques d'adaptation en sont une autre confirmation. Les techniques des lois de police et de l'exception d'ordre public montrent également parfaitement que l'ouverture aux relations privées internationales ne doit jamais se faire en sacrifiant la cohésion et les valeurs primordiales de l'ordre juridique du for⁸³². On en trouve une dernière illustration dans la supériorité de la constitution sur les traités internationaux, qui repose sur l'argument irréfutable que la constitution est antérieure aux traités internationaux en ce sens que les traités tirent au regard de l'ordre juridique interne leur validité et juridicité du respect de la constitution. Mais toutes ces manifestations montrent aussi que l'antériorité est conçue de façon ouverte aux considérations internationales. Les catégories internes sont adaptées en fonction des objectifs propres au droit international privé⁸³³. Les techniques des lois de police et de l'exception d'ordre public sont justement des techniques d'exception par rapport au procédé normal de la règle de conflit. Et là où la technique des lois de police vise spécialement à tenir compte du besoin de protection spécifique de l'ordre juridique interne face à l'internationalité de la situation⁸³⁴, la technique de l'exception d'ordre public connaît des aménagements visant à tenir très spécifiquement compte d'intérêts proprement internationalistes⁸³⁵. Quant aux relations entre constitution et traités internationaux, les constitutions de la plupart des démocraties européennes intègrent l'objectif de la participation au droit international et européen, et prévoient une conciliation entre constitution et traités qui cherche à éviter les conflits⁸³⁶. En prenant acte de la participation de l'Etat au concert du droit international et européen, ces constitutions accordent donc une place de choix aux objectifs

⁸³⁰ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 9, arrêt *Bartholo*, cour d'appel d'Alger du 24 décembre 1889.

⁸³¹ En les adoptant le cas échéant aux besoins des relations privées internationales ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 29, arrêt *Silvia*.

⁸³² B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 19 (*Lautour*) et n° 53 (*Cie internationale des Wagons-Lits*).

⁸³³ Voy. égal. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7^e édition, Beck, 1995, p. 248 : « Aus der Autonomie des eigenen IPR folgt nur, daß wir selbst qualifizieren, aber nicht, wie. Verzichtet wird bei Anwendung fremden Rechts nicht auf die eigene Souveränität, sondern auf die Anwendung eigenen Rechts. Dies geschieht allerdings im Dienste der Gerechtigkeit. Aber es geht nicht um die Gerechtigkeit gegenüber fremden Souveränen, sondern um die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit ».

⁸³⁴ Ce qui n'empêche pas la prise en considération d'objectifs proprement internationalistes, par exemple à travers un champ d'application qui n'est pas universel, mais limité à ce qui est strictement nécessaire. L'on peut également faire le parallèle avec les règles matérielles, qui sont méthodologiquement très proches des lois de police, mais qui au lieu de poursuivre l'objectif de la cohésion de l'ordre juridique interne poursuivent l'objectif du meilleur aménagement possible des relations juridiques internationales.

⁸³⁵ Notamment l'effet atténué de l'ordre public et son appréciation *in concreto*.

⁸³⁶ Voy. p. ex. les articles 88-1 à 88-7 de la Constitution française et l'article 23 du *Grundgesetz* allemand.

internationalistes au sein même de ce qui est au cœur de l'antériorité de l'ordre juridique national, c'est-à-dire la constitution.

183. Cela montre que l'antériorité de l'ordre juridique national n'empêche nullement la prise en considération des objectifs spécifiques liés aux relations privées internationales. L'antériorité ne signifie pas du tout fermeture et repli sur soi, parce que l'objectif d'ouverture à la diversité des relations privées internationales peut parfaitement s'y intégrer. L'ouverture au pluriel est cependant davantage que simplement un objectif politique. C'est surtout une exigence logique découlant de la conception de l'universel qui est un fondement de nos ordres juridiques contemporains et qui doit à ce titre être respecté au nom justement de l'antériorité de l'ordre juridique national.

B L'axiome de l'universalité de l'ordre juridique national

184. Le point de départ de la conception contemporaine du droit international privé est identique à celui du droit dans son ensemble. Pour connaître la juridicité d'une situation de fait, il faut consulter l'ordre juridique pour savoir quel sort ses règles de droit objectif réservent à la situation. Seul le recours à un ordre juridique donné permet donc de saisir une situation de fait pour lui conférer sa juridicité. Le problème que l'on connaît en droit international privé vient de ce qu'une situation contenant un élément d'extranéité peut ne pas être revêtue de juridicité en raison de cette extranéité. Cet élément explique pourquoi historiquement pendant aussi longtemps la reconnaissance de la qualité de sujet de droit a été un attribut de la citoyenneté et donc un avantage refusé notamment aux étrangers⁸³⁷. La possibilité d'un système juridique universel, au sens de système juridique capable de saisir toute situation de fait, quels que soient ses éléments d'extranéité, a émergé sur le fondement du recours à un ordre juridique supérieur, en référence au droit naturel⁸³⁸. Mais nous avons vu que la prise de conscience du positivisme juridique a vite détruit ces tentatives de construction d'un droit international privé véritablement universel⁸³⁹. La redécouverte du droit international privé a dès lors assez paradoxalement été le fruit du travail des particularistes qui ont su ouvrir la voie à la prise de conscience de ce que la dimension nationale et particulière du droit international privé ne s'oppose pas à la reconnaissance de la juridicité d'une situation

⁸³⁷ Sans que leur qualité d'homme en fût nécessairement remise en cause, cf. *supra*, n° 70 et s.

⁸³⁸ Cf. *supra*, n° 131 et s.

comportant des éléments d'extranéité⁸⁴⁰. Et nous venons de voir que reformulée en termes d'antériorité de l'ordre juridique interne, cette conscience de la nécessaire singularité du droit international privé n'empêche pas l'ordre juridique d'adopter une position d'ouverture aux relations privées internationales⁸⁴¹. Mais il reste à savoir pourquoi l'ordre juridique doit s'investir de la mission d'appréhender juridiquement toute situation, y compris internationale, pourquoi il doit donc se doter d'une prétention à l'universalité, avant de comprendre le sens profond de cette prétention.

185. L'universalité de l'ordre juridique interne est la conséquence de la finalité du droit dans une conception contemporaine, construite autour du respect absolu des droits de l'homme. Une telle conception implique en effet que le droit poursuive la réalisation d'un objectif irréductible à toute contingence, qui est celui du respect de tout homme et qui se rattache profondément à la recherche de la justice. Or, la finalité de la justice confère une évidente dimension universelle aux ordres juridiques. La valeur absolue qui est accordée à cette finalité à travers les exigences inhérentes à la notion de droits de l'homme implique pour les ordres juridiques de se doter d'une dimension universelle, comprise comme prétention à l'universalité. Afin de respecter les devoirs qui découlent de la recherche de la justice, chaque ordre juridique doit prétendre appréhender toute situation qui se présenterait de quelque façon que ce soit à ses organes. Il doit donc se doter d'une vocation universelle, qui ne se présente pas sous l'angle d'une application universelle de ses propres concepts, mais d'une prétention à l'universalité de son ordre juridique.

186. La prétention à l'universalité de l'ordre juridique est fondée sur l'universel du respect des droits et de la dignité de tout homme. Il est en effet désormais acquis que « le développement de l'organisation juridique n'est pas concevable sans l'admission que la notion d'homme correspond à une réalité »⁸⁴² et que « le comportement du système juridique des rapports privés internationaux ne décèle aujourd'hui aucune trace d'une hésitation sur ce que tout homme est sujet de droit »⁸⁴³. Le respect de toute personne, y compris de l'autre et de

⁸³⁹ Cf. *supra*, n° 158 et s.

⁸⁴⁰ Cf. *supra*, n° 163 et s.

⁸⁴¹ Cf. *supra*, n° 180 et s.

⁸⁴² H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 167. Comme le dit également Hannah Arendt dans *Le système totalitaire*, « le premier pas essentiel sur la route qui mène à la domination totale consiste à tuer en l'homme la personnalité juridique » ; H. Arendt, *Le système totalitaire*, Le Seuil, 1972, p. 185.

⁸⁴³ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 170 ; Il faut sans doute replacer ces propos dans le contexte de la pensée d'Henri Batiffol et de Phocion Francescakis, qui insistaient

l'étranger, découle alors directement de la notion de droits de l'homme. Le sens véritable des droits de l'homme est même radicalement ce respect de l'autre⁸⁴⁴. Pour le droit international privé on a pu en déduire que la valeur que le droit international privé est appelé à servir est le « respect dû à l'étranger »⁸⁴⁵. L'acceptation de la pluralité ne peut cependant se faire que dans la mesure où l'ordre juridique singulier l'autorise, c'est-à-dire uniquement dans la mesure où la différence est acceptable par rapport aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for⁸⁴⁶.

187. Pour l'ordre juridique qui se réfère à cet universel des droits de l'homme, il s'agit donc, pour reprendre l'analyse de François Jullien, de concevoir des « notions universelles, que l'on rencontrerait comme telles à la base de toutes les cultures, et ce même si d'autres cultures n'en ont pas pensé – abstrait – le mode d'universalité »⁸⁴⁷, « notions et représentations de base considérées comme ne pouvant pas ne pas être présentes dans toutes les cultures, [...] proprement (strictement) "universelles", puisque impliquant un devoir-être ; [...] il faut, de façon non conditionnelle, et sans même que l'on ait à le vérifier, poser cette

tous deux sur l'existence d'une société internationale, et concevaient dès lors un droit international privé dont la mise en application pouvait résulter d'autres éléments d'extranéité que la seule qualité d'étranger d'une des personnes impliquées. Lorsque l'on recherche cependant, comme nous le faisons ici, le fondement du droit international privé au regard des exigences du concept de droits de l'homme, et non au regard des avantages évidents qu'il y a pour une société nationale de participer à la société internationale, il nous semble que la personne en tant que sujet de droit devient le référent principal, y compris pour ces auteurs. L'exigence de l'ouverture à l'étranger qui en résulte est probablement limitée au droit des personnes et de la famille. Cela ne signifie cependant pas qu'il ne faille pas appliquer des droits étrangers dans d'autres hypothèses, sur des fondements différents, et notamment celui de la participation d'un ordre juridique national à la société internationale.

⁸⁴⁴ Comme a pu le dire Emmanuel Levinas, « que les droits de l'homme soient originellement les droits de l'autre homme et qu'ils expriment par-delà l'épanouissement des identités dans leur identité même et leur instinct de conservation, le pour-l'autre du social, du pour-l'étranger – tel me semble être le sens de leur nouveauté » (E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 153).

Ce n'est pourtant malheureusement pas toujours la conception retenue par le droit positif, qui en fait bien davantage des droits au bénéfice de celui qui les invoque – ou peut se permettre de les invoquer – à son profit (cf. *infra*, n° 284 et s.).

⁸⁴⁵ « Die Achtung vor dem Fremden » (W. GOLDSCHMIDT, cité d'après D. J. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, 1966, spéc. p. 105). Voy. égal. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 821 ; et H. BATIFFOL, *Rev.crit.DIP* 1957, p. 229–272, accueillant les « Observations sur les Aspects philosophiques de droit international privé » de Jacques Maury, + observations Francescakis Archives de philosophie du droit (1957, p. 205–219), P. FRANCESKAKIS, « Philosophie du droit et droit international privé » (repris dans *La pensée des autres en droit international privé*, préc., note 820, p. 163 à 179).

L'étude qui précède montre cependant que ce n'est pas la seule valeur du droit international privé, parce qu'à ce respect de l'étranger s'ajoute aussi la nécessité de la défense des valeurs propres de l'ordre juridique, la défense du singulier qui est constitutif de la communauté à l'origine de l'ordre juridique qui veut respecter l'étranger.

⁸⁴⁶ Qui se pose comme une exigence de communauté, jouant ici le même rôle que le droit commun, entre l'ordre juridique du for et le droit étranger applicable.

⁸⁴⁷ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 127.

nécessité-universalité de principe ; celle-ci a statut axiomatique. Au risque, sinon, de mettre en péril toute communication et compréhension entre les hommes : de mettre en péril, par conséquent, toute humanité »⁸⁴⁸. Les droits de l'homme nous imposent donc un strict respect de tout homme, jusque dans une radicale altérité⁸⁴⁹. Or « une fois apparue, l'exigence d'universalité n'est plus relégable »⁸⁵⁰. Pour le droit, cette exigence d'universalité impose la recherche de la justice, justice qui « est compromise quand la relation avec autrui est visiblement profanée »⁸⁵¹. Or cette recherche de la justice n'est pas plus relégable pour le droit international privé que pour aucune autre branche du droit.

188. Le fondement de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique est donc la notion de droits de l'homme autour de « la reconnaissance de l'homme comme tel par le droit en tant que tel »⁸⁵². Mais il faut encore comprendre quelle acception il faut retenir de cette notion de droits de l'homme⁸⁵³. Doit-il s'agir en effet d'une notion commune, donc partagée par tous les ordres juridiques, ce qui implique que nous en imposons le respect à l'égard des ordres juridiques qui ne la respectent pas, ou la notion peut-elle être conçue de façon singulière ? Se posent ainsi les questions, d'une part, de la place du commun face aux droits de l'homme et, d'autre part, de l'exigence d'équivalence des conceptions étrangères des droits de l'homme avec les nôtres. Soulevant une difficulté relevant à l'évidence de la diversité culturelle, un début de réponse est apporté par le constat que « c'est dans le sens commun de l'humain que s'entendraient originairement les cultures et qu'elles peuvent traverser leur idiotisme pour s'ouvrir à ce que Kant a nommé si justement une "communicabilité" ou "partagibilité" universelle, *allgemeine Mitteilbarkeit* »⁸⁵⁴. Cela signifie que, s'agissant du

⁸⁴⁸ *Ibid.*, spéc. p. 128.

⁸⁴⁹ Ce qui implique la nécessité de respecter la qualité d'homme, y compris du criminel coupable des crimes les plus abjectes. La seule limite de ce respect de la qualité d'homme est ce qui est nécessaire pour protéger la qualité d'homme d'autres personnes, et qui peut justifier la mort délibérée de la personne qui représente une menace, au titre d'une défense ici véritablement légitime, qui n'est pas qu'un droit, mais devient alors un devoir. Par où l'on répond également à la tentation de réintroduire la peine de mort sous couvert de « légitime défense ». Sur ce point, voy. p. ex. P. MANENT, *La Raison des nations : Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard, Paris, 2006, spéc. p. 30- 40.

⁸⁵⁰ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 143.

⁸⁵¹ E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 177 : « La justice rationnelle est compromise quand la relation avec autrui est visiblement profanée ».

⁸⁵² H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 166.

⁸⁵³ Sur notre conception de droits de l'homme quant au fond, qui nous conduit à réserver ce concept à un noyau dur de droits inconditionnels et à distinguer les droits de l'homme des droits fondamentaux ou des droits constitutionnels, cf. *infra*, n° 284 et s.

⁸⁵⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 159. L'acception du sens précis du commun ne peut donc jamais être donnée par un ordre juridique seul. Il

dialogue entre les cultures et, par extension, entre les ordres juridiques, il n'est pas possible de découvrir un commun qui puisse être imposé aux autres en invoquant un prétendu fondement universel⁸⁵⁵. La question de l'universel ne se pose dès lors que par rapport à chaque ordre juridique singulier, seul susceptible de le reconnaître, sans que cet ordre singulier puisse imposer cet universel en tant que principe commun. Il n'y a alors pas contradiction entre universel et singulier, ni même contradiction dans l'affirmation du caractère relatif de l'universel. Chaque ordre juridique singulier doit en effet poser pour lui-même les critères de ce qu'il entend par « sens commun de l'humain », c'est-à-dire les critères qui lui permettent de communiquer avec d'autres cultures. Ce qu'il importe cependant d'intégrer est cette aspiration à l'universel de l'ordre juridique, puisqu'affirmer que l'ordre juridique doit prétendre à l'universel⁸⁵⁶ implique que chaque ordre juridique se donne des critères d'un sens commun de l'humain dépassant les seules valeurs de l'ordre juridique du for.

189. La prétention à l'universalité doit donc nécessairement s'accompagner de la prise de conscience de la relativité des conceptions propres de l'ordre juridique singulier. Il faut construire l'universalité sur une « partabilité »⁸⁵⁷ qui implique une certaine communauté. La communauté ne s'entend cependant pas ici d'une conformité ou compatibilité avec les valeurs de l'ordre juridique du for, mais comme la traduction des conceptions de l'ordre juridique étranger vers les conceptions de l'ordre juridique du for⁸⁵⁸. D'où une universalité fondamentale assurée par le droit international privé, car le droit international privé doit se transformer en « métalangage juridique » par lequel l'ordre

faut au contraire trouver ce commun autour d'un « sens commun de l'humanité dans lequel les cultures peuvent s'ouvrir à une partabilité universelle ».

⁸⁵⁵ D'autant que nous ne pouvons raisonner qu'à partir d'un ordre juridique singulier, non d'un ordre universel (ni religieusement, ni politiquement) ou commun.

⁸⁵⁶ Correctement et donc ouvertement entendu.

⁸⁵⁷ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 159.

⁸⁵⁸ En adhérant aux exigences d'une méthode universelle et plurielle, le droit international privé tient ainsi compte, juridiquement, du besoin d'évitement de l'uniformisation, sur un modèle qui peut être rapproché de celui sur lequel repose fondamentalement la logique de la traduction. Il permet de confronter continuellement les concepts du for aux concepts étrangers, tout en imposant une adaptation, et par là une réflexion et potentielle évolution, des concepts internes. Il répond ainsi à une logique qui est consubstantielle à l'organisation de la vie humaine en collectivités, et dont le mythe de Babel rend si bien compte. Or, comme on a pu très bien le dire, ce mythe correspond fondamentalement à l'idée qu'à « l'universalité-uniformité conquérante que [les hommes] entendaient (s')imposer, Dieu substitue un universel ouvert, toujours recommencé puisque lui-même indexé à une traduction aussi nécessaire qu'impossible » (François OST, *Traduire – Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009, spéc. p. 55, compte rendu Leyla Dakhli, « Le multilinguisme est un humanisme », *La Vie des idées*, 4 novembre 2009 ; <http://www.laviedesidees.fr/Le-multilinguisme-est-un-humanisme.html>, qui montre bien le lien entre un universel de traduction et le besoin du droit international privé pour éviter l'uniformisation. A rapprocher de Glenn RCADI).

juridique du for « communique » avec les ordres juridiques étrangers⁸⁵⁹. Il devient ainsi l'outil par lequel l'ordre juridique du for est « véritablement universel » au sens de « capable d'être universellement partageable ». Pour pouvoir communiquer avec les autres ordres juridiques et les cultures qui les fondent, il faut en effet être en mesure de comprendre les conceptions des autres ordres juridiques. Cette capacité de compréhension requiert l'existence d'un langage adapté. Et ce langage est le droit international privé, en ce qu'il permet de traduire une situation de fait étrangère⁸⁶⁰ en une situation de droit reconnue par notre ordre juridique. Le droit international privé joue alors un rôle fondamental de médiation avec l'universel, car en s'affirmant comme le langage traduisant l'universel, il fixe aussi les limites à l'intérieur desquelles l'ordre juridique du for peut comprendre et communiquer avec les ordres juridiques étrangers⁸⁶¹. En raison du fait qu'il repose sur la notion de « sens commun de l'humanité », ce concept de « communicabilité » ou « partageabilité universelle » réintroduit le concept de commun. Mais il est entendu de façon très différente par rapport à celui des premières théories du droit international privé⁸⁶², puisque ce commun est désormais fondé uniquement sur le concept d'homme et sur ce que cette communauté d'hommes, et communauté de la notion d'homme, implique philosophiquement. Il n'est donc plus fondé sur une communauté politique ou religieuse. Le concept sur lequel repose fondamentalement la prétention à l'universalité de l'ordre juridique est dès lors l'universel, inhérent à la notion du respect de l'autre homme, et non le commun, sur lequel repose la prétention à l'universalité d'une communauté politique ou religieuse⁸⁶³.

190. Ce fondement universel de la prétention à l'universalité doit lui-même être bien compris. Il importe en effet de comprendre que cet universel moral ne doit pas être un

⁸⁵⁹ Ce que Savigny présentait déjà, comme le montrent ses solutions en matière d'institutions inconnues du for.

⁸⁶⁰ Ou du moins pourvue d'un élément d'extranéité, ce qui sinon suppose, du moins rend très probable, que cette situation se voit attribuer un certain sens juridique par un ou plusieurs ordres juridiques étrangers également concernés.

⁸⁶¹ Il se présente ainsi comme un véritable « droit du traduire » (voy. plus généralement sur ce point F. OST, *Traduire: défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009), dont l'objectif évident est de gérer un pluralisme de droits, mais également de valeurs (voy. plus généralement sur ce point J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, coll. Penser le droit, ISSN 2031-5007, Bruylant, Bruxelles, 2013).

⁸⁶² Sur lesquelles, cf. *supra*, n° 76 et s.

⁸⁶³ Et qui transforme inévitablement l'universalité en exclusivisme (cf. *supra*, n° 70 et s.). L'on peut évoquer également ici la nécessité de distinguer et de différencier plusieurs niveaux auxquels se manifeste l'universel. L'universel philosophique est indispensable pour pouvoir construire les autres. Une fois que cet universel philosophique se transforme en devoir, il devient universel moral. L'universel politique de son côté recèle le risque d'un universel impérial, qui pervertit l'universel en quête de communauté. Il est donc nécessaire de trouver une conception de l'universel politique permettant de penser la communauté dans le respect de l'altérité et de la diversité. L'universel religieux ou idéologique enfin doit être dépassé pour éviter l'exclusivisme et le communautarisme qui résultent nécessairement du caractère totalisant des démarches religieuses et idéologiques.

« universalisme »⁸⁶⁴, au sens d'une vérité absolue objectivement constatable et qui pourrait donc être imposée à tous les ordres juridiques⁸⁶⁵. L'universel qui fonde la prétention à l'universalité de l'ordre juridique singulier est au contraire indispensable pour maintenir un équilibre entre la prétention à l'universalité et le sens du commun. Comme on a pu le dire, « l'intérêt fonctionnel de l'universel est qu'il maintient une transcendance, mais qui demeure interne ; qu'il pose un absolu – comme inconditionné ou, mieux, inconditionnable -, mais qui n'est pas religieux. Ainsi, c'est lui notamment qui tire après lui le commun et le promeut : grâce à lui le commun (du politique) ne s'enlise dans aucune appartenance établie, ne se confine dans aucun partage acquis, mais est porté à s'étendre [...] dans le sens d'un élargissement qui ne se connaît pas de fin. [...] C'est lui, l'universel, qui par sa rigueur, de la logique à l'Histoire, pousse vers cette "communauté universelle", *civitas universa* – des genres, des peuples, des Elus ; donc qui détourne le commun du communautarisme »⁸⁶⁶.

191. L'universel qui constitue avec l'antériorité des ordres juridiques nationaux un fondement du droit international privé joue dès lors un rôle fondamental pour la conception de l'ordre juridique dans son ensemble. En ce que l'« opérativité de l'universel [est] de vider toute formation-institution de son assurance, née de la totalisation dont elle se suffit, et de rouvrir une brèche dans ce confort de la clôture, [...] la fonction de l'universel est d'inquiéter toute saturation-satisfaction »⁸⁶⁷. L'universel devient ainsi « moteur : dans la pensée mais aussi dans l'Histoire »⁸⁶⁸. L'universel se pose alors comme un rempart contre la pensée totalitaire ou totalisante qui voudrait imposer une vérité absolue à la fois aux autres pays du monde et aux autres générations, passées et futures⁸⁶⁹, de son propre pays et qui correspond au risque de l'« universalisme »⁸⁷⁰. Face à ce risque, « c'est l'universel – et non le

⁸⁶⁴ Le suffixe « isme » suggérant, voire impliquant, déjà une radicalité et une prétention à l'absoluité de la notion qui versent presque inéluctablement dans une pensée totale, sinon totalitaire.

⁸⁶⁵ L'on pourrait également dire que cet universel moral ne doit pas être « édictée » aux ordres juridiques, pour reprendre le langage utilisé plus haut, (cf. *supra*, n° 111).

⁸⁶⁶ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 149.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, spéc. p. 144 ; Ce qui constitue un démenti fort convaincant des thèses qui conçoivent la communauté autour d'une nécessaire clôture à l'altérité (plaidant pour une telle conception, voy. p. ex. R. DEBRAY, *Le moment fraternité*, Gallimard, Paris, 2009) ; et de façon plus explicite encore : R. DEBRAY, *Éloge des frontières*, Gallimard, Paris, 2010.

⁸⁶⁸ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 148.

⁸⁶⁹ Voir présentes, pour imposer une pensée unique à l'ensemble de la population.

⁸⁷⁰ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 33, spéc. p. 146

particularisme – qui fournit le seul démenti véritable aux universalismes établis »⁸⁷¹. L'universel invite sans cesse à la réflexion et à la vigilance, nécessaires pour garantir que le droit puisse toujours tendre vers l'idéal de la justice, tout en garantissant le respect des diversités et singularités que l'universalisme prétend justement anéantir. Ainsi « c'est parce que l'universel maintient l'humanité en quête, et non parce qu'il prétendrait venir à bout de l'individuel ou du singulier qu'il fait figure d'idéal »⁸⁷². L'universel impose ainsi d'avoir conscience de la relativité avec laquelle chaque ordre juridique l'affirme. Cette conscience de la relativité impose le respect de la diversité, tout comme elle impose de posséder l'aptitude au dépassement de soi. Mais loin d'empêcher la lutte pour la réalisation de l'idéal de la justice, ce qui serait succomber au relativisme, cet universel implique aussi le devoir moral d'œuvrer universellement dans le sens de la réalisation de la justice⁸⁷³.

192. Introduisant une part de nécessaire dynamisme afin de garantir l'adaptation de l'ordre juridique aux besoins sociaux qui évoluent par hypothèse avec l'évolution de la société, l'universel permet ainsi de ne pas tomber dans la contradiction de l'universalisme. Au contraire, « l'idée d'une entente universelle entre les cultures, présentes ou passées, horizon jamais atteint ni même atteignable, puisque se déroband toujours derrière tous les universalismes proposés, n'en joue pas moins un rôle régulateur guidant la recherche »⁸⁷⁴. Il faut donc « concevoir l'universel comme un strict agent et vecteur – comme tel inépuisable – de promotion »⁸⁷⁵, ce qui permet à l'ordre juridique de toujours être capable de se dépasser afin de se rapprocher toujours de plus en plus, ou de nouveau, de l'idéal de justice. Idéal de justice qui est d'autant plus difficile à atteindre qu'avec l'évolution de la société, il se dérobe continuellement à l'ordre juridique. Or cet idéal, déjà si insaisissable dans les relations sociales internes à un ordre juridique singulier, devient évidemment encore plus fuyant dans les relations sociales se nouant entre plusieurs ordres juridiques à la fois. A l'indispensable

⁸⁷¹ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 146.

⁸⁷² *Ibid.*, spéc. p. 149.

⁸⁷³ Puisque son fondement est le respect des droits de l'homme. Cet engagement doit être d'autant plus fort que, comme nous le verrons, l'universel n'implique nullement l'uniformisation, mais une conception plurielle de la justice.

⁸⁷⁴ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 154, (en référence également à Kant, *Critique de la raison pure*, Dialectique transcendantale, VIIIe section, appendice à la dialectique §1) ; Recherche dont on sait qu'elle ne sera jamais parfaitement abouti, puisque l'idée de l'entente universelle donne « de cette recherche [...] l'exigence et même [l']impose à l'esprit comme une tâche nécessaire à poursuivre "autant qu'il est possible", même si jamais ne s'en voit l'aboutissement » (*ibid.*) ; mais ce caractère nécessairement inabouti empêche la perversion de cette recherche en pensée totalisante.

⁸⁷⁵ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 145 et la référence citée.

fonction de promotion de l'universel vient alors s'ajouter une autre fonction primordiale. En maintenant l'humanité en quête, y compris et surtout en ce qui concerne le dialogue entre les différentes cultures du monde, l'universel permet fondamentalement de « sortir de l'impasse des premiers écueils de l'interculturel[,] d'un côté l'universalisme facile et, de l'autre, le relativisme paresseux »⁸⁷⁶.

193. La prise de conscience de la dimension singulière et universelle du droit international privé permet alors de dégager une définition provisoire de ce qu'est aujourd'hui le concept de droit international privé : un ensemble de règles capable de concevoir l'universel – la prétention à l'universalité – au sein même de chaque ordre juridique national afin de permettre à l'ordre juridique d'organiser son ouverture au monde et de concevoir juridiquement les relations avec l'Autre dans le respect de l'altérité.

194. La prétention à l'universalité de l'ordre juridique singulier a alors comme conséquence de concevoir l'universel de l'ordre juridique de façon ouverte à la pluralité, afin de pouvoir apporter à chaque situation de fait la traduction juridique la plus juste⁸⁷⁷.

II Une prétention à l'universalité impliquant un universel conçu de façon ouverte à la pluralité

195. L'universel qui fonde le droit international privé doit clairement être distingué de l'universel sur lequel les auteurs des XVIIe au XIXe siècle ont cru fonder le droit international privé. Pour ces auteurs, nous avons vu que la réalisation concrète et la consécration juridique de cet universel nécessitaient l'acceptation commune de cet universel. Loin d'être véritablement universel, le droit international privé de ces auteurs, s'il supposait une acceptation universelle de la pluralité, n'en impliquait pas moins une conception commune du droit international privé. Il n'est donc pas étonnant que leurs théories n'aient jamais permis de se distancer du concept de communauté qui restait un élément indispensable de la construction d'un système de droit international privé. Nous avons vu aussi que le XXe

⁸⁷⁶ F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 155.

⁸⁷⁷ Il faut ainsi prendre conscience des aménagements qui résultent de la prétention à l'universalité pour le concept de justice lui-même. La prétention à l'universalité ne peut en effet se traduire par une transposition pure et simple de la justice matérielle interne, puisqu'une telle vision uniformisante constituerait une violation de la notion de justice.

siècle a su tirer les leçons intellectuelles de l'échec politique de l'hypothèse de réalisation d'un droit international privé universel et commun. Il n'en fallait pas moins découvrir les raisons pour lesquelles les ordres juridiques restaient juridiquement ouverts aux relations privées internationales qui, pour des raisons notamment économiques et culturelles, n'ont jamais cessé d'exister. Découvrir ces raisons dans les seules institutions du droit civil interne et dans l'antériorité de l'ordre juridique du for n'avait guère de sens, au risque de verser dans l'incoordination, voire dans l'exclusivisme. Les ordres juridiques ont donc compris qu'ils devaient se doter d'outils leur permettant d'appréhender juridiquement toutes les situations qui pouvaient se présenter à eux, et qu'ils ne pouvaient pas toujours faire prévaloir leurs conceptions internes. Autrement dit, les ordres juridiques conservent une prétention à l'universel, en ce sens qu'ils prétendent pouvoir apporter la solution la plus juste à toute situation, y compris internationale, que leurs juges pourraient avoir à trancher. L'ordre juridique singulier, prétendant à l'universalité, doit dès lors être capable de maîtriser la pluralité des situations pouvant se présenter à lui.

196. Se pose donc la question de savoir comment l'universel dont se dotent les ordres juridiques singuliers doit être conçu pour leur permettre de réaliser leur prétention à l'universalité⁸⁷⁸. Il est dans ce cadre nécessaire d'ancrer notre conception du droit international privé dans une philosophie qui reste profondément attachée au concept d'universel⁸⁷⁹, ce qui justifie que nous analysions les exigences qui résultent de la philosophie (A), avant d'envisager les conséquences qui en découlent pour le droit international privé et au regard desquelles l'universel pluriel révèle une très grande fertilité (B).

⁸⁷⁸ Le thème de l'universalité, déjà posé par les Grecs, reste, en particulier pour la pensée européenne, d'une brûlante actualité. La question est en effet posée de savoir « si [sous l'influence de la mondialisation] cet humanisme cosmopolitique qui, par son utopie, n'avait cessé de travailler jusqu'ici, en prolongement du stoïcisme antique, la conscience européenne, n'est pas précisément en train de finir de mourir sous nos yeux » (F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156, spéc. p. 64.) ? Or si l'universalité est une condition d'existence du droit international privé, la mort de l'humanisme cosmopolitique qui rendrait obsolète l'aspiration à l'universalité de celui-ci (*ibid.*) signifierait aussi la mort ou du moins l'obsolescence du droit international privé.

⁸⁷⁹ A rattacher à une pensée conjonctive qui peut être rattachée au cosmopolitisme : Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, traduit par Aurélié DUTHOO, Aubier (Alto), Paris, 2006, spéc. p. 16 et s.

A Les exigences morales de l'universel fondant la prétention à l'universalité

197. Il ne peut naturellement dans le cadre de la présente étude être fait un cours de philosophie morale ou politique. Il nous semble cependant indispensable de chercher à nourrir notre réflexion des éléments déduits de la philosophie, puisque les résultats auxquels peut aboutir la philosophie ont des répercussions évidentes sur la façon de concevoir le droit⁸⁸⁰. Pour saisir rationnellement l'ordre juridique singulier, y compris et surtout en sa dimension d'antériorité, nous avons besoin de le confronter à l'altérité, altérité d'autres systèmes normatifs, d'autres systèmes cognitifs, mais également d'autres systèmes juridiques. Cette recherche du sens de l'ordre juridique singulier implique alors une continuelle volonté, à tout le moins intellectuelle, de dépassement de soi et des cadres établis, puisque vouloir acquérir le savoir d'une « conscience de soi » implique « un aspirer au plus haut que soi »⁸⁸¹. La prétention à l'universalité impose ainsi à l'ordre juridique de se concevoir comme un système ouvert à la pluralité et au changement. L'anthropologie illustre doublement l'importance du système ouvert pour la personne, autour de la conception du « Moi comme un système ouvert »⁸⁸² et de l'idée que la personnalité « dans l'anthropologie culturelle, implique également que celle-ci soit un système ouvert sur la culture »⁸⁸³. Edgar Morin en tire la

⁸⁸⁰ La recherche de la transcendance rejoint d'ailleurs de façon saisissante la thèse particulariste du droit international privé, en ce que « l'au-delà de soi-même doit avoir finalement conscience que c'est lui-même qui est la source de la transcendance » (Wahl, *Traité de métaphysique*, 1953 p. 721, cité par Levinas, *Hors sujet*, 1987, Fata Morgana, p. 120). Les moyens de concevoir le système juridique de façon universelle (pour ne pas dire « transversale » en référence à Wahl) doivent en effet être découverts dans la société juridiquement constituée en système au niveau national. Or cette recherche de l'universel ne peut aboutir qu'en respectant les exigences d'une philosophie pluraliste, attachée à « la pluralité ultime du rapport interhumain » (E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 15) et respectueuse de « l'idée d'une transcendance effective dans la socialité » (*ibid.*, spéc. p. 32). Les philosophies cherchant la transcendance dans la réalisation de l'unité ne peuvent donc atteindre leur objectif, parce qu'elles restent nécessairement contingentes. Le droit international privé doit donc rester attaché aux rapports humains, nécessairement pluraux, et ne doit pas chercher à les fondre dans une néfaste unité, mais se montrer capable de saisir leur pluralité, seul moyen de s'ériger en système répondant au souci de transcendance et d'universalité. Dès lors, tout comme la transcendance naît de la relation intersubjective, l'ouverture à d'autres ordres juridiques est le seul moyen pour un ordre juridique national de se transcender et d'accéder à l'universel. Mais « pour qu'une véritable transcendance soit possible, il faut que l'autre concerne le moi, tout en lui demeurant extérieur. Il faut surtout que par son extériorité même – par son altérité – l'autre fasse sortir le moi de soi » (*ibid.*, spéc. p. 12).

⁸⁸¹ E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 31. A cette volonté du dépassement de soi s'ajoute en outre une nécessaire acceptation de la pluralité, puisque vouloir acquérir la conscience de l'essence de l'ordre juridique singulier impose les mêmes contraintes que la recherche de l'intelligence de l'Un, « intelligence émanée de l'Un, intelligence de l'Un [qui] serait, de par sa thématization même, déjà multiple » (*ibid.*, spéc. p. 30).

⁸⁸² Ouvert « à la fois sur le ça et le surmoi, ne pouvant se constituer qu'à partir de l'un et de l'autre », Edgar Morin analysant Freud, E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 32-33.

⁸⁸³ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 33.

conséquence importante que « la théorie et la logique [doivent être conçus] comme systèmes ouverts »⁸⁸⁴, et ce constat vaut pleinement pour la conception que nous devons nous faire de l'ordre juridique et du droit international privé. Il est ainsi logiquement nécessaire de concevoir la société et le droit comme des systèmes ouverts⁸⁸⁵.

198. Des enseignements déduits de la physique, et plus particulièrement de la thermodynamique, permettent d'illustrer la nécessité de concevoir l'ordre juridique comme un système ouvert. Le système ouvert est celui, tel par exemple la flamme d'une bougie, qui interagit en permanence avec son environnement et dont l'existence et la structure dépendent d'une alimentation extérieure. Le système ouvert se trouve donc dans une situation source de tensions. Il doit en effet « se fermer au monde extérieur afin de maintenir ses structures et son milieu intérieur qui, sinon, se désintégreraient »⁸⁸⁶. Mais en même temps le système dépend de l'apport d'une alimentation extérieure qui « permet au système de se maintenir en apparent équilibre, c'est-à-dire en état de stabilité et de continuité »⁸⁸⁷, équilibre qui « ne peut que se dégrader s'il est livré à lui-même, c'est-à-dire s'il y a clôture du système »⁸⁸⁸. D'où la conclusion que « c'est son ouverture qui permet la fermeture [du système au monde extérieur nécessaire au maintien de ses structures et son milieu intérieur] »⁸⁸⁹. Où l'on voit que l'ouverture est consubstantiellement liée à la préservation de la singularité du système de référence. Ainsi, « la seule façon de lutter contre la dégénérescence est dans la régénération permanente, autrement dit dans l'aptitude de l'ensemble de l'organisation à se régénérer et à se réorganiser en faisant front à tous les processus de désintégration »⁸⁹⁰. Cette idée trouve un prolongement fondamental pour l'étude des sociétés humaines, qui, si on veut y voir des systèmes, doivent intégrer cette exigence d'ouverture dans leurs structures fondamentales, parce que cette ouverture permet justement aux sociétés, comme aux systèmes ouverts, de se

⁸⁸⁴ Sur le fondement notamment de l'exigence d'expliquer le théorème de Gödel et « la brèche irréparable » qu'il crée dans tout système axiomatique (*ibid.*).

⁸⁸⁵ Cette conclusion s'impose en effet logiquement dès que l'on cherche à formaliser celle-ci, à en fournir un cadre théorique la transformant en système. Or cette recherche d'une formalisation est inhérente même au droit qui transforme la réalité sociale concrète qu'il appréhende en un système théorique abstrait. En raison d'une analogie avec le premier théorème de Gödel, qui vaut pour tout système théorique, « dans un système formalisé, il est au moins une proposition qui est indécidable : cette indécidabilité ouvre une brèche dans le système, qui devient incertain » (E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 63) Il y a donc toujours une incertitude, puisque toujours au moins l'un des axiomes du système aura besoin d'être justifié par le recours à un autre système qui souffrira de la même infirmité logique, « incertitude liée à la théorie du système ouvert » (*ibid.*). Mais cette incertitude est bénéfique, car c'est elle qui porte l'ouverture du système.

⁸⁸⁶ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 30–31.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 119.

donner de véritables structures et de les maintenir. Or la nécessité pour le droit d’appréhender la société dans une approche systémique ne fait aucun doute. Car même si la société elle-même est un phénomène qui échappe peut-être à la conceptualisation et à la systématisation, le droit ne peut en faire autant, puisqu’il est système et qu’à travers le droit la société devient système⁸⁹¹. Il peut même y avoir là une idée clé permettant de répondre aux exigences de nos actuelles « sociétés ouvertes » et aux enjeux de la mondialisation, puisqu’il faut organiser l’ouverture en vue et en s’assurant du maintien des structures intérieures du système ouvert, donc des structures fondamentales de la société ouverte⁸⁹². L’exigence d’ouverture confère en effet des structures sociales qui, tant qu’elles sont maintenues et défendues, permettent à la société de résister aux divers processus de désintégration.

199. Prétendre à l’universalité, comme nous le faisons sur le fondement du concept de droits de l’homme, nous impose donc un esprit d’ouverture et un strict respect de l’altérité, ce qui rejoint les débats menés sur le terrain de l’acceptation de la diversité culturelle⁸⁹³. La

⁸⁹¹ Ce qui renvoie à l’exigence d’une norme fondamentale constitutive de l’ordre juridique, qui ne peut, dans une acception démocratique, qu’être l’expression de la souveraineté, souveraineté qui suppose l’existence d’une société qui s’exprime et se consacre en se donnant une norme fondamentale instituant un ordre juridique.

⁸⁹² Ce qu’Edgar Morin exprime très justement en soulignant qu’« il faut opposer la pathologie immunologique – qui rejette tout, y compris les vitamines et les sucres nourriciers venant de l’extérieur, et qui caractérise le nationalisme clos – à la vertu immunologique, qui combine ouverture et fermeture, et qui est patriotisme » ; E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 54–55. Cela permet de critiquer une vision excessivement fermée de la notion de fraternité, qui se construit autour de la clôture, alors qu’elle doit se construire autour de la combinaison de la préservation du Nous, impliquant une certaine fermeture, et de l’ouverture à l’autre, impliquant un enrichissement constant du Nous (voy. pour une telle vision réductrice de la fraternité, R. DEBRAY, *Le moment fraternité*, Gallimard, Paris, 2009).

Depuis Karl Popper, l’on sait que la société ouverte produit nécessairement aussi des ennemis de la société ouverte (K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, 1^{ère} éd. 1945). Renoncer à la possibilité qu’il y ait des ennemis de la société ouverte signifie ainsi de renoncer aussi à la société ouverte. Pour préserver celle-ci, il n’en devient donc que plus nécessaire de continuellement régénérer la société ouverte autour de ses valeurs fondamentales, ce qui implique aussi de lutter continuellement contre les ennemis de la société ouverte, tout en sachant qu’il y aura encore des ennemis à l’avenir. Un peu comme les organismes vivants produisent des cellules qui s’adaptent continuellement, au prix du développement de cellules cancéreuses, lesquelles sont cependant combattues par un organisme sain à travers des mécanismes qui détruisent précisément ces cellules dégénérées. L’essentiel, pour la société aussi, n’est pas d’éradiquer le développement des cellules cancéreuses ou des pensées déviantes, bien qu’il faille évidemment chercher à prévenir leur apparition, mais sauf à sacrifier la liberté de pensée inhérente à la société ouverte, on ne peut garantir qu’il n’y en aura pas. Il s’agit au contraire surtout de savoir lutter efficacement contre ces pensées qui apparaissent et qui se révèlent dangereuses. Or le modèle de la société ouverte permet de fournir un cadre de lutte efficace, en permettant l’éradication des phénomènes anti-sociaux qui sont apparus, tout en ne sacrifiant pas la liberté individuelle, puisque l’on accepte l’éventualité de l’éclosion de pensées anti-sociales, tout en refusant leur épanouissement.

⁸⁹³ Comme le souligne Ghislain Otis, « de nos jours, l’éthique de la reconnaissance, de l’égalité et de la diversité des cultures prend le relais pour dénoncer l’ethnocentrisme de la prétention à l’universalité des cultures juridiques occidentales. Le respect et la reconnaissance juridique des identités culturelles sont dorénavant promus comme des valeurs de la philosophie politique libérale », G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in : *Méthodologie du pluralisme juridique*, Ghislain Otis (dir.), Editions Karthala, Paris, 2012, p. 9 à 24, spéc. p. 17, faisant référence également à Will KIMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford University Press, New York, 1989 ; et du même auteur *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal-La Découverte, Montréal-Paris, 2001.

prétention à l'universalité de l'ordre juridique singulier implique dès lors le respect de la pluralité des autres ordres juridiques. Comme on a pu le remarquer face à l'évolution de la science, « tout progrès important de la connaissance s'opère nécessairement par la brisure et la rupture des systèmes clos, qui ne possèdent pas en eux l'aptitude au dépassement »⁸⁹⁴. Or le droit international privé est l'illustration topique de la nécessité d'intégrer l'aptitude au dépassement aux fondements du droit. Ce droit doit en effet répondre à la prétention de nos ordres juridiques contemporains à l'universalité, c'est-à-dire la vocation de ceux-ci d'appréhender en théorie toute situation de fait qui se présenterait. Or personne ne peut prévoir quelles situations de fait peuvent se présenter au juge, mais celui-ci n'en est pas moins obligé de découvrir dans l'arsenal de règles objectives fournies par son Etat celles qui apporteront la juste réponse juridique à cette situation. Ne pas intégrer cette exigence d'universalité et d'ouverture conduit l'ordre juridique à nécessairement se constituer en système clos et à risquer dès lors sa brisure et sa rupture, en raison de l'incapacité des systèmes clos « d'intégrer des observations de plus en plus centrales, une véritable révolution qui brise dans le système ce qui faisait à la fois sa cohérence et sa fermeture »⁸⁹⁵. Or, la cohérence et la fermeture du système doivent être conçues autour de l'universel du système, donc de l'aptitude au dépassement de l'ordre juridique. Cette aptitude au dépassement sur le fondement de l'universel est d'ailleurs ce qui doit constituer le cœur de la pensée européenne, qui doit être capable de faire de « l'universel [le] moteur de sa culture singulière »⁸⁹⁶.

200. Il faut souligner que le respect de la pluralité implique aussi l'absence de totalisation de la conception singulière de l'universel⁸⁹⁷. L'ordre juridique qui prétend à l'universalité ne peut ainsi nullement imposer sa conception à d'autres ordres juridiques qui auraient une conception différente. L'ordre juridique se veut universel, ce qui implique qu'il conçoive cet universel de façon ouverte, de façon infinie. Or l'idée de totalisation implique l'idée de finitude et une prétention à inclure dans un même concept l'ensemble de l'existant⁸⁹⁸. Notre conception du droit doit pleinement respecter l'« impossibilité de la

⁸⁹⁴ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 64 en référence à Kuhn.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, spéc. p. 64.

⁸⁹⁶ E. MORIN, préc., note 5, spéc. p. 152.

⁸⁹⁷ L'absoluité de la conception singulière de l'universel n'est en effet pas totalité.

⁸⁹⁸ Tandis que l'idée d'absoluité implique l'idée d'infini et une prétention à être capable d'inclure l'ensemble de l'existence. La totalité est donc nécessairement exclusive en ce qu'elle entraîne le refus de tout ce qu'elle ne conçoit pas, tandis que l'absoluité est universelle en ce qu'elle accepte la relativité et la « concevabilité » de choses qu'elle ne conçoit pas encore.

totalisation »⁸⁹⁹, qui implique une attitude de grande prudence et d'ouverture à l'égard des autres systèmes et civilisations juridiques⁹⁰⁰.

201. L'universel réellement universel implique donc d'être capable d'accepter sa relativité et son évolutivité. Il faut, autrement dit, « toujours être capable de penser l'un et le multiple, car les esprits incapables de concevoir l'unité du multiple et la multiplicité de l'un ne peuvent que promouvoir l'unité qui homogénéise ou les multiplicités qui se referment en elles-mêmes »⁹⁰¹. En résulte une nécessaire ouverture à la diversité, condition même de l'existence et du maintien de l'ordre juridique singulier. En résulte également qu'il faut refuser d'abandonner la philosophie moderne, mais être capable de la repenser. L'idée selon laquelle le postmodernisme serait le « fondement idéologique du pluralisme juridique »⁹⁰² est injustifiée, puisque la pluralité juridique peut tout autant, voire en réalité bien mieux, être conçue sur le fondement d'un universel ouvert qui puise ses sources dans la philosophie moderne. La modernité repensée permet ainsi de garantir le pluriel, qui est même une de ses exigences cognitives, sans s'exposer aux dangers inhérents au postmodernisme⁹⁰³. La méthode qu'il faut dès lors adopter est une méthode plurielle, à distinguer d'une méthode plurale⁹⁰⁴ ou pluraliste⁹⁰⁵. Seule la méthode plurielle permet de garantir efficacement le

⁸⁹⁹ Sur laquelle voy. notamment E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 57–68.

⁹⁰⁰ Prolongeant cette idée, on peut dire que l'universel à rechercher par l'ordre juridique est l'universel du juste, et non l'universel du bien. L'universel du bien s'inscrit dans une logique totalisante, sinon totalitaire, et l'histoire a montré à maintes reprises qu'en recherchant le bien, l'homme commet souvent le pire (il prétend en effet alors imposer le bien aux autres, fût-ce par la force, et tout ce qui reste autre est perçu comme ennemi insupportable du bien, qu'il faut donc éliminer), alors que c'est en recherchant le juste qu'il permet le bien. La société ne peut elle-même réaliser le bien, elle peut simplement permettre à ses membres de le réaliser. Mais la société peut réaliser la justice, autour d'une justice collective formalisée par le droit. Et l'établissement d'une justice collective permettant le bien, sens de l'universel qui fonde le droit, est certainement aussi finalité profonde du droit international privé.

⁹⁰¹ E. MORIN, « Entretien avec Edgar Morin : pour une politique de civilisation », *Label France, le magazine (Ministère des Affaires étrangères)* 1997.28.

⁹⁰² H ABDELHAMI, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in : *Méthodologie du pluralisme juridique*, Ghislain Otis (dir.), Editions Karthala, Paris, 2012, p. 135 à 182, spécialement page 176.

⁹⁰³ Postmodernisme qui est dangereux, au-delà de la critique de relativisme, qui à nos yeux est déjà à elle-seule déterminante (cf. *supra*, n° 191 et n° 192), puisqu'il impliquerait, pour reprendre la liste d'un auteur se revendiquant pourtant de la postmodernité, d'accepter des sacrifices injustifiables en termes de légitimité du droit et de fonctionnement de la démocratie, de renoncer à chercher un sens global, d'abandonner le droit comme outil de régulation sociale et de fragmenter les droits, même si cela devait conduire à l'intolérance et à l'oppression (*ibid.* spéc. pages 163 à 169).

⁹⁰⁴ Pour certains auteurs, « l'approche plurale du droit [...] est étroitement liée à l'interculturalisme, c'est-à-dire la prise en compte de la diversité culturelle humaine et à la mise en dialogue des différentes cultures » (C. EBERHARD, « L'impact méthodologique de l'analyse plurale dans l'étude anthropologique des cultures juridiques », in : *Méthodologie du pluralisme juridique*, Ghislain Otis (dir.), Editions Karthala, Paris, 2012, p. 53 à 96, spéc. p. 56 à 57 ; L'étude porte sur l'anthropologie, et non sur le droit à proprement parler). Pourtant, cette notion d'« interculturalisme » est condamnable si l'on veut la transporter sur le terrain du politique. Au sein de

respect de la pluralité des cultures, objectif qui est à la fois plus exigeant et plus contraignant que la simple prise en compte de la diversité culturelle.

202. L'ouverture au pluriel résulte donc directement des exigences propres au concept d'universel que nos ordres juridiques prétendent réaliser. Reste à envisager quelles conséquences peuvent être déduites pour le concept de droit international privé de ces exigences philosophiques.

B L'évidente fertilité de l'universel pluriel pour le droit international privé

203. La conception du droit international privé doit évidemment se faire en respectant les apports du positivisme et le droit international privé ne saurait constituer une sorte d'échappatoire à l'exigence, pour une situation de fait, d'être reconnue par un ordre juridique en vue d'être revêtue de juridicité. Pour le droit international privé, les particularistes ont eu le grand mérite de souligner la nécessité logique de chercher cette consécration juridique dans l'ordre juridique du for. Seulement, particularistes et positivistes ont su convaincre au-delà de leurs ambitions. Il ne faut pas oublier en effet que le fondement du positivisme moderne est la légitimité de la norme fondamentale et de l'autorité représentant l'ordre juridique. Or la souveraineté qui découle de ces considérations est

l'Union européenne on peut s'appuyer sur une culture commune, fondée sur l'universel pluriel, qui évite de devoir verser dans l'« interculturelisme ». Et pour le chercheur en général, la méthode plurale reste importante, puisqu'elle est porteuse de remise en cause et de réflexion, mais pour le politique, ou le chercheur au moment de ses propositions, elle conduit à un insupportable relativisme. Il va de soi que ce relativisme n'est pas acceptable dans une société qui défend encore certaines valeurs.

⁹⁰⁵ Sur le sens du pluralisme et de la pluralité, voyez p.ex. R. VACHON, « Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité » (*Conférence donnée au séminaire I Pluralisme et Société, Discours alternatifs à la culture dominante, organisé par l'Institut Interculturel de Montréal, Centre de documentation de l'IIM, 1997, également accessible sous <http://www.dhdi.free.fr/recherches/horizonsinterculturels/articles/vachonpluralism.htm>*), qui montre bien les dangers d'une méthode pluraliste, car l'auteur semble surtout être un auteur très relativiste diluant le sens du droit, en ce que d'après lui le pluralisme conduit à « la coexistence impossible, [...] l'irréductibilité ultime de nos différences, l'unicité totale de chaque être » et que « les différences entre nous ainsi qu'entre les éléments de la nature [sont] irréductibles à la conscience la plus haute que quelqu'un puisse en avoir » (p. 7). L'on est en réalité très loin d'un pluralisme conçu, pourtant par le même auteur, comme « l'éveil à l'autre, non comme un vide à remplir, mais comme une plénitude à découvrir » (*ibid.*). Car que peut-on vouloir découvrir face à cet autre irréductible à la conscience ? Le respect de l'autre ne peut trouver de fondement dans un tel système, ce qui condamne radicalement un tel système. L'on est loin en effet de Levinas qui voyait dans le trait commun de l'humanité de l'autre homme le fondement d'une responsabilité irréductible à l'égard de l'autre homme (cf. *infra*, n° 289).

nécessairement absolue⁹⁰⁶. Appliqué au droit international privé, on ne voit dès lors pas pourquoi un ordre juridique se verrait logiquement dans l'incapacité de s'appliquer universellement à toute situation de fait. Posé comme tel, cela semblerait permettre l'application universelle des conceptions matérielles de l'ordre juridique du for. Sur ce point, l'histoire et la raison conjuguent leurs forces pour nous montrer la dangerosité d'une telle attitude⁹⁰⁷. Mais l'intégration de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique change radicalement la donne, car elle impose à l'ordre juridique d'accepter sa propre relativité afin de respecter l'universel qui fonde sa prétention à l'universalité.

204. Le recours au positivisme juridique et à la souveraineté est donc insuffisant pour construire le droit international privé. Et ce n'est pas dans le droit international public à proprement parler que l'on peut trouver de véritables tempéraments à cette insuffisance⁹⁰⁸. La théorie du droit international public recèle cependant de très intéressants éléments de comparaison, en ce que celle-ci souligne également que le droit international public doit être construit autour d'un universel cosmopolitique respectueux des particularités nationales⁹⁰⁹ et met l'accent sur le fait que « particularisme et cosmopolitisme sont les deux faces du droit

⁹⁰⁶ Au point d'ailleurs de pouvoir prévoir toute limitation de la souveraineté, y compris celles remettant en cause le fondement de la souveraineté elle-même (CIJ, affaire du Lotus).

⁹⁰⁷ Cf. not. *supra*, n° 168 et s.

⁹⁰⁸ Puisque les ordres juridiques disposent d'une telle liberté qu'aucun système de droit international privé ne saurait en résulter. Fonder le droit international privé sur le commun, tel qu'exprimé par le droit international public, « droit commun des Etats », est donc une attitude particulièrement stérile. La liberté des ordres juridiques face aux situations de droit privé est le plus souvent absolue, en sorte que l'attitude qu'ils adoptent à l'égard de situations internationales n'implique pas du tout nécessairement la reconnaissance d'un système de droit international privé. Les ordres juridiques peuvent en effet être rigoureusement exclusivistes et exclure la juridicité de toute situation qui n'entre pas spécialement dans leur champ d'application unilatéralement déterminé. Les ordres juridiques peuvent à l'opposé être exagérément universalistes et appliquer leurs conceptions matérielles à toute situation internationale, ce qui implique que cet ordre juridique se dote unilatéralement d'un champ d'application indéterminé et universel. Ces deux attitudes se rencontrent dans l'histoire, mais aucune ne permet le développement d'un système de droit international privé dans lequel l'étranger est respecté dans sa diversité. Le seul apport du droit international public est de dire, peu ou prou, qu'il appartient aux ordres juridiques nationaux de construire pour leur propre compte un système de droit international privé.

⁹⁰⁹ Voy. l'ouvrage collectif *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Mortimer N. S. Sellers (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012 ; Les auteurs y remarquent notamment que « Considering parochialism and cosmopolitanism, we have seen how parochialism finds its origin within the conceptual framework of the particularistic paradigm. [...] On the other hand, cosmopolitanism originates from the broader background of universalism, addressing the need for a level of public law that explicitly contains the norms regulating the interactions of humans as such, regardless of their status as citizens » (A. von BOGDANDY et S. DELLAVALLE, « Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law », in *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Mortimer N. S. Sellers (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 40 – 117, spéc. p. 113 et 114) et « cosmopolitan justice entails parochial liberty and independence. The cosmopolitan "principles of justice and international law" serve every separate state in the international community, as well as the community of nations as a whole » (M. SELLERS, « Parochialism, Cosmopolitanism, and Justice », in *Parochialism, Cosmopolitanism,*

international, qui reconnaît notre commune humanité en nous protégeant dans nos différences »⁹¹⁰.

205. Fonder le droit international privé sur l'universel, concept affirmé de façon singulière et unilatérale par l'ordre juridique national, comporte des conséquences très importantes pour la conception de la matière. Cet universel ne signifie en effet pas l'application universelle par l'ordre juridique du for de ses propres jugements de valeurs, mais impose logiquement le respect du pluriel et l'ouverture aux jugements de valeurs véhiculés par les ordres juridiques étrangers. Cet universel pluriel impose ainsi l'obligation positive de la construction d'un système de droit international privé. Système qui doit être universel, d'une part, en ce que toute situation de fait qui se présente à l'ordre juridique sera dotée d'une certaine juridicité, d'autre part, en ce qu'une situation présentant des contacts avec un ordre juridique étranger peut ou doit être appréciée au regard des valeurs matérielles de l'ordre juridique étranger. S'il est donc nécessaire de se référer aux ordres juridiques positivement constitués pour construire un système de droit international privé, la prétention à l'universalité de ces ordres juridiques leur impose en même temps l'ouverture à la pluralité et le respect de la diversité. Se trouve ainsi logiquement fondée l'affirmation que « ce que fait en réalité le droit international privé [...] c'est gérer un pluralisme juridique »⁹¹¹. L'universel de l'ordre juridique singulier impose dès lors un système intermédiaire entre l'exclusivisme et l'universalisme total. L'ordre juridique qui confère la juridicité à une situation de fait doit ainsi avoir conscience de la nécessité qu'il peut y avoir, face à une situation internationale, de ne pas appliquer ses conceptions matérielles propres, mais qu'en raison de l'intégration de cette situation internationale à un autre ordre juridique, il convient de faire prévaloir les conceptions matérielles de cet ordre juridique étranger.

206. La vocation universelle de l'ordre juridique qui résulte de sa prétention à l'universalité se manifeste de différentes manières. La situation internationale peut en effet être inégalement intégrée à l'ordre juridique du for. Cet ordre juridique peut ainsi estimer que

and the Foundations of International Law, Mortimer N. S. Sellers (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 250 – 275, spéc. p. 273).

⁹¹⁰ « Parochialism and cosmopolitanism are two faces of international law, which recognizes our common humanity by protecting us in our differences », Mortimer SELLERS, « Parochialism, Cosmopolitanism, and Justice », préc., spéc. p. 275.

⁹¹¹ P. FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », in, Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2e édition de l'Ordinamento giuridico par Lucien François et Pierre Gothot, Réédition présentée par Pierre Mayer, Paris, Dalloz, 2e édition, 2002, p. XVI.

la situation est suffisamment intégrée pour que ses organes juridictionnels soient concernés, mais pas suffisamment pour que ses conceptions matérielles et donc son droit interne ne le soient. L'ordre juridique reconnaîtra donc sa compétence internationale directe, mais appliquera un droit étranger au litige. L'ordre juridique peut également adopter une attitude témoignant d'une intégration plus faible de la situation internationale à l'ordre juridique, en refusant, au-delà de l'applicabilité de son droit interne, la compétence de ses juridictions. Mais ce refus de la compétence internationale directe ne s'accompagne pas du refus de reconnaître ensuite les effets d'une décision qui interviendrait à l'étranger, en sorte que ce refus n'implique pas le refus de la juridicité de la situation. L'impossibilité pour les personnes concernées d'obtenir une décision étrangère qui serait reconnue dans l'ordre juridique du for fonde d'ailleurs la compétence directe du juge national sur le fondement du risque de déni de justice, ce qui confirme de façon particulièrement forte la vocation universelle de l'ordre juridique qui reconnaît cette possibilité. Le droit international privé réalise ainsi une double intégration de la situation présentant un caractère d'extranéité, que nous distinguerons pour les besoins de la présente étude entre l'intégration juridictionnelle et l'intégration matérielle.

207. *L'intégration juridictionnelle* exprime l'intérêt qu'a l'ordre juridique de reconnaître la situation internationale comme relevant de sa sphère d'influence. Une situation juridictionnellement intégrée est une situation pour laquelle la société à l'origine de l'ordre juridique estime avoir un intérêt à intervenir. Il s'agit donc de chaque situation de fait à laquelle l'ordre juridique estime utile ou nécessaire d'attacher un quelconque effet juridique. Un refus de l'intégration juridictionnelle se traduit dès lors logiquement par un désintérêt total de l'ordre juridique et le refus de toute reconnaissance de la situation, et donc le refus d'attribuer une juridicité à la situation. L'intégration juridictionnelle s'exprime notamment par la reconnaissance d'un chef de compétence directe et la possibilité de la reconnaissance d'une décision étrangère. L'universel qui fonde le droit international privé a pour conséquence que toute situation de fait est juridictionnellement intégrée à l'ordre juridique du for, en ce sens que ce dernier appréhende juridiquement potentiellement toute situation de fait⁹¹².

⁹¹² Même en l'absence de compétence directe, le risque du déni de justice peut encore fonder une action. L'absence d'élément de rattachement avec l'ordre juridique et l'absence de risque de déni de justice soustrait certes des situations juridiques à celui-ci, mais c'est alors la possibilité de la reconnaissance et de l'exécution de la décision étrangère qui réalise l'intégration de la situation et conduit à conférer à la situation une juridicité à l'égard de l'ordre juridique de réception. Les seules situations qui échappent véritablement à cette idée sont celles dans lesquelles il n'y a pas d'intérêt à agir. Mais c'est alors parce que l'ordre juridique considère que la situation de fait correspond à une situation satisfaisante, ou en tout cas pas sérieusement contestable. Et il

208. *L'intégration matérielle* correspond de son côté non seulement à l'intérêt qu'a l'ordre juridique à intervenir, mais également à l'intérêt de celui-ci à voir s'appliquer ses propres concepts matériels, et donc règles internes. Il s'agit de situations intégrées de façon suffisamment forte à l'ordre juridique pour que celui-ci estime que la situation fait pleinement partie de la société qui l'a institué et dont les règles doivent dès lors s'appliquer. Cette intégration matérielle se traduit notamment par l'application des concepts matériels de l'ordre juridique national par l'application du droit national sur le fondement de la règle de conflit, d'une loi de police ou de l'exception d'ordre public, y compris le cas échéant pour refuser la reconnaissance d'une décision étrangère. La prétention à l'universalité de l'ordre juridique qui résulte de l'universel qui fonde le droit international privé impose d'avoir une vision plurielle quant à cette intégration matérielle. L'intégration juridictionnelle d'une situation internationale à l'ordre juridique du for ne signifie ainsi nullement qu'elle y est également matériellement intégrée, et l'ordre juridique du for doit accepter l'intégration matérielle éventuelle à un ordre juridique étranger. L'intégration matérielle à l'ordre juridique du for n'est à retenir que lorsqu'elle est justifiée soit par des considérations conflictuelles, notamment de proximité, soit par des considérations matérielles particulièrement fortes, justifiées par l'antériorité de l'ordre juridique du for, mais sans cesse repensées face aux exigences d'ouverture à la pluralité résultant de la prétention à l'universalité de l'ordre juridique.

209. L'universel pluriel condamne en même temps la présupposition du commun, qui n'est donc pas nécessaire pour concevoir le droit international privé. Cela n'empêche pas que le commun puisse être un outil fort utile pour le droit international privé, comme en témoigne la coopération judiciaire internationale. Le droit international privé s'inscrit effectivement dans une logique très différente de la logique « naturelle » des relations internationales lorsqu'il est le fruit d'une coopération entre ordres juridiques. Dans ce cadre, le commun peut venir soutenir l'universel pour permettre au droit international privé d'avoir une concrétude et une effectivité accrues. Le droit international privé peut donc mieux atteindre ses objectifs s'il est construit autour d'un commun, mais il ne faut pas pour autant oublier que l'exigence naturelle du droit international privé est d'être universel. Le commun n'est donc plus une condition, ni même une présupposition du droit international privé, mais

consacre alors directement (y compris, en un certain sens, juridiquement) la situation qui existe en fait. L'on rejoint ici évidemment les considérations générales relatives à la question de l'intérêt à agir.

peut seulement être un catalyseur. Le système de droit international privé doit pouvoir fonctionner sans lui, même s'il ne fait pas de doute qu'avec lui il fonctionnera mieux⁹¹³.

210. La conscience d'un double niveau d'intégration des situations internationales par rapport à l'ordre juridique entraîne logiquement un besoin important d'articulation entre conflit de lois et conflit de juridictions⁹¹⁴. La compétence du juge qui résulte de l'intégration juridictionnelle, reste fondamentalement liée à l'antériorité de l'ordre juridique national, tandis que le conflit de lois, en cherchant l'intégration matérielle de la situation, exprime l'universalité de l'ordre juridique national. Au niveau de la reconnaissance des décisions étrangères, on retrouve également les deux niveaux d'intégration. En opérant un jugement de valeur, l'autorité qui prend la décision procède nécessairement à une intégration matérielle de la situation, qui se trouve formalisée par la norme juridique que constitue la décision. En même temps, la reconnaissance sera subordonnée à l'existence d'une intégration juridictionnelle de la situation avec l'ordre juridique étranger, faute de quoi la décision étrangère ne sera pas régulière au regard de la condition de la compétence internationale indirecte. En reconnaissant la décision, l'ordre juridique de réception accepte que la situation est juridictionnellement intégré à son propre ordre juridique, et accepte l'intégration matérielle à, et opérée par, l'ordre juridique étranger dont on reconnaît la décision. La reconnaissance est donc également fortement liée à la prétention à l'universalité de l'ordre juridique de réception. Quant à l'influence jouée par l'existence éventuelle d'un sentiment de communauté entre ordres juridiques, particulièrement perceptible en matière de reconnaissance, il ne faut pas perdre de vue que l'acceptation d'une situation, qu'elle résulte de l'application d'une loi étrangère ou de la reconnaissance d'une décision étrangère, n'est pas subordonnée à une condition de communauté entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique étranger⁹¹⁵, mais à une condition de compatibilité de l'ordre juridique étranger avec l'ordre juridique national, ce qui est résolument plus ouvert et plus propice aux relations privées internationales⁹¹⁶. La communauté favorise naturellement la compatibilité, et en cela

⁹¹³ L'exigence de communauté est en quelque sorte remplacée par une exigence de conformité aux valeurs de l'ordre juridique du for, qui joue alors fictivement la même fonction que la communauté pour un ordre juridique pluriel au sein duquel existe une réelle communauté.

⁹¹⁴ Pour esquisser ici rapidement les rôles respectifs des méthodes et de la façon dont ils concourent à l'intégration de la situation de fait dans l'ordre juridique du for, nous reviendrons évidemment plus longuement sur le point (cf. *infra*, n° 596 et s.).

⁹¹⁵ Et qui supposerait une conformité de l'ordre juridique étranger à l'ordre juridique national qui remet en cause le postulat de la diversité des ordres juridiques.

⁹¹⁶ A rapprocher de Levinas (E. LEVINAS, « Paix et proximité » dans *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 136–148,) qui précise que (aux pages 141-142):

on peut dire que la communauté est un catalyseur très puissant de l'universalité. Mais la communauté ne saurait remplacer l'universalité, qui reste, avec l'antériorité de l'ordre juridique national, le fondement du droit international privé.

« L'on doit précisément mettre en question la conception selon laquelle dans la multiplicité humaine le moi se réduirait à la fraction d'un Tout [et qu']il faut se demander à propos de l'identité du moi, si l'altérité d'autrui n'a pas – d'emblée – un caractère absolu – comme si autrui n'était pas seulement, au sens logique, autre : autre d'une altérité logiquement surmontable dans un genre commun – ou transcendentale surmontable, en se prêtant à la synthèse opérée par un "je pense" kantien. Il faut se demander si la paix, au lieu de tenir à l'absorption ou à la disparition de l'altérité, ne serait pas au contraire la façon fraternelle d'une proximité d'autrui, laquelle ne serait pas simplement le raté d'une coïncidence avec l'autre mais signifierait précisément le surcroît de la socialité sur toute solitude – surcroît de la socialité et de l'amour ».

Conclusion du titre : Le rôle de la communauté pour le droit international privé européen

211. Trois phases majeures nous ont paru caractériser l'histoire du droit international privé, entendu comme « droit de la diversité ». La première étape était la découverte de l'universel, mais il s'est avéré qu'à lui seul l'universel était une source d'uniformisation et de refus de l'altérité. Dans un second temps, et de façon plus convaincante, le pluriel a émergé au sein d'une communauté, dans un premier temps juridique et politique, dans un second temps conceptuelle. L'absence de communauté conduisait à la découverte et l'affirmation de la singularité de chaque ordre juridique. Mais les ordres juridiques, en consacrant l'esprit d'ouverture des différentes sociétés nationales, ont accepté la pluralité des ordres juridiques, ce qui a permis l'adaptation et la survie du droit international privé. S'en est dégagé une définition renouvelée de la matière du droit international privé, comme l'ensemble des règles par lesquelles un ordre juridique singulier prétend à l'universalité autour d'une nécessaire ouverture à la pluralité.

212. Ce concept de singulier qui est à la fois universel et pluriel soulève cependant une interrogation au regard des concepts qui doivent guider la construction du droit international privé européen. Le cadre européen est en effet particulier, l'Union européenne se présente comme une « communauté de droit »⁹¹⁷, ce qui permet de construire le droit international privé « intra-européen » sur le modèle d'une communauté politique acceptant la pluralité juridique des différents ordres juridiques la composant. Le commun pourrait ainsi jouer pleinement son rôle de catalyseur de l'acceptation de la diversité et amener un « véritable droit international privé européen » qui atteigne cet objectif, recherché depuis Savigny, que « la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé »⁹¹⁸. Dans les relations intra-européennes, le droit international privé européen se présenterait ainsi comme le droit d'un ordre juridique commun. Il ne serait guère cohérent de ne pas tenir compte des particularités de la construction européenne, et notamment de l'émergence de la citoyenneté de l'Union

⁹¹⁷ Arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts / Parlement* (294/83, Rec. 1986 p. 1339), point 23.

⁹¹⁸ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. §348, p. 30.

européenne, dont résulte que « la condition d'étranger cède progressivement la place au statut de citoyen »⁹¹⁹ et que « l'appartenance à la citoyenneté commune l'emporte sur l'extranéité nationale »⁹²⁰.

213. Mais l'Union européenne prétend aussi poser un droit international privé qui n'est pas limité aux seules relations intra-européennes et qui a une vocation « universelle »⁹²¹. Mais les concepts qui sont alors utilisés pour construire le système de droit international privé ne sont absolument plus les mêmes. Dans les relations avec les ordres juridiques tiers, l'on ne peut plus partir de la considération d'une communauté entraînant une acceptation *a priori* de la diversité. La source de l'acceptation de la pluralité n'est plus une communauté qui impose cette acceptation, mais l'ordre juridique du for qui accepte une certaine relativité de ses propres conceptions matérielles afin de pouvoir saisir l'ensemble des relations juridiques, et ce de façon juste. Autrement dit, dans les relations extra-européennes, le droit international privé européen se présenterait comme le droit d'un ordre juridique singulier prétendant à l'universalité.

214. Le choix de l'approche retenue est loin d'être anodin. Il est aisé de percevoir que l'acceptation de la diversité est beaucoup plus facile au sein d'une communauté dont les solutions sont à peu près connues et prévisibles. La confiance qui existe, bon gré, mal gré, au sein de la communauté peut faire croire en la justesse et la justice des solutions diverses retenues par chaque membre de la communauté. Il en va très différemment de l'acceptation de la diversité lorsque l'on réalise « un saut dans l'inconnu »⁹²² et que la solution apportée par l'ordre juridique étranger peut toujours être suspectée d'injustice.

215. Si l'on veut construire le droit international privé des relations intra-européennes sur le modèle du droit international privé d'un ordre juridique singulier prétendant à l'universalité, il ne faut pas perdre de vue que la confiance qui résulte du concept de communauté, notamment en termes de reconnaissance des actes et des situations, de coopération judiciaire et d'application du droit étranger, est un facteur améliorant grandement

⁹¹⁹ J. S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, collection « Thémis », PUF, 2008, n° 209

⁹²⁰ J.-Y. CARLIER, « Non-discrimination et étrangers », *Cahiers du CeDIE*, 2012/4 (texte présenté au colloque des 7 et 8 avril 2011, de l'Université Montesquieu Bordeaux IV sur *La non-discrimination entre les européens*, accessible sous : http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/ssh-cdie/documents/2012-4-J_-Y_Carlier.pdf, p. 1 à 20, spéc. p. 20).

⁹²¹ Cette démarche peut d'ailleurs être tout à fait louable en vue de la simplification du droit et de la sécurité juridique qui est son corollaire.

l'efficacité et la justice du système de droit international privé. Il faudrait dans ce cadre à tout le moins prévoir des mécanismes permettant un approfondissement du droit international privé européen lorsqu'il est appliqué aux relations intra-européennes. On rejoint ainsi une problématique générale du processus de fédéralisation, puisque « la Fédération "internalise" des relations qui étaient auparavant interétatiques (internationales) sans pour autant que ces relations deviennent des "relations intra-étatiques" [(internes), et qui soulève] la difficulté de l'analyse [de] cette équiparation, [de] cette quasi-similitude qui n'est cependant pas une identité »⁹²³.

216. Si, au contraire, on décidait de construire le droit international privé européen sur le modèle d'un ordre juridique commun, ce qui aurait l'avantage de pouvoir appuyer la construction sur le concept du commun pour approfondir grandement le système de droit international privé, il faudrait rester conscient des limites de ce système dans les relations avec des ordres juridiques extra-européens. L'absence de communauté entraînerait en effet une absence de confiance et obligerait à introduire des techniques protégeant l'antériorité des ordres juridiques nationaux, qui ne seraient pas nécessaires au niveau des relations intra-européennes.

217. Les avantages et inconvénients de chacune de ces approches seront analysés ultérieurement⁹²⁴. Mais l'étude historique des éléments fondateurs du droit international privé aura eu le mérite d'expliquer clairement la différence fondamentale existant entre un droit international privé « intra-européen » et un droit international privé « extra-européen ». Appréhender les deux d'une façon uniforme, comme c'était fait traditionnellement pour les outils concernant le conflit de lois, est une démarche qui risque d'occulter les particularités de chacun des systèmes et de ne plus leur apporter des solutions appropriées. Des difficultés apparaîtront inévitablement de ce que le droit international privé de l'Union est conçu comme un droit international privé unique apportant, tantôt, des solutions fondées sur le concept de communauté aux relations entre deux ordres juridiques singuliers, tantôt, à l'inverse, des solutions fondées sur le concept de singulier prétendant à l'universalité aux relations au sein

⁹²² D'après la formule d'Ernst Rabel.

⁹²³ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, 2^e éd., Presses Universitaires de France - PUF, Paris, 2009, spéc. p. 231 : « la Fédération "internalise" des relations qui étaient auparavant interétatiques (internationales) sans pour autant que ces relations deviennent des "relations intra-étatiques" [(internes), et qui soulève]. L'on voit que la difficulté de l'analyse réside dans cette équiparation, dans cette quasi-similitude qui n'est cependant pas une identité »

⁹²⁴ Cf. *infra*, n° 596 et s.

d'un ordre juridique commun. Dans chacune de ces situations l'inadéquation du système de solutions avec le problème à résoudre rend la justesse du résultat à tout le moins aléatoire. Il conviendra donc de prendre toute la mesure des particularités propres des relations intra-européennes et des relations extra-européennes et d'apporter à chacune de ces deux catégories le système de solutions approprié au vu des problèmes particuliers à résoudre.

218. Une fois que ces deux systèmes de solutions propres auront été dégagés se posera la question de leur compatibilité avec un système unique adaptable aux particularités de chacune de ces deux catégories de relations. Si politiquement la démarche inverse, qui pose d'abord un système unique englobant le plus de situations possibles, quitte à subir des adaptations ultérieures, est peut-être plus efficace, scientifiquement, il nous semble que la rectitude du système de droit international privé européen mis en place ou à mettre en place doit résulter de la démonstration de son adéquation avec l'ensemble des particularités des relations que ce système prétend régler. Si ces particularités appellent des solutions différentes là où le système de solutions ne propose qu'une règle unique, il faudra alors faire évoluer le système sur ce point. Or construire l'ensemble du droit international privé européen « commun » et « universel » sur les mêmes présupposés théoriques risque de toujours disqualifier scientifiquement l'une de ses branches. Là où le système sera fondé sur le concept de communauté, ses solutions en termes de relations extra-européennes seront disqualifiées. Là où il sera fondé sur le concept d'universalité, ses solutions en termes de relations intra-européennes seront insuffisantes. D'où la nécessité impérieuse de construire le droit international privé européen de façon différenciée dans sa vocation européenne et dans sa vocation universelle. Mais dans ces deux versants, le droit européen devra toujours tenir compte des éléments qui résultent de ce que le droit international privé doit être conçu comme un singulier universel et pluriel, au premier rang desquels figurent l'antériorité, l'universalité et la pluralité des ordres juridiques nationaux.

Titre 2 Le concept de droit de la famille face aux enjeux contemporains

219. Il ne peut s'agir ici de faire un travail s'appuyant sur une étude historique du droit de la famille. La question est trop vaste et a déjà été traitée dans des ouvrages reconnus⁹²⁵. Le concept de droit de la famille semble en outre suffisamment clairement établi pour qu'il ne soit pas nécessaire de chercher à le définir en s'appuyant sur des éléments historiques. Droit dans une relation étroite avec les évolutions sociales, il s'agit plutôt d'analyser les phénomènes contemporains qui intéressent le droit de la famille afin d'être capable de révéler les défis auxquels sont confrontés aujourd'hui les acteurs du droit lorsqu'ils traitent et font évoluer le droit de la famille. Ces défis s'adresseraient en effet *a priori* autant au droit de la famille de l'Union européenne qu'aux droits de la famille des Etats membres.

220. Les phénomènes contemporains relatifs au droit de la famille s'inscrivent dans une triade « Individu – Famille -Etat »⁹²⁶. Puisque nous analysons ici plus spécialement la place de la famille, il est donc nécessaire de tenir compte des relations de la famille à l'individu et à l'Etat, et ce que ce dernier représente. Car à travers l'Etat, c'est en réalité la société dans son ensemble qui est visée. Cette relation de la famille à la société semble anthropologiquement et sociologiquement inévitable. La famille est en effet née avec les premières sociétés humaines, « dans ce qu'il convient d'appeler "l'arkhè-société", dont elle

⁹²⁵ Pour l'approche historique, voy. notamment M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, Intersentia, Antwerpen, Belgique, 2006 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996 ; et dans une perspective plus générale H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4^e éd., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004 ; G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen : le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Bibliotheca Iuridica, Publications de la Faculté de Droit de l'Université Eötvös Loránd, Budapest, 2005.

⁹²⁶ M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit - Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1999, titre de la 2nde partie, p. 409 et s. ; et notamment l'étude « Individualisme et communautarisme : L'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », p. 433-464, également publié dans la *Brigham Young University Law Review*, vol. 1993, issue 2, page 645-691 (accessible sous : <http://www.law2.byu.edu/lawreview4/archives/1993/2/meu.pdf>) ; à rapprocher également de I. THERY et C. BIET (sous la dir. de), *La famille, la Loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale Editions-Centre Georges Pompidou, 1989.

est la base »⁹²⁷. La société étant fortement marquée par la famille et marquant à son tour fortement la famille, il est inévitable que l'Etat s'occupe de très près de la famille, que ce soit par des mesures de soutien aux familles ou des mesures qui constituent plus directement une organisation et une intervention dans la famille⁹²⁸. Dans la Grèce antique déjà, Platon affirmait que « pour faire de bonnes lois, il faut commencer par bien régler les mariages »⁹²⁹. Il faudrait donc commencer par étudier les liens entre la famille et la société. Cependant nous avons vu que la culture européenne a progressivement développé une vision philosophique du monde qui a permis la « révolution copernicienne » de la pensée, consistant à raisonner de façon égocentrique, par rapport à et partant de l'homme⁹³⁰. Ce subjectivisme ne pouvait naturellement rester sans conséquence pour notre conception du droit de la famille, qui a donc évolué de façon à tenir de plus en plus compte de l'individualisme qui semble aller de pair

⁹²⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : L'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », in *La personne, la famille et le droit - Trois décennies de mutations en occident*, précité, p. 433-464, spéc. p. 434 ; en référence notamment à C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, Paris, 1967 ; et C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Plon, Paris, 1983, Chap.3 : La famille.

⁹²⁸ Comme la famille contribue très fortement à la constitution et la conception d'une société, il est inévitable que l'Etat s'y intéresse, puisque la société est, du moins dans les Etats occidentaux, indissociablement liée à l'Etat. L'Etat se fonde en effet sur l'existence d'une société, et ce quel que soit le fondement que l'on veut retenir pour expliquer l'existence de l'ordre juridique. Ce qui donne sa légitimité à la *Grundnorm* kelsénienne (sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique voy. notamment H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française par Ch. Eisenmann de la deuxième édition (1960) de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Bruxelles, 1re éd., 1962, réédité en 1999 ; et sur son influence pour le droit international privé, P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, coll. RCADI, Leyde, 2007, spéc. pp. 38-40 et 226-227), dans une démocratie, est le fait que cette norme a été adoptée par le peuple et est voulu par le peuple, même si cette volonté s'exprime de façon plus ou moins claire et directe. Une population a besoin d'avoir une certaine cohérence pour pouvoir être constitutive d'un peuple souverain. Les valeurs qui confèrent à la population qui se donne une telle *Grundnorm* cette cohérence doivent dès lors logiquement s'intégrer à cette *Grundnorm*, et être respectées par tous les organes que cette norme fondamentale va finalement produire et générer. La conclusion ne sera cependant pas différente si l'on s'attache à une conception non plus kelsénienne et normativiste de l'ordre juridique, mais à une conception institutionnelle remontant à Santi Romano (voy. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française par L. François et P. Gothot de la deuxième édition (1945) de *l'Ordinamento giuridico*, Paris, 1^{re} éd., 1975, réédité en 2002 avec un avant-propos de Ph. Francescakis et une préface de P. Mayer ; et sur son influence pour le droit international privé, not. , P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, coll. RCADI, Leyde, 2007, spéc. pp. 40-47 et 226-229). Ce qui caractérise alors l'ordre juridique n'est pas l'existence d'un ensemble de normes, mais le phénomène social auquel correspond cet ordre juridique. Or, ce phénomène social renvoie nécessairement à une organisation sociale. Et l'organisation sociale ne peut que s'articuler autour de certaines valeurs communes qui font que les membres auront le sentiment d'appartenir au même groupe. Se dessinerait ainsi un noyau dur de valeurs qui seraient fondamentalement liées à l'émergence même de la société, et donc directement liées à la fondation même de l'ordre juridique.

⁹²⁹ PLATON, *Les lois*, livre IV.

⁹³⁰ Voy. sur ce point notamment Edgar MORIN, qui constate que « l'Humanisme [qui se développe en Europe à partir de la Renaissance] opère une révolution copernicienne qui fait éclater le christianisme en mettant l'homme éthiquement et intellectuellement au centre du monde et en en faisant le seul Sujet de l'Univers » (E. MORIN, *Penser l'Europe*, Gallimard, Folio/Actuel, Paris, 1990 (1^{ère} éd. 1987), spéc. p. 101-102) et que « l'Humanisme, qui croit dissoudre tout Mythe et toute Religion en fondant l'homme sur lui-même, crée en fait son propre Mythe, celui de l'Homme-sujet véritablement surnaturel, et il crée sa propre religion, où, comme dans le christianisme, une Trinité unit consubstantiellement à la source le Genre Humain, l'Individu, l'Humanité » (*ibid.* spéc. p. 103).

avec ce subjectivisme⁹³¹. Cette évolution du droit de la famille semble pourtant déboucher sur un paradoxe. Ce qui justifie le droit de la famille est l'utilité sociale de celui-ci aux yeux de la communauté constitutive d'un Etat donné. Sans besoin social de régler par le droit les rapports familiaux, il n'y aurait nul besoin non plus d'avoir un droit de la famille. Mais en se donnant une acception de plus en plus individualiste, le droit de la famille semble se mettre en porte à faux avec cette utilité sociale qui conditionne son existence. Les enjeux contemporains auxquels est confronté le droit de la famille remontent pour la plupart à ce paradoxe, consistant à se demander comment peut être pensé le droit de la famille lorsqu'il ne peut être évalué qu'à l'aune du critère de la satisfaction d'intérêts individuels.

221. Nous chercherons à comprendre ces défis à travers une analyse qui nous permet surtout de faire état des influences qui vont marquer la suite de notre étude. Il ne s'agit en aucun cas de faire une étude de sociologie ou de philosophie juridique, qui plus est sur un sujet aussi vaste et disputé que le droit de la famille. Il ne s'agit pas non plus d'une étude juridique visant à reconstruire le droit de la famille. Nécessairement fort sommaire, ce titre n'a d'autre vocation que de comprendre, premièrement, ce qui constitue une des causes de crise du droit de la famille, et secondement, sur quels fondements le droit de la famille pourrait ou devrait être reconstruit⁹³². Autrement dit, il s'agit de bousculer la tendance du juriste à se complaire dans les idées reçues. Il était essentiel de confronter nos positions et convictions au doute qui surgit lors de leur exposition aux enseignements tirés d'autres disciplines. En résulte un caractère nécessairement sommaire et hésitant de nos propos, mais qui nous semble d'autant plus important que ces hésitations sont le résultat inévitable d'une approche multidisciplinaire dont on souligne de plus en plus la nécessité, particulièrement pour la discipline du droit, puisque « de tous les ordres de la vie, [philosophique, religieux, sociologique, psychologique, moral, juridique...], le droit est le seul qui doive connaître tous les autres »⁹³³.

222. Analyser les enjeux contemporains du droit de la famille implique alors qu'il faut, dans un premier temps, comprendre que le droit de la famille est plongé dans une crise

⁹³¹ Ce parallélisme n'est peut-être pas logiquement imposé (on ne saurait en tout cas le démontrer ou réfuter ici), mais empiriquement on a pu constater un lien fort entre les deux.

⁹³² Il n'est pas question ici de procéder à ce travail de reconstruction, qu'il faudra mener ailleurs, mais qui n'en pourra pas moins servir de guide au présent travail, qui est de droit international privé. D'autant que la nécessité de la reconstruction peut bel et bien avoir des conséquences sur la façon d'intervenir du législateur européen.

⁹³³ F. TERRE, « *Mater semper certa est* - Un débat incertain ou prématuré ? », *JCP G*, 2009, n° 26, 22 juin 2009, 62.

profonde qui résulte de son inspiration de plus en plus individualiste et qui risque de remettre en cause le concept même de droit de la famille (chapitre I). Ce n'est que dans un deuxième temps que l'on pourra chercher les moyens qui permettent de concevoir le droit de la famille d'une façon respectueuse de son indispensable fonction sociale (chapitre II).

Chapitre 1 La crise du droit de la famille

223. Le phénomène de l'individualisme n'est ni nouveau, ni spécifique au droit de la famille⁹³⁴. Mais même si les risques de celui-ci sont bien connus, notamment celui de verser dans « l'égoïsme individuel [qui] est comme la rouille des sociétés »⁹³⁵, il semble que nous assistions à l'heure actuelle à une sublimation paradoxale de l'individualisme qui devient la valeur sociale la plus importante, sans que l'on saisisse clairement la finalité de cette sublimation de l'individualisme⁹³⁶. Et le droit de la famille, y compris le droit international privé de la famille, est à tout le moins un puissant révélateur à cet égard (section 1). Cet individualisme est pourtant particulièrement difficile à expliquer s'agissant du droit de la famille, puisque une de ses conséquences pour le droit de la famille est de priver celui-ci de sa justification la plus importante, qui réside dans l'utilité sociale de cette branche du droit. Ainsi, nous verrons qu'en se mettant au service d'une vision individualiste du droit, le droit de la famille perd en réalité sa raison d'être (section 2).

⁹³⁴ Voy. notamment les études générales de A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I*, Gallimard, Folio/Histoire, Paris, 2008 (1^{ère} éd° dans cette collection 1986), préface d'André Jardin (1986) et *tome II*, Gallimard, Folio/Histoire, Paris, 2008 (1^{ère} éd° dans cette collection 1986); M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Dalloz, Paris, 2007 (réimpression de l'édition de 1949), préface de Ferdinand Mélin-Soucramanien; L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme – Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Seuil, Paris, 1991 (1^{ère} éd. 1983); A. RENAUT, *L'ère de l'individu*, Gallimard, NRF, Paris, 1989; A. SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, Paris, 2009 (1^{ère} éd. 2005); T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, coll. Versilio, Robert Laffont, Paris, 2012; auxquelles peut être ajouté, parmi de nombreuses autres références, l'ouvrage collectif *Sur l'individualisme*, P. BIRNBAUM et J. LECA (sous la dir.), Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1986 et dans celui-ci notamment la contribution de Jean LECA, « Individualisme et citoyenneté », pp. 159-209. Pour une analyse du point de vue du droit international public, voy. également P. DE FONTBRESSIN, « L'individu au-delà des Etats », in *Humanisme et droit, offert en hommage au professeur Jean Dhommeaux*, Ed. Pedone, Paris, 2013, p. 235-242.

⁹³⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I*, précité, note 944, spéc. p. 407.

⁹³⁶ Sur l'individualisme dans le contexte particulier du droit civil européen, voy. not. K. GARCIA, *Le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008, spéc. p. 497 et s.

Section 1 Le paradoxe de l'individualisme, valeur sociale fondamentale

224. Dans le contexte occidental contemporain, marqué par la prévalence du sujet⁹³⁷ et de l'individu⁹³⁸, il ne surprendra guère que le droit soit conçu comme devant se mettre au service de la satisfaction des désirs individuels, ce qui est déjà porteur d'un grand nombre de dangers pour la cohésion du droit et de la société (I). A y regarder de plus près cependant, on se rend compte que le droit de la famille, mais également le droit dans son ensemble, verse de plus en plus dans un hyperindividualisme qui révèle davantage qu'une « simple » prise en considération de l'objectif de la satisfaction des intérêts individuels. En se soumettant en réalité à la satisfaction des désirs individuels, cette satisfaction devient la finalité ultime du droit, à l'exclusion des considérations sociales que le droit devrait avoir vocation à défendre (II).

I Le droit mis au service de la satisfaction des désirs individuels

225. Il peut paraître acquis qu'« aujourd'hui, la valeur fondamentale de la société est l'individu, non le groupe »⁹³⁹. Le rôle et la conception de la famille sont dans ce contexte ordinairement limités au strict nécessaire, la famille se contentant d'être un « groupe d'intimes dans lequel chacun peut et doit trouver son bonheur et son épanouissement, grâce au soutien des proches »⁹⁴⁰. On pourrait déjà répondre à cette constatation, qui semble très vraie, qu'il n'en faut pas moins, d'un côté, savoir ce qu'impliquent bonheur et épanouissement, et dans quelle mesure ces deux notions n'impliquent pas une vraie relation non-égoïste aux autres, et d'un autre côté, insister sur le soutien des proches, qui est déjà en lui-même une responsabilisation à l'égard des membres de la famille et donc un dépassement

⁹³⁷ Puisque « le monde ne peut apparaître [...] que pour un sujet pensant » (E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, Paris, 2005 (1^{ère} éd° chez ESF éditeur, 1990) spéc. p. 54) et que « chassé de la science, le sujet prend sa revanche dans la morale, la métaphysique, l'idéologie. Idéologiquement, il est le support de l'humanisme, religion de l'homme considéré comme le *sujet* régnant ou devant régner sur un monde d'objets. Moralement, c'est le siège indispensable de toute éthique. Métaphysiquement, c'est la réalité ultime ou première qui renvoie l'objet comme un pâle fantôme ou, au mieux, un lamentable miroir des structures de notre entendement » (*ibid. spéc.* p. 55).

⁹³⁸ « En même temps qu'apparaît le concept de l'Etat moderne (XVII^e, XVIII^e), apparaît la prévalence du concept d'individu, mais aussi en même temps il y a une transition entre famille traditionnelle (à finalité de survie) et famille moderne (à finalité recherche du bonheur) et que l'Occident prend son envol économique et assoie sa domination sur le monde (fin XVI^e, XVII^e). » (*ibid.*)

⁹³⁹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 36, p. 19.

⁹⁴⁰ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », préc., note 950, spéc. p. 141, alors qu'antérieurement, la famille était un « espace social et psychique dans lequel d'une part s'inscrit la filiation et d'autre part se construit l'identité sexuelle » (*ibid.*).

d'une vision individualiste de la famille qui impliquerait que le droit pourrait se désintéresser de la famille.

226. Ce n'est pourtant pas une telle vision nuancée que l'on a l'impression de trouver dans l'approche « postmoderne » de la famille, qui est surtout une approche individualiste-égoïste autour de la nécessité, certainement réelle, pour chacun des conjoints de « faire et refaire son identité »⁹⁴¹. Les auteurs adeptes de cette approche « postmoderne » soulignent de façon révélatrice la « possibilité de s'améliorer et de se réaliser de façon, chaque fois, plus complète »⁹⁴². Ce « chaque fois » laisse perplexe en ce qu'il sous-entend clairement que le changement, en l'occurrence de conjoint, est nécessaire en vue de la réalisation du projet de construction de soi⁹⁴³. De la même façon, cette approche condamne l'idée d'une attitude de don de soi, qui serait l'expression d'un « pouvoir débilisant dans la relation [qui] impose à l'autre un moratoire dans la croissance de son "self" (*sic*) »⁹⁴⁴. La famille devient ainsi un « lieu banalisé d'hédonisme personnel »⁹⁴⁵.

227. Tendence lourde en droit de la famille interne, notamment par la multiplication des formes de couples⁹⁴⁶, la reconnaissance de possibilités de rupture unilatérale des relations familiales dépourvues de conséquences juridiques propres⁹⁴⁷ et du glissement du droit de la filiation vers un droit à l'enfant⁹⁴⁸, cette « absolutisation du moi »⁹⁴⁹ caractéristique de la

⁹⁴¹ G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, sous la direction de P. Boucaud, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1 à 11, spéc. p. 2.

⁹⁴² G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », précité, p. 2.

⁹⁴³ Comme le dit le même auteur, « les gens sont engagés dans un "projet de construction de soi" impliquant en permanence croissance personnelle, changement et, précisément, évaluation » avec cette conséquence évidente que « si l'un des membres du couple s'avère, pour une raison ou une autre, décevant, il pourra être remplacé par un partenaire plus compatible » (G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », précité, p. 2).

⁹⁴⁴ G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », précité, spéc. p. 2 à 3.

⁹⁴⁵ J. HAUSER, « La famille, le temps et la durée », *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylant, 1999, n° 1-2, p. 191.

⁹⁴⁶ A côté du mariage, désormais « pour tous », on trouve ainsi notamment le concubinage et le Pacs, ce qui conduit à un droit des couples « à la carte » au gré des choix (individuels ?) des personnes en couple. Voy. sur cette question p. ex. D. GRILLET-PONTON, « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP G*, 2002, doctrine, n° 108, p. 229 et s. ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *Mélanges G. Champenois*, 2012, p. 523, spéc. p. 544 et s.

⁹⁴⁷ Répudiation pure et dure pour le Pacs (art. 515-7 du C.C.), divorce pour altération définitive du lien conjugal qui s'en rapproche fortement (art. 237 et 238 du C.C.).

⁹⁴⁸ Notamment sur l'influence de la CEDH, voy. déjà J. HAUSER, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTD Civ.* 2008, p. 272 (à propos de CEDH Gde ch. 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, D. 2008.1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat et *Rev. science crim.* 2007.350, obs. P. Poncela ; et CEDH, 13 déc. 2007, *Emonet et al. c. Suisse*, *RTD civ.* 2008, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; F. Sudre, *JCP* 2008. I. 110). Et plus récemment Fr. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.* 2014. 1797.

⁹⁴⁹ Chr. LASCH, *La culture du narcissisme*, Flammarion, Champs Essais, Paris, 2008 (1^{ère} éd. 1979).

« société post-moderne »⁹⁵⁰ se retrouve également dans le droit international privé général⁹⁵¹ et le droit international privé de la famille de l'Union européenne. Cela ne surprend guère, puisqu'« il n'est pas de matière qui, plus que le droit civil européen, se construise autour de ce caractère individualiste »⁹⁵² et que le renforcement de l'individualisme qui va de pair avec le droit civil européen se fait nécessairement au détriment de la dimension collective et sociale de l'individu.

228. Le droit international privé est particulièrement utile dans ce cadre pour révéler la nature de notre droit interne. La portée donnée par le droit international privé aux solutions de droit interne, manifestations d'une vision individualiste du droit de la famille, permet de comprendre la valeur éventuellement fondamentale attachée à ces solutions de droit interne. Et à cet égard l'analyse est facile. La multiplicité des formes de couple est étendue de façon à s'ouvrir au plus grand nombre de personnes possibles et un rattachement même très tenu avec l'ordre juridique français pourra suffire à rendre le droit français applicable, en ignorant les positions éventuellement prohibitives, ou simplement plus nuancées, de droits étrangers ne connaissant pas une tel libéralisme dans l'établissement des relations de couple⁹⁵³. Pour la

⁹⁵⁰ Post-modernité qui implique que la valeur centrale de la philosophie morale et politique est le bonheur privé, et non plus le bien commun ou l'intérêt général et dont résulte un « hyperindividualisme » avec « un accent mis sur l'épanouissement personnel » ; voy J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, collection « Droit et société », 4^{ème} édition, 2014, spéc. p. 16 et les nombreuses et précieuses références citées.

⁹⁵¹ Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010, spéc. p. 303.

⁹⁵² K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 497. Ce caractère individualiste résulte du « fondement "droit de l'homme" du droit civil européen puisque pour ces droits, la personne humaine a un caractère sacré » (*Ibid.*, en référence également à P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Paris, 2005, p. 26).

⁹⁵³ Pour le Pacs, en vertu de l'article 515-3 du C.C. la résidence en France ou la nationalité française d'un des partenaires suffit à donner compétence aux autorités françaises pour enregistrer le partenariat, ce qui entraîne en application de l'article 515-7-1 du C.C. l'application de la loi française aux conditions de formation et aux effets du partenariat enregistré (Voy. sur cette question p.ex. G. KESSLER, « Partenariat enregistré », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2012, et les références, p. 2). Pour le mariage, ce libéralisme, réservé cependant aux couples de même sexe – ce qui est assez ironique lorsque l'on se souvient que la justification principale pour l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe était la lutte contre les discriminations – ressort clairement de l'article 202-1 al. 2 du C.C. qui dispose que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Pour les couples de personnes de sexe différent, il faut s'en remettre, ce qui est déjà beaucoup plus fragile, à l'Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (NOR : JUSX9903625J, partiellement mise à jour par la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C et la circulaire du 23 juillet 2014 relative à l'état civil, NOR : JUSC1412888C) se contente de prévoir au numéro 546 que « s'il résulte des documents produits l'existence d'une incapacité au regard du statut personnel, l'officier de l'état civil peut néanmoins célébrer le mariage, dès lors que les intéressés persistent dans leur projet et que les conditions exigées par la loi interne française sont remplies. Cependant, il avertit les requérants que leur union risque de ne pas être reconnue à l'étranger et pourrait même être annulée en France : en effet, les tribunaux, éventuellement saisis seraient amenés à appliquer d'office la loi étrangère et à apprécier la validité ou la nullité du mariage en fonction

dissolution du couple, le « droit à la rupture » que connaît le droit interne se trouve renforcé par l'unilatéralisme des règles de conflit qui étendent largement le domaine d'application du droit français⁹⁵⁴. Et là où cela ne suffirait pas, le droit de rompre le lien de couple se trouve protégé par le recours à l'exception d'ordre public⁹⁵⁵, ce qui est une illustration particulièrement forte de la nature fondamentale, aux yeux de l'ordre juridique interne, du « droit au divorce »⁹⁵⁶. On a donc plus que l'impression que le droit français prétend ici à une portée quasi-universelle. Quant au « droit à l'enfant », là où le droit international privé permettrait sans doute de dire jusqu'à récemment que le droit interne restait respectueux des limites à l'individualisme qu'il se fixait lui-même en ce domaine, outre les récentes réformes législatives qui devraient entraîner par un effet d'enchaînement constaté dans des pays voisins une consécration directe de ce « droit à l'enfant »⁹⁵⁷, les circulaires ministérielles⁹⁵⁸ et la jurisprudence de la CEDH⁹⁵⁹ ont déjà pris le relais pour faire basculer notre droit de la

de cette loi » (voy. sur cette question p. ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 2*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 174-218).

⁹⁵⁴ Art. 309 CC.

⁹⁵⁵ Voy. not. les arrêts *Rivière* du 17 avril 1953 (GADIP, n° 26) et *De Ituralde de Pedro* du 1^{er} avril 1981 (*Clunet* 1981. 812) de la Cour de cassation.

⁹⁵⁶ Sur l'émergence duquel au niveau européen, voy. not. M. FARGE, « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? », *RDLF* 2012.chron. n°19.

⁹⁵⁷ Cela est particulièrement net en Belgique, où l'on se « rend compte de l'effet de chaîne des décisions politiques qui sont prises. L'on a vu comment de la légalisation de la procréation médicalement assistée, on avait pu passer à la gestation pour autrui, dans un premier temps au profit des couples hétérosexuels et, ensuite, au profit des couples homosexuels. De la possibilité de réaliser une adoption au sein d'un couple de même sexe, conformément aux dispositions générales applicables à toute adoption, on en arrive ensuite à considérer que ces dispositions générales ne permettent pas suffisamment, en réalité, de légaliser l'ensemble des situations où un enfant a été conçu dans le cadre d'un projet parental élaboré par un couple de femmes lesbiennes » (J.-L. RENCHON, *Le mariage homosexuel et la parenté monosexuée en Belgique*, in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (sous la dir.), Ed° Panthéon-Assas, Paris, 2014, p. 59 et s., spéc. par. 60). L'évolution débouche ainsi sur une situation dans laquelle « c'est "toute personne" qui, désormais, peut "prendre la décision de devenir parent", en recourant à une des techniques de la procréation médicalement assistée plutôt qu'à la procréation naturelle, et qu'il importe peu à cet égard qu'elle utilise ou non ses propres gamètes, qu'elle ait conçu ce "projet parental" seule ou en couple, et, s'il s'agit d'un couple, qu'il soit un couple de sexe différent ou de même sexe. » (*Ibid.* spéc. par. 30).

⁹⁵⁸ Voy. not. la « circulaire Taubira », circulaire n° CIV/02/13 - NOR JUSC 1301528 C du 25 janvier 2013 de la garde des sceaux, ministre de la justice, dont la validité a été maintenue par le Conseil d'Etat (*CE*, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-12-decembre-2014-Association-Juristes-pour-l-enfance-et-autres>>).

⁹⁵⁹ Notamment dans les affaires *Menesson* et *Labassée* (CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France* ; sur ces affaires, voy. parmi d'autres, *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, et les obs., note F. Chénédy ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2014. 887, note C. Bergoignan Esper ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser ; *ibid.* obs. J.-P. Marguénaud, p. 835. Voy. égal. les arrêts de la Cour de cassation, Ass. plén., du 3 juillet 2015.

famille, y compris, indirectement, le droit matériel interne⁹⁶⁰, vers la conception individualiste qui accompagne le « droit à l'enfant »⁹⁶¹.

229. Ces constats sont loin d'être anodins, car elles révèlent le véritable fondement du droit de la famille. Là où, à la suite du doyen Carbonnier, le droit de la famille se trouva fondé sur l'idée du respect d'une certaine pluralité dans laquelle pouvaient coexister différentes formes et conceptions de la famille, on bascule vers une conception purement individualiste du droit de la famille, c'est-à-dire un droit qui non seulement *peut* tourner autour de la satisfaction des désirs individuels lorsque les personnes impliquées font le choix de ce modèle familial, mais un droit qui *doit* tourner autour de la satisfaction des désirs individuels, et ce même lorsque les personnes impliquées n'en font pas le choix, ce qui a des conséquences évidentes s'agissant du rôle et du sort des enfants. Le « darwinisme législatif »⁹⁶² inhérent à l'ouverture entre toutes les familles d'une « sorte de libre concurrence »⁹⁶³ aurait ainsi tourné en faveur d'une conception excessivement individualiste. Cette conception est en outre « fondamentalisée », puisqu'elle doit aussi trouver à s'appliquer dans les relations internationales, même s'il a été soutenu pourtant, à très juste titre, que dans une perspective postmoderne, la protection de l'intérêt des familles et de la pluralité des modèles normatifs implique au contraire des règles de conflit objectives⁹⁶⁴. On a comme

⁹⁶⁰ Déjà à travers l'obtention de l'exequatur au jugement d'adoption de l'enfant par le partenaire homosexuel du parent de l'enfant d'adopter celui-ci (Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.), *Enfant Anna*, 8 juillet 2010, n° 08-21.740, D. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2010. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarý ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; Rev. crit. DIP 2010. 747, note P. Hammje ; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; JDI 2010. Comm. 4, note S. Bollée ; JCP 2010 act. 809, obs. A. Devers, et 1173, note H. Fulchiron ; Dr. fam. 2010, comm. 156, note M. Farge). Cette solution, qui fût nuancée par deux arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012 (Civ. 1re, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et Civ. 1re, 7 juin 2012, n° 11-30.262 ; sur ces arrêts voy. not. B. HAFTEL, « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », AJ fam. 2012. 397) s'est trouvée alors consacrée par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (sur laquelle, voy. parmi d'autres H. Fulchiron, JCP 2013. 658 ; et JDI 2013. 1055 ; S. Godechot-Patris et J. Guillaumé, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », D. 2013. 1756 ; *Defrénois* 2013. 743, obs. M. Revillard ; P. Hammje, « Mariage pour tous » et droit international privé, Rev. crit. DIP 2013. 773 ; A. Boiché, « Aspects de droit international privé », AJ fam. 2013. 362 ; Dr. fam. 2013. Repère 7, obs. J.-P. Binet).

⁹⁶¹ Voy. en particulier p. ex. X LACROIX, « Un droit à l'enfant ? » in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, paternité-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 125 et s. ; de façon plus générale sur l'idéologie individualiste du droit de la famille, J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, paternité-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 209 et s.

⁹⁶² P. REMY, « Le mythe du pluralisme civil en législation, observations complémentaires », *R.R.J.*, 1983, 1, p. 91.

⁹⁶³ Défendue un temps par le doyen Carbonnier (J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, PUF « Thémis », 16^e édition, 1993, p. 24), avant d'être abandonnée dans les éditions postérieures.

⁹⁶⁴ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé – Une perspective postmoderne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

l'impression que la perte de conscience de la dimension sociale du droit de la famille entraîne aussi la perte de conscience d'une certaine relativité de nos solutions internes, qui repose sur l'idée que chaque société doit trouver pour elle-même les valeurs qui lui sont le plus adaptées. Lorsque notre société n'est plus fondée sur la nécessité d'un « vivre ensemble », mais sur la prévalence du « chacun pour soi », il n'y a peut-être plus besoin de règles de rattachements qui définissent avec précision quelles situations familiales sont intégrées à la société et qui acceptent que d'autres sociétés apportent des jugements de valeur différents. Les individus se chargeront bien de trouver le droit et la solution les plus adaptés...⁹⁶⁵

230. Le droit international privé de la famille de l'Union européenne n'est d'ailleurs pas étranger à ce mouvement vers l'« hyperindividualisme »⁹⁶⁶. Il n'y a qu'à penser à l'article 10 du règlement Rome III, en vertu duquel « lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce [...], la loi du for s'applique », et qui est justifié par l'idée d'un véritable droit au divorce et *de facto* le consacre⁹⁶⁷. Par le recours à l'ordre public ou l'unilatéralisme des règles de rattachement, le droit se trouve ainsi mis au service de l'intérêt individuel, ce dernier étant « assimilé » à l'intérêt général⁹⁶⁸. La jurisprudence de la CEDH et de la Cour de justice ne sont d'ailleurs pas en reste, la première notamment par ses solutions hyperindividualistes en matière de protection de la vie privée, étendue à la question de la filiation et notamment la problématique des gestations pour autrui⁹⁶⁹, la seconde par sa jurisprudence notamment en matière de reconnaissance du statut juridique créé ou obtenu dans un autre Etat membre⁹⁷⁰. Ainsi, « le droit civil européen valorise l'intérêt général tout en

⁹⁶⁵ Cf. égal. sur cette question l'analyse de la « méthode de la reconnaissance », *infra*.

⁹⁶⁶ Expression empruntée à Jacques CHEVALLIER (J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, collection « Droit et société », 4^{ème} édition, 2014) ; l'expression est également utilisée not. par Irène THERY, (I. THERY, *Le démariage, justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 2001, (1^{re} édition 1993)) et par Kiteri GARCIA (K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 534 et s.), qui la fait remonter à l'évocation de ce terme par l'arrêt tristement célèbre de la CEDH, 1^{re} sect., 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique* (sur cet arrêt, voy. notamment M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D*, 2005, p. 2973 et s.).

⁹⁶⁷ Cf. sur ce point *infra*.

⁹⁶⁸ Sur cette assimilation, voy. not K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 570 et s..

⁹⁶⁹ Voy. les affaires *Mennesson* et *Labassée* (CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, précité). Comme si dans ce domaine la protection de la vie privée devait être plus importante que la protection de la vie familiale, ce qui est déjà un révélateur de la difficulté pour la Cour d'accepter que la notion de famille puisse être une limite aux aspirations individuelles ; ce même malaise s'était déjà rencontré qu sujet de l'arrêt *Mazurek* (CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, GACEDH, n° 52) fondé sur la protection des biens tirée de l'article 1 du Protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention, et non sur l'article 8 en combinaison avec l'article 14...

⁹⁷⁰ Voy. notamment les affaires *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* (arrêts du 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613 et du 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rec. p. I-7639) ; sur ces arrêts, cf. *infra*, n° 408 et s.

revendiquant son caractère hyperindividualiste »⁹⁷¹. Ce droit civil européen constitue dès lors « une source pérenne d'hyperindividualisme [dont] l'idéologie est sans nul doute amenée à durer tant on imagine mal une modification significative de la lecture des textes européens, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, [l']individu demeurera[nt] le véritable sujet du droit civil européen »⁹⁷². On saisit le paradoxe, qui n'en reste pas moins une tendance forte du droit contemporain : l'individualisme fonde le droit de la famille et constitue à ce titre une « valeur » que la société doit défendre⁹⁷³.

231. Cet individualisme repose évidemment sur une prévalence de l'idée d'autonomie de l'individu. On peut pourtant douter de l'importance accordée à l'autonomie, érigée en « préalable fondamental de la vie post-moderne »⁹⁷⁴, le renoncement à celle-ci se payant « au prix de "la mort sociale" »⁹⁷⁵, rien moins que cela. Mais le constat n'en reste pas moins là : le droit de la famille à l'heure actuelle semble de plus en plus fondé sur l'idée que la valeur primordiale à défendre est la satisfaction des désirs individuels de chaque membre de la famille. Même si les solutions qui résultent de cette approche sont parfois, voire même souvent, légitimes et nécessaires – il n'y a qu'à penser à la protection des victimes de violences familiales – il ne faut pas moins se demander si un tel fondement est, d'une part, apte à appréhender le droit de la famille dans son ensemble, d'autre part, quelles seraient les conséquences si tel était le cas. Mais cette question dépasse le cadre de notre étude et doit donc être laissée aux spécialistes du droit matériel de la famille. D'autant que nous doutons même du fait que la satisfaction des désirs individuels soit véritablement le moteur ou le fondement du droit de la famille contemporain. Il nous semble au contraire, et en tout cas il y a de sérieux signaux d'alarme en ce sens, que le droit de la famille se fonde davantage sur une soumission aux désirs individuels qu'une « simple » recherche de satisfaction des désirs individuels⁹⁷⁶.

⁹⁷¹ K. K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 590.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 538.

⁹⁷³ Et il en va de même au niveau européen, comme le relève Mme Kiteri Garcia dans la version originale de sa thèse : « Le paradoxe du droit civil européen se perçoit alors : la protection des libertés individuelles y est impérative. » (K. GARCIA, *Le droit civil européen*, Université de Limoges, 2006, accessible sous <http://epublications.unilim.fr/theses/2006/garcia-kiteri/garcia-kiteri.pdf>, p. 581).

⁹⁷⁴ G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », précité, spéc. p. 4.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁷⁶ Même si la première mène peut-être inéluctablement à la seconde, mais c'est là aussi une question que nous devons réserver aux spécialistes concernés et à des études ultérieures.

II Le droit soumis à la satisfaction des désirs individuels

232. La dérive du droit de la famille vers un droit hyperindividualiste semble trouver sa source dans « la conjugaison du scientisme ordinaire et de la croyance occidentale dans le progrès [qui] conduit à une idéologie de la non-limite qui exerce ses effets dans tous les domaines de la vie humaine [et qui,] au plan juridique [...] conduit à considérer la loi non plus comme une garantie de l'état des personnes, mais comme une contrainte dont il faut s'émanciper »⁹⁷⁷. Il en découle qu'« à la base de nos propres problèmes, [...] à la base de cette incertitude croissante du lendemain qui aujourd'hui nous hante, se trouve une conception de l'homme devenu centre de l'univers, "merveilleuse particule élémentaire dont la libération, formidablement énergétique, a mis l'histoire en mouvement", [...] mais séparé de la communauté, parce que celle-ci s'est dissoute en une multitude d'atomes qui ne se combinent plus que de manière aléatoire et dont la totalité anonyme se confond avec l'Etat, comme les grains de sables forment la plage »⁹⁷⁸.

233. En résulte un « excès de la subjectivité »⁹⁷⁹ très bien illustré en droit de la famille à travers le passage du « droit au respect de la vie familiale » au « droit à la vie familiale », qui comprend le droit au mariage, le droit au couple et finalement le « droit à l'enfant à n'importe quel prix »⁹⁸⁰. On a dès lors l'impression que le droit cède bel et bien à « la course folle des désirs [...] qui par définition sont sans limites et confinent à la démiurgie »⁹⁸¹. Et « c'est la notion de droit elle-même qui se vide de sa substance, autorisant notamment sa propre transgression en consacrant comme source de légitimité les désirs

⁹⁷⁷ A. SUPIOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. Essais, Points, Paris, 2009, spéc. p. 78.

⁹⁷⁸ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille, Etat et sécurité économique d'existence dans la tourmente », in *La personne, la famille et le droit, trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1999, p. 413-432, spéc. p. 415 ; en référence également à E. TODD, *La troisième planète – Structures familiales et systèmes idéologiques*, Seuil, Paris, 1984, spéc. p. 116 ; voy. également de façon plus générale, A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I et II*, précité.

⁹⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, p. 126.

⁹⁸⁰ Comme un auteur l'a remarqué, « il n'y a pas si longtemps la question était celle du droit au mariage, puis du droit au couple (à la copulation juridiquement reconnue ?) – un train peut en cacher un autre – puis du droit à l'enfant à n'importe quel prix, juridique ou biologique. [...] L'observateur notera, peut-être non sans malice, qu'en 2002, un important colloque tenu à Montpellier faisait référence au "droit au respect de la vie familiale", différence d'intitulé qui, en quatre ans représenterait un progrès revendicatif considérable » (J. HAUSER, « Le droit à une vie familiale : quelles conséquences quant à la conception de la famille ? », J.-J. LEMOULAND et M. LUBY (sous la dir.), *Le droit à une vie familiale*, Dalloz, 2007, pp. 87-93, spéc. p. 87).

⁹⁸¹ J. L. BAUDOUIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Paris, 1987, spéc. p. 282-283.

individuels »⁹⁸². Il ne faut cependant pas se tromper de cible. Les désirs individuels ne sont pas nécessairement illégitimes, et il n'est pas illogique pour le droit de vouloir chercher à en permettre la réalisation. Mais il faut veiller à ne pas « consacrer le règne de l'individu dans la société »⁹⁸³, à ne pas réduire la politique à un simple « moyen au service des libertés individuelles »⁹⁸⁴. Car la situation devient dramatique lorsque le droit « n'a plus d'autre avenir que le désir lui-même »⁹⁸⁵, puisqu'il faut bien admettre que dans cette situation « nous assistons au suicide du droit, à la fin de sa "mission" »⁹⁸⁶.

234. Le cas du droit à l'enfant, voire du droit à disposer de ses enfants, est particulièrement révélateur à cet égard. On a déjà pu mettre en exergue, et le passage mérite d'être repris intégralement, que

« dans cette tâche [visant à une réinstitution du droit comme véhicule de valeurs et de significations susceptibles de donner sens à la production de l'homme et à transformer, peut-être, le chaos actuel du droit en un ordre relatif], le droit, il faut le reconnaître, est exposé à des questions impossibles ; sa tâche, avant de pouvoir les résoudre par l'invention de catégories juridiques nouvelles, est peut-être d'abord de préserver ses principes et l'ordre généalogique, donc de résister à l'accélération de techniques qui font, que l'on le veuille ou non, de la vie humaine un "produit industriel", donc un bien, au sens du droit des biens et des choses, objet d'appropriation et d'exploitation normalisée parce que scientifiquement normalisable. La révolution est donc là, à ce point de passage entre l'ordre de l'"être" et l'ordre de l'"avoir", entre l'indisponible ou l'inappropriable qui caractérise le droit des personnes, et l'objet ou la matière, sur lesquels s'exercent la propriété ou le pouvoir de domination »⁹⁸⁷.

235. Pourtant, la consécration à l'heure actuelle de situations qui sont difficilement explicables si ce n'est par la reconnaissance d'un droit à l'enfant – et il faut penser ici surtout aux cas de procréation médicalement assistées et gestation pour autrui qui ne visent pas à remédier à des pathologies empêchant la procréation – prouve que, au moins partiellement, le

⁹⁸² A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI-XXIe siècles)*, LGDJ, Paris, 2011, spéc. p. 381.

⁹⁸³ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 3, pp. 258-288, repris in *La démocratie contre elle-même*, Gallimard, Paris, 2002.

⁹⁸⁴ A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI-XXIe siècles)*, précité, spéc. p. 372.

⁹⁸⁵ B. EDELMAN, « L'homme sadien », *Droits*, n° 49, 2009, p. 133.

⁹⁸⁶ B. EDELMAN, « L'homme sadien », précité ; voy. également M. FABRE-MAGNANT, « Le domaine de l'autonomie personnelle - Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D*, 2008, p. 31 et s..

⁹⁸⁷ J. L. BAUDOUIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Paris, 1987, p. 15.

droit a basculé dans une conception nouvelle du droit, dans laquelle le droit se soumet aux désirs de quelques-uns, des plus forts serions-nous tenté de dire.

236. Ainsi, tout aussi importante que la valorisation de l'autonomie individuelle doivent être les devoirs de faire accéder autrui à l'autonomie et de respecter l'autonomie de l'autre, y compris là où l'autre dépend de nous. C'est à ce niveau-là qu'un droit de la famille conçu uniquement comme un faisceau de droits subjectifs, c'est-à-dire droits dont bénéficient les sujets, devient dangereux. On ne peut en effet faire de l'autonomie le critère déterminant de l'acquisition de la qualité de sujet de droit. Cette nécessité philosophique de l'autonomie est loin d'être une aberration, la philosophie contemporaine s'étant largement construite autour de l'idée du sujet autonome. Or une telle logique peut mener, en suivant un raisonnement prétendument logique, à des solutions directement contraires aux valeurs qui doivent être les plus fondamentales pour une société humaine. C'est ainsi que des philosophes de l'éthique ont revendiqué de façon provocatrice, mais assumée, la possibilité de tuer les nouveau-nés, indépendamment de toute condition de non-viabilité ou d'infirmité, puisque les nouveau-nés ne sont pas encore des personnes que l'Etat doit protéger et que la décision de les maintenir ou non en vie doit appartenir de façon discrétionnaire aux parents. Ces auteurs ont ainsi estimé qu'

« en démontrant que (1) les fœtus et les nouveau-nés n'ont pas le même statut moral que les vraies personnes, (2) le fait que les deux soient des personnes potentielles n'est pas déterminant et (3) l'adoption n'est pas toujours dans l'intérêt primordial des vraies personnes [...] "l'avortement post-natal" (sic) (tuer un nouveau-né (ré-sic)) doit être permis dans les mêmes cas dans lesquels l'avortement l'est, y compris si le nouveau-né ne souffre d'aucune pathologie. »⁹⁸⁸

237. Ce que l'on ne peut qualifier d'autre chose qu'un « droit à l'infanticide » devrait notamment pouvoir être exercé en cas de

« changement des circonstances économiques, sociales ou psychologiques tel que s'occuper de sa progéniture devient une charge insupportable, puisque tout le monde

⁹⁸⁸ A. GIUBILINI, F. MINERVA, « After-birth abortion : why should the baby live? », *Journal of Medical Ethics* 2013 ; Vol. 39, p. 261–263, spéc. p. 261 : « By showing that (1) both fetuses and newborns do not have the same moral status as actual persons, (2) the fact that both are potential persons is morally irrelevant and (3) adoption is not always in the best interest of actual people, the authors argue that what we call 'after-birth abortion' (killing a newborn) should be permissible in all the cases where abortion is, including cases where the newborn is not disabled. » (nous traduisons).

devrait bénéficier de la possibilité de ne pas être obligé de faire quelque chose qu'il ne peut pas se payer. »⁹⁸⁹

238. L'article a évidemment suscité de vives réactions⁹⁹⁰, qui n'ont pas empêché les auteurs de persister et de réitérer leur position⁹⁹¹, laquelle n'est par ailleurs pas isolée⁹⁹². Il paraît pourtant et évidemment difficile de concevoir que les concepts de droits de l'homme et de dignité humaine puissent encore avoir le moindre sens pour une société qui suivrait un tel raisonnement. Que cette conclusion soit présentée comme l'aboutissement logique d'un raisonnement fondé sur l'individualisme de nos sociétés et l'autonomie individuelle doit dès lors susciter une certaine suspicion à l'égard de ses présupposés, qui semblent pourtant aujourd'hui assez largement partagés par le discours politique, si ce n'est juridique...

239. La critique de la dérive du droit vers un droit soumis aux désirs individuels ne doit pas être caricaturée ni mal comprise. Le reproche n'est pas que le droit évolue. Au contraire, les concepts du droit doivent toujours rester ouverts, c'est-à-dire capable de se transformer⁹⁹³. Mais en se donnant comme un outil de satisfaction des désirs des individus sans se soucier des implications pour les autres, le droit ne risque-t-il pas de devenir un simple outil de mise en concurrence de volontés désincarnées dans lesquelles la volonté du plus fort l'emporte nécessairement ? Une sorte de marché géant dans lequel les revendications individuelles doivent trouver leur satisfaction, mais par là aussi où les forts, c'est-à-dire ceux en mesure de réaliser leurs revendications, trouvent au meilleur prix les individus qui acceptent de les satisfaire, et qui, par la « libéralisation » opérée par le droit sont mis dans une position de faiblesse renforcée⁹⁹⁴ ? Et ne risque-t-on pas alors de tomber dans la situation où

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 263 : « if economical, social or psychological circumstances change such that taking care of the offspring becomes an unbearable burden on someone, then people should be given the chance of not being forced to do something they cannot afford » (nous traduisons).

⁹⁹⁰ Voy. p. ex. J. LAING, « Infanticide : a reply to Giubilini and Minerva », (2013) 39-5 *J Med Ethics* 336- 340.

⁹⁹¹ « Clarifications on the moral status of newborns and the normative implications », in *Journal of medical ethics* 39(5) :264-5 · May 2013 ; et « Defending after-birth abortion – Responses to some critics », in *Monash Bioethics Review* | Volume 30 | Number 2, 2012.

⁹⁹² Voy. not. M. Tooley, Abortion and infanticide. *Philos Public Aff* 1972 ;1 :37–65.

⁹⁹³ Ce qui ne peut pas vouloir signifier que les concepts doivent inclure tous les sens que l'ont les termes dans d'autres sciences ou systèmes normatifs. Le sens d'un concept se comprend toujours par rapport à la finalité avec laquelle on l'utilise. Or, en voulant ouvrir le sens des concepts juridiques de façon à tout inclure, on risque bien de priver le droit de sa finalité structurante. Au prix par ailleurs d'un changement très profond de la vocation du droit, qui deviendrait un outil total, au sens où il doit tout appréhender et renoncerait ainsi à une relativité assumée, inhérente au fait que l'on cherche le devoir-être (*Sollen*), qui est aussi vecteur de promotion et d'évolution du droit, et non l'être (*Sein*).

⁹⁹⁴ Sur ce phénomène de la concurrence normative, voy. p. ex. *La concurrence normative – Mythes et réalités*, sous la dir. de R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER, Société de législation comparée, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, 2013, et notamment dans cet ouvrage L. USUNIER, « La concurrence normative

« tous ceux qui ne parviendront pas à s'affirmer en maîtres sur ce marché dérégulé des positions sociales seront jugés seuls responsables de leur malheur et renvoyés dans une sorte de sous-humanité inapte à goûter aux bienfaits d'une liberté sans limite »⁹⁹⁵ ?

240. Le phénomène de l'hyperindividualisme, dans lequel « le Droit et l'Etat ne seraient qu'[un] instrument [...] destiné à servir [...] l'individu dans sa compétition avec tous les autres pour l'affirmation de soi »⁹⁹⁶ est d'ailleurs renforcé par la globalisation et la façon dont celle-ci est appréhendée par le droit, droit international privé en l'occurrence. On assiste grâce à l'internationalisation, y compris artificielle⁹⁹⁷, des rapports juridiques à un jeu de la mise en concurrence des ordres juridiques pour que les individus puissent procéder à un choix en fonction de leurs intérêts personnels. Cette mise en concurrence est illustrée par de nombreux phénomènes, qui bénéficient en outre grâce à Internet d'une plate-forme de choix pour faire rencontrer l'offre et la demande. Il en va ainsi par exemple des mères porteuses, les mères porteuses ukrainiennes bénéficiant d'une place de choix dans la publicité sur Internet, à moins qu'il ne faille préférer les mères porteuses indiennes, bien moins chères, ou les américaines, plus chères mais pour lesquelles le résultat semble le mieux garanti⁹⁹⁸ ? On retrouve de la même façon et depuis plus longtemps un vrai marché du divorce⁹⁹⁹. Et aussi désormais le marché du « suicide » assisté, encore que celui-ci ait au moins le mérite de créer des situations dont on pourrait penser qu'en raison de leur caractère particulièrement efficace en fait, elles ne se prêtent guère à des contestation juridiques *a posteriori*, s'il n'y avait

un modèle de représentation des rapports entre systèmes juridiques en vogue », p. 15-33 et H. BOUTHINON-DUMAS, « Existe-t-il un marché des systèmes juridiques », p. 35-64.

⁹⁹⁵ A. SUPLOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 991, spéc. p. 811 ; en référence également à Ph. D'IRIBARNE, *Vous serez tous des maîtres. La grande illusion des temps modernes*, Seuil, 1996.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ Notamment à travers la délocalisation d'un acte fondateur d'une relation juridique qui n'a ensuite vocation à produire ses effets que dans un ou plusieurs autres ordres juridiques dont les conditions d'établissement plus restrictives ont été contournées. L'on pense tout de suite aux exemples de la célébration du mariage, de la répudiation ou de la gestation pour autrui. Cette problématique a une acuité particulière depuis la tentative d'imposer ces situations à l'ordre juridique contourné, à travers la méthode de reconnaissance (sur celle-ci, cf. *infra*, n° 601 et s.).

⁹⁹⁸ Les informations détaillées sont aisément accessibles sur Internet, concurrence libre et non faussée oblige... ; voy. p. ex. <http://familiesthrusurrogacy.com/conference-faq/surrogacy-costs>.

⁹⁹⁹ Ce « marché du divorce » s'appuie notamment sur l'importance accordée à la volonté des personnes impliquées. Dès lors, le renforcement du rôle de la volonté des parties conforte aussi ce marché ; voy. sur ce point not. P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 131-145.

désormais des arrêts de la CEDH qui protègent aussi les droits de l'homme... des morts¹⁰⁰⁰. Le point commun de ces phénomènes est le contournement de l'impérativité des ordres juridiques auxquels ces situations se rattachent naturellement, afin de permettre à l'individu de satisfaire ses désirs dont les ordres juridiques normalement compétents les privent. Il s'agit de « désirs », car si ces désirs étaient reconnus par les ordres juridiques normalement compétents, il ne s'agirait pas de simples « désirs » mais de « droits ». Le fait que ces « désirs » soient des « droits » aux yeux d'autres ordres juridiques ne devrait rien y changer. Mais ce n'est désormais plus le cas, et un courant jurisprudentiel et doctrinal important plaide désormais en faveur de la reconnaissance des situations obtenues à l'étranger en vue de satisfaire ces désirs pourtant illégitimes pour l'ordre juridique normalement compétent¹⁰⁰¹. Une chose est cependant que la concurrence existe, une autre de l'assumer et de la promouvoir en transformant en « droit » ce qui n'est pour le droit interne qu'un « désir » individuel illégitime. Il n'y a probablement pas de plus fort exemple de la soumission aux désirs individuels que l'acceptation juridique, par le simple jeu de la mise en concurrence des ordres juridiques sur le plan international, de situations pourtant normalement illégales.

241. Les causes de ce phénomène sont probablement multiples et nous ne pouvons chercher ici à en dresser une liste et faire une analyse. Peut-être même que le droit n'est que dans une situation d'excès éphémère et va abandonner à plus ou moins brève échéance ces situations révélatrices d'une soumission du droit à l'individualisme pour revenir à une acception du droit plus équilibrée et respectueuse de l'équilibre entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Et même si nous espérons encore nous tromper dans notre analyse du phénomène, les dangers de l'idéologie individualiste sont connus. Il faut garder ainsi en vue que « l'ultralibéralisme n'est pas seulement un ennemi du totalitarisme ; il en est aussi, au moins par certains de ses aspects, un frère : une image inversée – et pourtant symétrique. Son projet nous fait passer d'un extrême à l'autre, du "tout Etat" totalitaire au "tout individu" ultralibéral, d'un régime liberticide à un autre, *sociocide*, si l'on peut dire »¹⁰⁰². Or, comme le constatait Montesquieu, « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est

¹⁰⁰⁰ Voy. sur ce point l'affaire *Gross c. Suisse*, 2013 Cour européenne des droits de l'homme ; La solution n'a fort heureusement pas été maintenue, car lors du renvoi devant la Grande chambre, la superchérie a été découverte et la requête considérée comme abusive, à une très courte majorité. Voy. *Gross c. Suisse*, 2014 Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre).

¹⁰⁰¹ Sur la méthode de la reconnaissance, cf. *infra*, n° 601 et s.

¹⁰⁰² T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 129, les italiques sont du texte original. ; cf. également A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome I, précité, note 944, spéc. p.

porté à en abuser »¹⁰⁰³. Rien d'étonnant dès lors qu'en sublimant le pouvoir de l'individu dans une dynamique qualifiée ailleurs d'« individualisme d'Etat »¹⁰⁰⁴, on précipite une « crise dans la relation fondamentale entre l'individu et sa société, l'individu et sa famille, l'individu et lui-même »¹⁰⁰⁵. Pour y remédier, ou du moins se prémunir contre les risques de totalitarisme étatique, fussent-ils résulter de la « tyrannie de la majorité » dont les ravages n'ont pas grand-chose à envier à d'autres formes de tyrannie¹⁰⁰⁶, il faut aussi revaloriser la place de la famille par rapport à l'individu. La famille est aussi une protection nécessaire de l'individu contre l'Etat, et la transmission familiale des valeurs est une garantie de liberté individuelle contre l'idéologie imposée par l'Etat. Emmanuel Todd a bien démontré que l'idéologie se transmet plus par les familles que l'Etat¹⁰⁰⁷. Et bien avant lui Engels a révélé la tentation qu'il y a pour une pensée totalitaire de consacrer un idéal de la déstructuration de la famille afin de permettre à l'Etat de diriger les esprits¹⁰⁰⁸, ce que les totalitarismes du XX^e siècle n'ont pas manqué de confirmer.

242. Si la place qu'occupe l'individualisme dans l'espace politique ne peut pas être l'objet de la présente étude, il n'en faut pas moins se demander, après avoir analysé l'apport du droit de la famille à l'évaluation de l'intensité avec laquelle notre société se met désormais au service de l'individualisme, quelles conséquences cet individualisme peut avoir sur la conception que nous devons retenir du droit de la famille. Et, à cet égard, l'étude démontrera qu'en se mettant au service d'une conception du droit exagérément individualiste, le droit de la famille perd en réalité son sens, puisque celui-ci ne peut être trouvé dans la seule satisfaction des intérêts individuels.

357 : « sans respect des droits il n'y a pas de grand peuple : on peut presque dire qu'il n'y a pas de société ; car qu'est-ce qu'une réunion d'êtres rationnels et intelligents dont la force est le seul lien ? »

¹⁰⁰³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI chapitre IV.

¹⁰⁰⁴ B. GEAY, « L'impératif d'autonomie... et ses conditions sociales de production », in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, M. Jouan, S. Laugier (sous la dir. de), PUF, Paris, 2009, p. 151-168, spéc. p. 159.

¹⁰⁰⁵ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, Editions Arléa, Paris, 2002, spéc. p. 17.

¹⁰⁰⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I*, précité, note 944, spéc. pp. 375 et s.

¹⁰⁰⁷ E. TODD, *L'invention de l'Europe*, préc., note 163.

¹⁰⁰⁸ F. ENGELS, « *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat* » ; ouvrage particulièrement apprécié par Lénine (voy. sur ce point H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, 4^{ème} éd. 2004, spéc. p. 682).

Section 2 La perte de sens du droit de la famille contemporain

243. L'objet de cette section peut surprendre. N'est-il en effet pas acquis aujourd'hui que la famille n'a pour but que de permettre la réalisation du bonheur individuel ? Que face à l'individualisme contemporain, un groupuscule aussi archaïque que la famille ne doit pas pouvoir constituer un obstacle au plein épanouissement de l'individualité et de la satisfaction des désirs de chacun ? D'autant que le risque que l'individualisme puisse vider de sens le concept de droit de la famille est connu, ayant notamment déjà été perçu par le doyen Carbonnier, qui constatait qu'« une menace est là, pour le droit de la famille plus que pour tout autre : que l'exaltation des droits individuels ne désagrège les institutions »¹⁰⁰⁹. L'individualisme contemporain, qui est « un individualisme beaucoup plus profond, car désincarné, non maîtrisable, fondamentalement apolitique et asocial »¹⁰¹⁰, est naturellement particulièrement puissant quant à cette désagrégation des institutions du droit de la famille. Et quand on sait que l'aboutissement de la vision individualiste du droit semble presque inéluctable, l'esprit de déréglementation se retrouvant aussi bien à droite qu'à gauche de l'échiquier politique¹⁰¹¹, avec des effets identiques, c'est-à-dire le « retour de la loi du plus fort [et] le creusement de l'écart entre un petit nombre de gagnants et un grand nombre de perdants »¹⁰¹², on n'est pas surpris que « nos sociétés contemporaines se caractérisent par l'oubli progressif du rôle constitutif de la famille, perçue souvent comme une pure entrave, utile seulement tant que l'on ne gagne pas sa vie »¹⁰¹³. Dès lors, face au constat que « dans une institution familiale en constante évolution, le droit moderne peine à trouver son équilibre entre la tentation de s'aligner sur un modèle individualiste et le désir de sauvegarder un ordre institutionnel de référence »¹⁰¹⁴, un certain pessimisme s'installe quant à l'espoir que le droit puisse réellement trouver cet équilibre.

244. Le droit du mariage et, plus généralement, le « droit de la conjugalité » illustrent bien le phénomène de perte de sens du droit de la famille¹⁰¹⁵. Deux études récentes

¹⁰⁰⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., 2002, p. 20.

¹⁰¹⁰ A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit...*, 362

¹⁰¹¹ I. appliqué au domaine économique par la première, à l'état des personnes et la famille par la seconde A. SUPIOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 991, spéc. p. 79.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 216.

¹⁰¹⁴ R. W. R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 486.

¹⁰¹⁵ Sans être totalement rattrapé par le droit de la filiation, qui ne devrait cependant pas trop tarder à combler son retard, en tout cas si on suivait certains des arrêts de la CEDH, encore qu'elle soit pas toujours univoque dans sa jurisprudence ; cf. également fait que l'évolution après Marx a été loin d'être la catastrophe que l'on

ont ainsi pu démontrer que le droit de la conjugalité « glisse vers une forme d'"anarchie" juridique »¹⁰¹⁶ et que « le lien juridique unissant les époux[, qui] est devenu essentiellement pécuniaire[,] ressemble si peu à l'idée que l'on se fait d'ordinaire de l'union conjugale que l'on peut légitimement se demander si l'on n'a pas fini par écorner la liberté individuelle de convoler en justes noces »¹⁰¹⁷. Or peut-on véritablement parler encore de l'existence d'un « droit de la famille » lorsque le « système juridique ne permet plus aux personnes qui le désirent d'instaurer entre elles un lien juridique de nature extrapatrimoniale »¹⁰¹⁸ ?

245. Répondre à cette question suppose évidemment de définir le droit de la famille, tâche qui n'est guère aisée notamment face à la pluralité des situations auxquelles le droit de la famille doit avoir vocation à s'appliquer¹⁰¹⁹ et l'émergence d'une conception de la famille « à géométrie variable »¹⁰²⁰. Parmi les différentes conceptions et formes de la famille¹⁰²¹, le droit de la famille doit ainsi avoir vocation à privilégier certaines conceptions familiales, qui sont celles qui correspondent plus particulièrement aux valeurs de la société¹⁰²². Et l'on est surpris alors que le droit semble imposer aujourd'hui une conception individualiste aussi bien au droit de la famille qu'à la famille elle-même¹⁰²³. Pourtant, il nous semble que le sens du

annonçait, signe que l'espoir reste permis. Sur la question de la perte de sens du droit de la famille, voy. également notamment D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges Philippe Malaurie Liber amicorum*, Paris, Défrenois, 2005.

¹⁰¹⁶ B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, Paris, spéc. p. 443.

¹⁰¹⁷ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2007, spéc. p. 571 et les références citées.

¹⁰¹⁸ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, précité, p. 572 ; la question du maintien d'un droit de la famille n'est pas nouvelle, voy. p. ex. P.-J. CLAUX, « Faut-il supprimer le droit de la famille ? », in *Mélanges Holleaux*, p. 53.

¹⁰¹⁹ Sur cette question, voy. not. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 12 à 21.

¹⁰²⁰ Sur cette question, voy. not. D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, p. 16-17, qui met l'expression entre guillemets.

¹⁰²¹ Dont il faut bien avoir conscience, et il n'y a qu'à penser ici aux débats intenses sur la place à reconnaître à la famille « de fait ».

¹⁰²² La conception du droit de la famille doit naturellement être ouverte à différentes conceptions de la famille, socialement utiles et reconnues à ce titre, voire même être ouverte à de nouvelles formes de conceptions de la famille. Il faut également remarquer que l'absence de droit de la famille ne signifierait pas que le concept de famille perdrait son sens, puisque la famille correspond à une réalité sociale (à moins d'être dans un système totalitaire qui veuille supprimer toute conceptualisation d'une réalité sociale qu'il juge contraire aux intérêts du système).

¹⁰²³ Ce qui semble être une dérive vers un système totalitaire, puisque c'est bien une certaine conception de la famille qui est de plus en plus imposée aux justiciables, qui n'ont d'autre choix, s'ils veulent voir leur famille reconnue par le droit objectif, que d'accepter la lecture individualiste qui est faite de la famille par le droit contemporain (ce qu'il faudra également avoir à l'esprit lorsque sera discuté le recours à l'autonomie de la volonté, cf. *infra*, n° 843 et s.). Cela n'implique nullement d'avoir du droit de la famille une vision fermée, c'est-à-dire inapte au changement, ou holiste, c'est-à-dire destructrice de l'individu (sur ce point, voy. not. Louis Dumont : L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme – Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, préc., note 944). Au contraire, il y a pour le droit de la famille une vraie nécessité d'un esprit d'ouverture, au sens de reconnaissance de l'acceptabilité sociale de comportements différents de ceux

droit de la famille est, outre sa dimension traditionnellement extrapatrimoniale déjà largement remise en cause par le droit de la conjugalité, d'être un droit d'une nature différente. Il ne s'agit pas de la préservation de règles minimales de respect du vivre ensemble, comme on peut les rencontrer en matière de droits des biens, des contrats ou de la responsabilité, mais de l'établissement de règles de promotion de certains comportements jugés comme particulièrement utiles, et donc légitimes, pour la société. Le sens du droit en matière de droit de la famille est justement de ne pas être neutre¹⁰²⁴. Le droit de la famille doit « valoriser » certaines institutions, particulièrement dignes de protection juridique en raison de leur utilité sociale¹⁰²⁵. En droit de la famille, on retrouve cette utilité sociale dans l'existence nombreuse de « droits-devoirs »¹⁰²⁶. Mais l'évolution de la société semble se faire actuellement dans un sens tellement individualiste que le droit de la famille risque bien de perdre les éléments qui permettent de le distinguer d'autres branches du droit. On a plutôt l'impression qu'il faudra bientôt traiter le droit de la famille avec le droit des contrats spéciaux...

246. La conception du droit de la famille comme un droit des devoirs est aujourd'hui effectivement mise à mal, ce qu'illustre parfaitement l'établissement de la filiation¹⁰²⁷. Ce qui est de plus en plus revendiqué est le droit des parents de faire établir leur « parenté »¹⁰²⁸, au-delà même de leur « parentalité »¹⁰²⁹. Mais qui peut bien être le débiteur de

directement consacrés par le droit. Les Etats modernes se sont en effet presque tous construits en englobant une population dont les structures familiales étaient multiples, et ce malgré un droit de la famille souvent unique (voy. sur ce point notamment les thèses d'Emmanuel Todd). Il ne faut donc pas attacher une importance excessive à la famille comme élément de structuration de l'Etat. Ce qui compte bien davantage, c'est que le droit de la famille ne devienne pas un outil total par lequel l'Etat cherche à contrôler la société et les individus.

¹⁰²⁴ Il ne faut pas oublier que « la neutralité est toujours une position facile, et l'on peut s'en contenter. L'on peut aussi préconiser une position en faveur du mariage... » J. CARBONNIER, « Pas de droits si l'on refuse le droit » in *La famille contre les pouvoirs*, P.-P. Kaltenbach (dir.), Nouvelle Cité, 1985, p. 69 et s. ; et en faveur de la famille serions-nous tentés de rajouter.

¹⁰²⁵ A commencer par le mariage ? Voy. not. B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, Paris, spéc. pp. 257-439 ; mais la question est ici véritablement ouverte, puisqu'il s'agit d'un choix politique.

¹⁰²⁶ Ces droits-devoirs ne sont évidemment pas figés, et le droit a su et doit tenir compte des évolutions de la société. A titre d'exemple, il a ainsi pu prendre en considération « l'émergence du père, non comme un pourvoyeur et encore moins un *pater familias*, mais pour la première fois, comme une force aimante et nourissante dont il faut dorénavant tenir compte » (in G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », précité, spéc. p. 4).

¹⁰²⁷ Même s'il est facile de faire la même démonstration pour le droit du mariage, avec la facilitation extrême de la rupture et l'absence d'effectivité des obligations extra-patrimoniales (voy. not. la thèse de Jean GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, précité).

¹⁰²⁸ Voy. sur cette question not. Hugues FULCHIRON et Jehanne SOSSON (dir.), *Parenté, filiation, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

¹⁰²⁹ Sur cette notion, voy. p. ex. H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité* ; Dalloz, Paris, 2009, spéc. p. IX et s. ; et L. de SAINT-PERN, *La notion de filiation en droit comparé : droit français et droit anglais*,

ce droit ? L'Etat, qui doit positivement défendre ce « droit de l'homme » ? Pourtant l'autre personne concernée est l'enfant, donc ne s'agit-il pas de faire valoir de droit à l'égard de l'enfant ? Or l'on sait que ce sont bien les intérêts de l'enfant qui doivent être « supérieurs »¹⁰³⁰. Le problème vient de ce qu'un raisonnement en termes de droits subjectifs ne semble en l'occurrence possible que si l'on ignore totalement les droits de l'enfant, voire sa qualité de sujet de droit. Analysé en termes de droit subjectif, le droit des parents d'établir leur parenté signifie en effet nécessairement la possibilité de disposer de droits sur l'enfant et donc une instrumentalisation, au sens métaphysique du terme, de l'enfant qui est totalement incompatible avec la qualité de sujet et la dignité de l'enfant¹⁰³¹. Peut-être cela est-il concevable, possible ou souhaitable. Mais cela constituerait dans tous les cas une véritable rupture avec la philosophie contemporaine qui repose sur la reconnaissance de la qualité de personne humaine et de la protection de sa dignité dès la naissance et interdit de prendre autrui comme un moyen et non comme une fin en soi¹⁰³². On est aujourd'hui plus que jamais devant ce « paradoxe des droits de l'enfant confrontés à la revendication de plus en plus exacerbée, si l'on n'y prend garde, d'un "droit à l'enfant" à tout prix, par tout moyen et dans n'importe quelles circonstances, oubliant que la dignité de l'homme implique que la fin ne justifie pas les moyens, et qu'un être humain – *a fortiori* un enfant – ne peut jamais servir de moyen à la satisfaction du besoin ou du désir d'un autre [ce qui] est la base même de la

Thèse de doctorat, École doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé, Paris, France, 2013, spéc. p. 395 et s.

¹⁰³⁰ Art. 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux Droits de l'Enfant.

¹⁰³¹ Voy. sur ce point not. E. KANT, *Métaphysique des mœurs I. Fondation de la métaphysique des mœurs*, Flammarion, Paris, 1994, p. 113 au par. 429 et E. KANT, *Métaphysique des mœurs II. Doctrine élémentaire de l'éthique*, Flammarion, Paris, 1999, pp. 333 et s. ; ces propos méritent évidemment plus de réflexions, que nous devons réserver à d'autres études. Pour plus de références, voy. p. ex. M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1/2007 (Volume 58), p. 1-30 (accessible sous www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2007-1-page-1.htm) ; Isabelle MARTIN, « Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine », *Lex Electronica*, vol. 15 n°2, Automne/Autumn 2010 (accessible sous http://www.lex-electronica.org/docs/articles_288.pdf)

¹⁰³² Conception de la dignité humaine qui remonte à Kant et qui renvoie évidemment à l'idée d'autonomie du sujet. Cette conception de la dignité humaine est au cœur des débats sur la gestation pour autrui, le Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé en ayant rappelé l'importance dans son avis n° 110, *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*, du 1^{er} avril 2010, spéc. p. 14 (accessible sous http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf). En 2005 déjà, ce même comité estimait que « l'AMP a toujours été destinée à résoudre un problème de stérilité d'origine médicale et non à venir en aide à une préférence sexuelle ou à un choix de vie sexuelle. L'ouverture de l'AMP à l'homoparentalité ou aux personnes seules ouvrirait de fait ce recours à toute personne qui en exprimerait le désir et constituerait peut-être alors un excès de l'intérêt individuel sur l'intérêt collectif. La médecine serait simplement convoquée pour satisfaire un droit individuel à l'enfant » (avis n° 090, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, du 24 novembre 2005, spéc. p. 18 (accessible sous <http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis090.pdf>)). Dans ce contexte, voy. aussi spéc. J.-Y. NAU, « Kant, mères porteuses, dignité humaine », *Revue médiale suisse*, 2010, 2010, n° 251, pp. 1166-1167 (accessible sous

philosophie des droits de l'homme »¹⁰³³. Cette rupture philosophique avec la conception kantienne de la dignité humaine imposerait également de reconceptualiser le droit de la famille dans un sens hyperindividualiste qui est incompatible avec le concept de droit de la famille. Il faut au contraire condamner l'idée que les parents peuvent revendiquer des droits à l'égard de la société en matière d'établissement de la filiation. Ce qu'il faut leur permettre de réaliser, ce sont les devoirs à l'égard de leurs enfants. L'exercice de ces devoirs peut ensuite entraîner un certain nombre de droits sociaux alloués en vue de soutenir les parents. Mais en aucun cas, ne doit-il y avoir un droit subjectif à être parent. La malencontreuse (quasi)-consécration de ce droit à être parent par de nombreuses législations récentes révèle ainsi une dérive contemporaine vers un droit de la famille constitué par un faisceau de droits subjectifs opposables à l'égard de l'Etat¹⁰³⁴ et vers la perte de sens du concept de droit de la famille dont il faut espérer qu'elle n'est que passagère.

247. La perte de sens du droit de la famille est également révélée par la perte de sens des termes constitutifs du droit de la famille. Les notions de mariage et de parenté deviennent ainsi des sortes de « gros-mots » auxquels il faut préférer dans un langage politiquement correct « conjugalité » et « parentalité »¹⁰³⁵. Ce véritable nominalisme¹⁰³⁶ a encore été illustré par la tentative récente de supprimer les termes père et mère du Code civil¹⁰³⁷. Pourtant le

<http://rms.medhyg.ch/numero-251-page-1166.htm>). Voy. également de façon plus générale, M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », précité, spéc. par. 66.

¹⁰³³ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les droits de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », in *La personne, la famille et le droit, trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1999, p. 285-326, spéc. p. 326. Pourtant il reste nécessaire aujourd'hui de renouveler la critique et de constater qu'« il n'est en effet nullement évident que le droit à l'enfant doive prévaloir sur les droits de l'enfant, sauf à trouver naturel que celui-ci soit désormais considéré comme un objet de droit plutôt que comme un sujet de droit », Y. LEQUETTE, « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (sous la dir.), Ed° Panthéon-Assas, Paris, 2014, p. 13 et s., spéc. par. 13.

¹⁰³⁴ Ce qui ne signifie pas qu'il n'y ait aucun droit subjectif opposable à l'égard de l'Etat. Ainsi lorsque un noyau dur, tenant au fonds commun du vivre ensemble, est touché, les droits de l'homme doivent avoir vocation à intervenir. Mais le droit de la famille ne peut se résumer à ces interventions, furent-elles combinées à une liberté laissée aux individus dans un droit de la famille conventionné ou contractualisé (sur la contractualisation du droit de la famille, voy. not. D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001).

¹⁰³⁵ Voy. sur ce point p. ex. Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009 ; F. DEKEUWER-DEFOSSÉZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la »PARENTALITE'' », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis : Dalloz, Paris, 2012.

¹⁰³⁶ Voy. notamment Y. LEQUETTE, « Observations sur le nominalisme législatif en matière de filiation », *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 647 et s..

¹⁰³⁷ L'article 4 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe prévoyait encore que « les mots : "père et mère" sont remplacés par le mot : "parents" », mais devant le tollé suscité par cette suppression symbolique des termes « père et mère », le législateur a finalement préféré préciser simplement que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe

droit de la famille doit être un lieu de stabilité qui, face aux risques de confusion et de toute-puissance générés par les évolutions contemporaines de la famille, sources d'angoisse pour les individus, fournit un « lieu de parole où une clarification, une nomination, puissent se formuler »¹⁰³⁸. Le fait que le projet sur la suppression des termes père et mère n'ait pas abouti prouve que l'évolution n'est ni arrivée à son point d'arrivée, ni qu'elle est inéluctable¹⁰³⁹. Mais l'individualisme désormais promu comme valeur sociale de référence ne s'est évidemment pas arrêté devant le droit de la famille et le phénomène de l'hyperindividualisme déstructure au moins autant le droit de la famille que les autres branches du droit et, à travers le droit, la société. L'abandon progressif de la dimension extrapatrimoniale du droit de la famille et le travestissement de celui-ci en un droit où ne comptent plus que les droits subjectifs des individus, au détriment des devoirs des individus au sein et à l'égard de la structure familiale, sont donc porteurs de dangers qui dépassent les seuls enjeux du droit de la famille mais qui intéressent l'organisation sociale dans son ensemble. Si la perte de sens du droit de la famille ne nous semble à l'heure actuelle ni définitive, ni inéluctable et s'il est probablement encore possible de donner un sens au droit de la famille, indispensable pour l'Etat et la société, mais aussi pour les individus, il devient urgent de se demander quel doit être ce sens...

248. La conclusion intermédiaire qui s'impose à ce stade est que « la famille n'est pas une réalité qui peut être abandonnée au jeu des volontés individuelles »¹⁰⁴⁰. Le droit doit prendre ses distances avec l'attitude individualiste d'après laquelle

« tout comportement existant doit non seulement être admis socialement, mais encore juridiquement consacré. Le droit devient un instrument au service des aspirations individuelles, fussent-elles contradictoires. C'est oublier que l'une des fonctions du droit est d'offrir un cadre de référence. Il est une boussole pour les individus. En cela, il est facteur d'équilibre individuel et de cohésion sociale. L' "anomie" actuelle [de la famille] est dangereuse pour l'individu. [...] Que tous les

différent ou de même sexe » (art. 6-1 du C.C., créé pour l'occasion par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe).

¹⁰³⁸ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », préc., note 950, spéc. p. 155.

¹⁰³⁹ Et il faut s'en féliciter. Car en voulant faire du droit un outil absolu qui intègre tous les sens (ici de la parenté/parentalité), on risque de rejeter par là-même le nécessaire esprit libéral du droit de la famille (comme ne prétendant pas régir la famille dans son ensemble), ce qui peut avoir pour contrecoup que la majorité bascule et impose alors une vision morale aux minorités qui ne soit plus respectueuse de l'idée de relativité des normes sociales de référence.

¹⁰⁴⁰ B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité, Essai sur la singularité matrimoniale*, précité, spéc. p. 444.

possibles lui soient ouverts est un bel hommage à la dignité de l'homme. Mais la liberté peut se révéler utopique et dangereuse pour l'individu comme pour la société. »¹⁰⁴¹

249. Dès lors, et en guise de transition vers le second chapitre qui propose un essai de mise en œuvre d'une conception renouvelée et non-individualiste du droit de la famille, il convient de méditer des propos qui, en presque trente ans, n'ont rien perdu de leur actualité :

« Que [le juriste et le scientifique] renoncent ensemble à la tentation de prétendre parfois sauver la personne, pour se contenter d'œuvrer ensemble à ce qu'elle ne se perde pas ! Pour cela les désirs de l'homme ne peuvent avoir raison du droit des hommes ! »¹⁰⁴²

Chapitre 2 La nécessaire redécouverte du sens du droit de la famille comme un droit de la responsabilité

250. S'il est nécessaire de redécouvrir le sens du droit de la famille, il faut encore se demander autour de quels concept cette redécouverte peut avoir lieu. Il nous semble que le concept de responsabilité est à même de fournir ce support conceptuel (section 1). Par le changement d'analyse qu'entraîne le glissement de ce fondement du droit de la famille sur la place de l'individu, qui ne serait pas uniquement bénéficiaire de droits subjectifs accordés par le Droit, mais également investis de devoirs à l'égard des autres membres de la famille que le Droit a pour mission de faire assumer, une telle redécouverte du sens du droit de la famille oblige à se poser la question de sa compatibilité avec le concept de droits de l'homme. Cette redécouverte a alors pour conséquence d'entraîner également une relecture de notre conception de droits de l'homme, autour de cette même exigence de responsabilité (section 2).

Section 1 L'esquisse d'un droit de la famille repensé autour de l'exigence de responsabilité

251. Nous avons cru déceler dans l'individualisme la source principale de la crise du droit de la famille. Peut-être n'est-ce qu'une source parmi d'autres dont nous négligeons

¹⁰⁴¹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 95.

l'importance. Mais il nous semble incontestable que le droit de la famille ne peut continuer à exister si l'individu occupe à ce point conceptuellement la place centrale. Reste donc à savoir quels autres concepts doivent se substituer, ou plutôt se combiner, au concept d'individu. Nous proposons de chercher ces autres fondements nécessaires dans les concepts d'altérité, qui vise aussi à faire respecter l'individu dans son altérité (I), et de communauté, qui vise à redonner une place plus grande à la dimension sociale de l'homme (II), lesquels doivent être lus en lien avec le rôle important que doit continuer à jouer l'individu (III).

I Une responsabilité résultant de l'acception de la famille comme lieu d'altérité

252. L'altérité n'est naturellement pas un phénomène réservé à la famille. Elle est au contraire indispensable dans la recherche de l'identité de chacun. Paul Ricoeur l'exprime par la formule « soi-même comme un autre »¹⁰⁴³, Rimbaud en disant « je est un autre »¹⁰⁴⁴ et Sartre en affirmant que « l'autre est indispensable à mon existence »¹⁰⁴⁵. Pourtant, et notamment dans cette recherche d'identité de chaque individu, l'appréhension de l'altérité par la famille joue un rôle essentiel. Car « c'est grâce à l'intériorisation de l'autre – de l'adulte, du parent – que l'enfant accède à une conscience de soi, c'est-à-dire au monde proprement humain »¹⁰⁴⁶. Charles Taylor a également insisté sur l'importance du « caractère dialogique fondamental [...] de l'existence humaine » qui repose sur l'acquisition du « "langage" dans son sens le plus large », laquelle implique les « échange[s] avec d'autres, [...] avec ceux qui

¹⁰⁴² J. L. BAUDOUIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Paris, 1987, spéc. p. 283.

¹⁰⁴³ P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990.

¹⁰⁴⁴ Formule utilisée par Rimbaud dans deux lettres, respectivement à Georges Isambart du 13 mai 1873, et à Paul Demeny du 15 mai 1871 (accessible en ligne p.ex. sous : http://abardel.free.fr/petite_anthologie/lettre_du_voyant_panorama.htm). L'on en trouve notamment une analyse par Gilles DELEUZE, *Vérité et temps*, cours 60 du 17 avril 1984 – 3, transcription par Fabienne Kabou, accessible en ligne sous : http://www2.univ-paris8.fr/deleuze/article.php3?id_article=345).

¹⁰⁴⁵ J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Gallimard, Folio/Essais, 2012 (1^{er} dépôt dans la collection 1996, 1^{ère} éd. 1946), présentation et notes par Arlette Elkaïm-Sartre, spéc. p. 5. SARTRE y souligne que « par le *je pense*, contrairement à la philosophie de Descartes, contrairement à la philosophie de Kant, nous nous atteignons nous-mêmes en face de l'autre, et l'autre est aussi certain pour nous que nous-mêmes. Ainsi, l'homme qui s'atteint directement par le *cogito* découvre aussi tous les autres, et il les découvre comme la condition de son existence. [...] Pour obtenir une vérité quelconque sur moi, il faut que je passe par l'autre » (*ibid.*, pp. 58-59).

¹⁰⁴⁶ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 216.

comptent pour nous – ceux que George Herbert Mead a appelés "les autres qui comptent" »¹⁰⁴⁷.

253. Même si l'on réduit la famille à sa seule dimension reproductrice¹⁰⁴⁸, la famille nous met au moins au contact d'une double altérité. Premièrement, l'altérité constitutive de la famille, c'est-à-dire celle du couple qui va permettre la conception de l'enfant¹⁰⁴⁹. Deuxièmement, l'altérité résultant de la famille, c'est-à-dire la filiation qui implique nécessairement la dissymétrie des relations parents-enfant, et, le cas échéant, la fratrie. Nous n'ignorons évidemment pas que l'altérité comme différence de sexe n'est plus aujourd'hui une condition de la formation juridique d'un couple. Mais personne ne pourra non plus arguer en sens inverse que le couple n'est pas un lieu d'altérité par excellence. Il en est toujours aujourd'hui pour une large majorité de systèmes juridiques au sujet du mariage de la différence de sexe. Mais même au-delà de cette composante sexuelle, la différence est un des postulats de départ de chaque couple. Il n'y a qu'à rappeler ici les conditions d'exogamie, repris également au sujet des couples de même sexe¹⁰⁵⁰. L'altérité est donc une des conditions parmi les plus importantes de la création d'une famille, la prohibition de l'inceste pouvant certainement s'expliquer par cette nécessité anthropologique de l'altérité¹⁰⁵¹.

254. Constater que l'altérité est un élément fondateur de la famille n'est donc nullement remis en cause par l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. Bien au contraire, il y a simplement encore davantage de diversité résultant de l'acceptation de la diversité sexuelle, ce qui est donc aussi une ouverture à une certaine forme d'altérité. Rappeler la dimension fondamentale de l'altérité n'est cependant pas suffisant. Car il faut

¹⁰⁴⁷ C. TAYLOR, *The Ethics of Authenticity*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1992, p. 32-33 ; trad. franç. C. Mélançon, *Le malaise de la modernité*, Paris, Ed. du Cerf, « Humanités », 1994, p. 40-41 (trouvé in J. CHRISTMAN, « Autonomie individuelle et moi social » in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, Marlène Jouan, Sandra Laugier (sous la dir. de), PUF, Paris, 2009, p. 169-201, spéc. p. 173). Charles TAYLOR exprime ainsi la nécessité de l'élément social, que l'on retrouve ailleurs dans la philosophie contemporaine, puisque « la dynamique de la reconnaissance [chez Honneth], la structure de la communication [chez Habermas], la dialectique de la réalisation de soi [chez Hegel] décrivent toutes des conceptions alternatives de la manière dont des significations socialement structurées deviennent des éléments constructeurs du concept de moi » (J. CHRISTMAN, « Autonomie individuelle et moi social », précité, p. 173).

¹⁰⁴⁸ Vision minimale qui ne correspond certainement pas à l'état actuel de la famille, et à laquelle la famille ne se réduira, espérons-le, jamais.

¹⁰⁴⁹ Ce « couple » pouvant n'être que celui du donneur de sperme et de la mère de l'enfant ou pouvant parfois être constitué de plus de personnes (notamment en cas d'ajout d'une donneuse d'ovule et/ou mère porteuse).

¹⁰⁵⁰ Voy. sur ce point not. les empêchements à la célébration d'un mariage et à la conclusion d'un PACS qui ont été étendues aux couples de même sexe (art. 161 à 163 et 515-2 du Code civil).

¹⁰⁵¹ Il n'y a qu'à penser ici à Claude Levi-Strauss, qui en fait même une des conditions d'existence même de la société.

encore identifier en quoi ce constat permet de repenser le droit de la famille dans un sens qui permette d'atteindre un certain équilibre entre le légitime épanouissement individuel, qui ne doit pas verser dans un individualisme destructeur de la société, et le nécessaire respect de certaines valeurs sociales, qui ne doit pas conduire à un système holiste écrasant l'individu¹⁰⁵².

255. Rappeler l'altérité inhérente au concept de famille aiguisé alors déjà l'esprit à la nécessité qu'il y a d'avoir une vision du droit de la famille qui ne soit pas égocentrée et dans laquelle l'individu ne vaut que par et pour lui-même. L'altérité implique donc un équilibre dont bénéficie celui qui la reconnaît. Elle permet de « rester sur la crête du désir plutôt que de s'étourdir dans la recherche de la jouissance [ce qui] est une condition pour se trouver et pour rencontrer l'autre »¹⁰⁵³. A cet égard, il ne faut pas sous-estimer l'importance de l'amour comme élément moteur des familles, puisque « l'amour ne détruit pas l'altérité, il l'intensifie au contraire mais en la transformant. L'amour implique une certaine altérité non pas une altérité de l'ordre du lui qui est exclusion mais une altérité de l'ordre du toi qui est réciprocité de présence »¹⁰⁵⁴. Or justement, « aimer c'est avoir pour but le bonheur d'un autre »¹⁰⁵⁵.

256. L'altérité dans le droit de la famille se retrouve aussi dans l'asymétrie radicale des relations familiales qui se justifie par l'exigence fondamentale de permettre et de garantir l'autonomie de l'autre membre de la famille. Le droit de la famille est en quelque sorte le lieu d'excellence dans lequel on a des devoirs à l'égard d'autrui qui n'ont pas de contrepartie et qui ne reposent que sur l'engagement que l'on a pris ou subi¹⁰⁵⁶ et sur les sentiments. Il faut ainsi distinguer parmi les devoirs familiaux ceux qui relèvent davantage de l'organisation quasi-conventionnelle d'une vie en communauté et ceux qui sont l'expression pure et simple de devoirs inconditionnels à l'égard d'autrui afin de lui permettre de se réaliser en tant que sujet. Concernant les enfants, le rôle des parents n'est-il pas en effet de leur donner les

¹⁰⁵² Voy. sur ces points les analyses d'Alain Supiot (A. SUPIOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 991) et de Louis Dumont (*Essais sur l'individualisme – Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, préc., note 944).

¹⁰⁵³ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », préc., note 950, spéc. p. 155.

¹⁰⁵⁴ G. MADINIER, *Conscience et amour: essai sur le « nous »*, 3^e éd. (1^{er} éd. 1938), PUF, Paris, 1962, spéc. p. 96-97.

¹⁰⁵⁵ H. TAINE, *Philosophie de l'art*, Slatkine, Paris, 1909, spéc. p. 286.

¹⁰⁵⁶ Ou subi, puisque les relations familiales sont bien souvent involontaires, les enfants ne choisissant ni leurs parents, ni leurs frères et sœurs, et la belle-famille n'étant généralement choisie que de façon très relative...

moyens de leur autonomie ? Il est ainsi indispensable que chaque enfant puisse développer son identité propre, tout en maintenant des relations qui assurent non seulement sa survie physique, mais aussi le sentiment d'appartenance familiale nécessaire à la construction de l'identité de chaque enfant. Et pour les parents qui seraient des adultes vulnérables, les enfants ont un devoir¹⁰⁵⁷ de les soutenir afin de leur permettre, non seulement d'être autonome le plus longtemps possible, mais aussi de rester un sujet autonome. Quant aux couples, la vie en couple est largement perçue aussi comme nécessaire à la réalisation du bonheur du sujet individuel, bonheur individuel qui implique aussi que chacun reste dans une certaine et large mesure autonome. La famille se construit ainsi autour de l'altérité de ses membres. Elle constitue, pour reprendre une formule s'inscrivant dans un langage philosophique contemporain, une forme d'« imagination dialogique de l'autre internalisé »¹⁰⁵⁸.

257. Cette altérité est porteuse d'une responsabilité qui dépasse par ses enjeux le seul cadre de la famille, car la responsabilité familiale particulière qui en résulte est l'expression d'une responsabilité plus générale, la responsabilité à l'égard de l'autre, qui correspond à un impératif philosophique absolu, une « responsabilité illimitée dans cette crainte pour l'autre homme »¹⁰⁵⁹, « responsabilité qui est l'excellence de la proximité éthique dans sa socialité, dans son amour sans concupiscence »¹⁰⁶⁰, « responsabilité qui garde sans doute le secret de la socialité, dont la gratuité totale, fût-elle vaine à la limite, s'appelle amour du prochain »¹⁰⁶¹. Responsabilité aussi qui, à travers l'omniprésence du précepte de l'amour du prochain dans les grandes religions mondiales, a façonné l'histoire de l'humanité et qui est sans doute indispensable à l'émergence d'une société humaine¹⁰⁶². C'est elle en effet qui permet « la conversion du pour-soi en pour-l'autre de la responsabilité »¹⁰⁶³.

258. Par où l'on voit toute l'importance du développement et de la diffusion d'une véritable « éthique de la responsabilité »¹⁰⁶⁴, qui est aussi à nos yeux intimement liée à

¹⁰⁵⁷ Savoir s'il est juridique ou moral étant une autre question...

¹⁰⁵⁸ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, traduit par Aurélié DUTHOO, Aubier (Alto), Paris, 2006, p. 156-157.

¹⁰⁵⁹ E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 50.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, spéc. p. 49

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, spéc. p. 50

¹⁰⁶² L'on aurait envie de transformer la célèbre formule *Ubi societa, ibi jus* en « Là où il y a une société, il y a une responsabilité », et inversement.

¹⁰⁶³ E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, préc., note 1065, spéc. p. 54 et p. 130 à 135.

¹⁰⁶⁴ Sur laquelle, voy. not. K.-O. APEL, *Discussion et responsabilité, II, Contribution à une éthique de la responsabilité*, traduit par Christian BOUCHINDHOMME et Rainer ROCHLITZ, Les Éd. du Cerf, 1998, Paris (compte rendu : A. BERTEN, *Revue Philosophique de Louvain*, 2001 Volume 99, Numéro 99-1, pp. 139-142) et

l'adhésion à un véritable humanisme, s'exprimant dans cet amour de l'autre et cette responsabilité à l'égard d'autrui¹⁰⁶⁵. Les enjeux de cette question dépassent largement ceux du droit de la famille, puisque, pour reprendre le passage très éloquent d'un auteur contemporain :

« à la base de la pensée néolibérale on trouve en effet une anthropologie problématique, qui présente l'homme comme un être autosuffisant, essentiellement solitaire, n'ayant que ponctuellement besoin d'autres êtres autour de lui. [...] L'humanisme, qui est la grande tradition intellectuelle européenne, s'oppose sur ce point précis à l'individualisme par son insistance sur la nature de part en part sociale des hommes : la relation entre eux précède la construction du soi, l'être humain ne peut advenir sans la reconnaissance qu'il trouve dans le regard des autres autour de lui. Il impose donc à l'autonomie de chacun des restrictions provenant de notre vie nécessairement commune : l'individu n'est pas seulement la source de l'action, il doit aussi en être le but ; l'exigence d'universalité limite à son tour l'exercice de la liberté. Les principes d'égalité et de fraternité ne sont pas moins fondateurs de la démocratie que celui de la liberté ; si on les oublie, l'ambition d'assurer à tous la liberté est elle-même vouée à l'échec. »¹⁰⁶⁶

259. Et force est de constater que « les développements économiques et étatiques ont suscité et favorisé la formation d'énormes machineries technobureaucratiques qui [...] produisent de l'irresponsabilité »¹⁰⁶⁷ et que « l'individualisation est à la fois cause et effet des autonomies, libertés et responsabilités personnelles, mais [...] a pour envers la dégradation des anciennes solidarités, l'atomisation des personnes, l'affaiblissement du sens de la responsabilité envers autrui, l'égoïsme et, tendanciellement, ce que l'on a pu appeler la *métastase de l'ego* »¹⁰⁶⁸. En reconnaissant la responsabilité particulière qui résulte de l'altérité des membres de la famille, la famille devient en outre un lieu qui prépare de façon plus

C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français : étude critique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009 qui propose une reconstruction du droit de la filiation autour d'une éthique de la responsabilité.

¹⁰⁶⁵ Voy. not. E. LEVINAS, *Humanisme de l'autre homme*, préc., note 172.

¹⁰⁶⁶ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 132-133.

¹⁰⁶⁷ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 15-16 ; Bien que la notion de « politique de civilisation » puisse susciter des réserves. Edgar Morin affirme certes que « tous les problèmes humains ont aujourd'hui une dimension politique » (*Ibid.*, spéc. p. 41). Mais la perplexité, ou du moins la réserve, vient de ce que certains domaines, spécialement sociaux, tels notamment la culture, l'art, dans une moindre mesure la religion, doivent, à notre sens, échapper à la politique. Cela est certainement vrai en ce qui concerne leur formation et leur évolution, qui doivent se faire à l'abri d'une emprise par la politique, quitte à ce que ces domaines soient pris en compte ensuite par la politique.

¹⁰⁶⁸ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 17. C'est l'auteur qui souligne.

générale à l'acceptation de l'altérité, y compris celle résultant de la diversité culturelle qu'il y a aujourd'hui dans toutes les démocraties développées¹⁰⁶⁹.

260. La prise en compte de l'altérité inhérente à la famille doit ainsi permettre au bonheur et aux désirs individuels de s'épanouir sans verser dans un individualisme déstructurant. Il faut en effet maintenir les membres de la famille dans « une dynamique personnelle de désir qui tient compte de l'autre »¹⁰⁷⁰, c'est-à-dire qui reste responsable à l'égard de l'autre, et qui est très justement à opposer à « la recherche de l'épanouissement à tout prix [qui] a souvent à voir avec la jouissance et risque de faire perdre la trace du désir »¹⁰⁷¹. La différence entre le désir, ainsi entendu socialement acceptable, et la jouissance, égoïsme condamnable, réside justement dans le fait que « la jouissance [...] ne connaît pas l'autre »¹⁰⁷².

261. Dire que l'altérité est un élément fondateur de la famille ne permet cependant qu'une ébauche bien trop partielle d'une relecture du droit de la famille. Comment garantit-on en effet que l'autre ne soit pas instrumentalisé ? Comment garantit-on que le devoir moral de respecter autrui soit également perçu comme un devoir juridique ? Se contenter de mettre en avant l'altérité de la famille risquerait bien, en effet, de simplement renforcer la position de l'individualité de chaque membre de la famille, qui doit être respecté dans son altérité. Ce respect de l'altérité est nécessaire et indispensable. Mais il ne doit pas ouvrir la porte à l'individualisme qui compromet à l'heure actuelle le sens du droit de la famille. Au contraire, il faut également prendre en considération l'autre dimension fondamentale de la famille, qui

¹⁰⁶⁹ Le Conseil de l'Europe a ainsi reconnu que « les parents et l'environnement familial plus large jouent un rôle important en contribuant à préparer les jeunes à vivre dans une société marquée par une forte diversité culturelle. En tant que modèles pour leurs enfants, ils devraient contribuer activement à faire évoluer les mentalités et les conceptions [en vue de l'acquisition des compétences nécessaires au dialogue interculturel] », Livre blanc sur le dialogue interculturel « Vivre ensemble dans l'égalité » ; point 4.3.6, page 35. Lancé par les Ministres des Affaires Etrangères du Conseil de l'Europe lors de leur 118ème session ministérielle (Strasbourg, 7 mai 2008) www.coe.int/dialogue ; http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/source/white%20paper_final_revised_fr.pdf.

¹⁰⁷⁰ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », préc., note 950, spéc. p. 143, qui insiste également sur la nécessaire distinction entre « désir », relançant vers du nouveau, et « jouissance », qui entraîne la répétition autour de l'illusion d'une impossible complétude, et dont d'autres auteurs font pourtant le fondement de la famille « post-moderne » (voyez sur ce point G. EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, sous la direction de Pascale BOUCAUD, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1 à 11, spécialement pp. 2, 3 et 10).

¹⁰⁷¹ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », préc., note 950, spéc. p. 143.

¹⁰⁷² *Ibid.*

tient au fait que la famille est une communauté, ce qui impose des devoirs aux membres de cette communauté.

II Une responsabilité renforcée par l'acception de la famille comme lieu de communauté

262. Le rôle de l'altérité dans la famille ne doit pas occulter la stabilité et la permanence des liens créés entre les membres d'une famille, particulièrement dans le sens ascendant et descendant¹⁰⁷³. Juridiquement, cette permanence s'illustre par l'existence de droits et devoirs qui s'étendent de la naissance jusqu'à la mort de l'individu, et même au-delà par la transmission d'éléments extrapatrimoniaux, tel le nom, et patrimoniaux attachés à la personne aux autres membres de sa famille. Face à l'altérité, il y a ainsi la vocation de la famille à rester une communauté permanente, à former un groupe dont l'existence et les liens ne dépendent pas du bon vouloir de ses membres¹⁰⁷⁴. Par où l'on voit que la famille forme une communauté particulièrement forte, qui permet alors la communication entre les altérités qui la composent, ce qui permet à chaque individu la composant de dialoguer avec les autres afin de se définir et redéfinir son identité. Autrement dit, la famille est une forme première de communauté qui permet le dépassement de soi, l'enrichissement de soi¹⁰⁷⁵.

263. Cette communauté génère une responsabilité particulièrement forte, qui représente un très net renforcement de la responsabilité qui résulte de l'analyse de la famille comme lieu d'altérité. L'affection et l'amour pour les autres membres de la famille, la nature particulière des liens tissés, le temps passé ensemble, ne peuvent laisser indifférent quant à la question de la responsabilité des uns envers les autres. Nous nous contenterons sur ce point

¹⁰⁷³ Mais même en ce qui concerne, il y a au moins une condition de stabilité qui développe des effets importants, qui bien souvent se prolongent y compris après la rupture du couple (tels la vocation successorale en cas de décès, l'obtention d'une prestation compensatoire, la possibilité de continuer à utiliser le nom de l'ex-époux ou de l'ex-épouse à titre de nom d'usage, ou les règles particulières sur le logement familial).

¹⁰⁷⁴ Même un divorce ne permet jamais un effacement du vécu, et les liens qui se sont noués, restent à jamais comme partie intégrante de la vie des membres de la famille. Ce que les membres de la famille ne peuvent plus contester est l'existence des liens familiaux, et en ce sens le statut d'ex-partenaire est aussi une relation familiale, puisque nul ne saurait contester que l'existence de liens de couple dans le passé modifie radicalement le rapport entre deux personnes, même si ceux-ci ne vivent plus en couple. L'effectivité des liens familiaux est à distinguer de la question de l'existence des liens familiaux, puisque l'effectivité dépend naturellement de l'attitude de chaque membre de la famille.

¹⁰⁷⁵ Cela n'implique évidemment pas que la famille soit la seule forme de communauté permettant ce dépassement de soi. Mais on peut tout de même penser que la famille est une forme de communauté nécessaire à cette fin. Au lieu de rester dans un isolement statique et infertile, la famille permet la communication du Soi avec l'Autre, communication qui dans sa forme la plus absolue débouche sur une vie totalement nouvelle.

d'évoquer l'idée forte exprimée par Antoine de Saint-Exupéry, lorsque le renard explique au petit prince, au moment de lui dire adieu, comment le petit prince s'est investi, en l'apprivoisant, d'une responsabilité particulière à l'égard de sa rose :

« – C'est le temps que tu as perdu pour ta rose qui fait ta rose si importante.

- C'est le temps que j'ai perdu pour ma rose..., fit le petit prince, afin de se souvenir.

- Les hommes ont oublié cette vérité, dit le renard. Mais tu ne dois pas l'oublier. Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé. Tu es responsable de ta rose... »¹⁰⁷⁶

264. Or, la famille n'est-elle pas le cadre le plus naturel et originel dans lequel les personnes s'attachent aux autres par des liens affectifs générateurs d'une responsabilité inconditionnelle, que Saint-Exupéry nous explique si bien à travers la métaphore de l'appropriation ? Pour celui qui en douterait, nous aurions envie de donner le conseil de prendre du recul et de méditer la réaction du petit prince aux ultimes paroles de son ami :

« Je suis responsable de ma Rose... répéta le petit prince, afin de se souvenir.

Et, couché dans l'herbe, il pleura »¹⁰⁷⁷.

265. Cette responsabilité rejoint celle de la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille qui résulte de l'acceptation de la famille comme lieu d'altérité, mais elle lui confère une dimension supplémentaire qui est fondamentale. Elle ne trouve pas, en effet, sa source dans la nécessité de respecter l'autonomie d'autrui, mais dans les liens communs qui unissent les membres d'une même famille. Ces liens communs peuvent résulter d'une multitude d'éléments, tels l'ascendance commune, les sentiments communs, l'éducation commune, le temps passé ensemble... Et cette communauté est génératrice de devoirs d'une nature particulière qui correspondent à une responsabilité inconditionnelle à l'égard des autres membres de la famille en raison de l'appartenance à une communauté particulièrement forte, la famille¹⁰⁷⁸. Il ne s'agit pas d'une responsabilité à l'égard de la famille comme un ensemble abstrait qu'il faudrait protéger en lui-même, mais bien d'une responsabilité à l'égard des

¹⁰⁷⁶ A. DE SAINT EXUPERY, *Le Petit Prince*, chapitre XXI.

¹⁰⁷⁷ A. DE SAINT EXUPERY, *Le Petit Prince*, chapitre XXI ; en combinant le texte du roman à la légende de l'illustration qui l'accompagne et clôt le chapitre.

¹⁰⁷⁸ Sans que nécessairement l'ensemble de ces devoirs soient des devoirs juridiques, comme en témoigne la possibilité de la reconnaissance d'une obligation naturelle.

autres membres de la famille qui résulte de l'appartenance à une même communauté familiale¹⁰⁷⁹.

266. Le droit ignore aujourd'hui de plus en plus cette responsabilité familiale. Cette situation est d'autant plus condamnable que le droit, en ignorant la responsabilité que génère nécessairement la famille entre ses membres, se met techniquement dans une situation intenable. Cela a été démontré de façon particulièrement pertinente au sujet du paradoxe de l'exigence de l'intention matrimoniale, difficile à établir lorsque le lien matrimonial ne correspond plus en réalité à aucun devoir juridique¹⁰⁸⁰. Ainsi, « les tribunaux distinguent mal l'"intention matrimoniale" du désir de vivre en union libre. Pour apprécier si les conjoints étaient disposés à se conduire comme des époux, les juges recherchent en définitive s'ils se sont comportés comme des amants... En appauvrissant de la sorte le concept d'intention matrimoniale, ils font donc comme si le lien conjugal se réduisait à la "vie commune" de l'article 515-8 »¹⁰⁸¹. Mais la jurisprudence ne peut en réalité pas procéder autrement. Car si elle procédait comme elle devrait, ce qui impliquerait qu'« en toute logique, on devrait admettre que [l'intention matrimoniale] consiste à vouloir se conformer aux devoirs conjugaux », et qu'« accepter la condition d'époux, c'est ainsi adhérer à tout ce qui fait l'essence du statut matrimonial »¹⁰⁸², c'est-à-dire être résolu « à respecter tous les devoirs conjugaux »¹⁰⁸³, elle serait devant une situation bien inconfortable. Devant l'ineffectivité des devoirs personnels du mariage¹⁰⁸⁴ et la déliquescence qui en résulte pour l'institution du mariage, si les juges exigeaient simplement que les fiancés s'engagent à ce que le mariage implique juridiquement, c'est-à-dire sur le plan des engagements personnels (quasiment) rien, l'intention matrimoniale se résumerait également à ... rien. Or, le droit a besoin d'un outil efficace de lutte contre les mariages de complaisance. Et s'attacher à ce qu'est aujourd'hui dans le droit positif l'essence du mariage ne le permet pas. Quelle intention rechercher s'il n'y a aucun engagement juridique ? D'où la nécessité de trouver un autre outil, c'est-à-dire celui de l'intention d'établir une communauté de vie, ce qui ne caractérise pourtant pas spécialement le mariage... Dès lors, « si beaucoup d'individus se demandent aujourd'hui si le

¹⁰⁷⁹ I. THERY, « Vie privée et monde commun », *Le Débat*, 1985, n° 85, pp. 137 et s.

¹⁰⁸⁰ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux: réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, spéc. p. 547 à 558.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, spéc. p. 558.

¹⁰⁸² *Ibid.*, spéc. p. 550.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, spéc. p. 551.

¹⁰⁸⁴ Due à l'absence de véritable sanction juridique de leur inobservation ; voy. not. l'analyse de M. Jean Garrigue (*ibid.*, spéc. p. 341 à 456).

mariage est un véritable engagement, ce n'est pas parce qu'ils sont mal informés ; c'est au contraire parce qu'ils ont bien compris ce que l'union conjugale est devenue. Pour que le mariage soit pris au sérieux, il ne suffira donc pas de vanter avec enthousiasme ses mérites supposés ; il faudra lui rendre un peu de la substance dont on s'est évertué à le priver »¹⁰⁸⁵.

267. Il est donc nécessaire de retrouver le sens de la famille comme un lieu de communauté caractérisée par l'existence de véritables devoirs à l'égard des autres membres de la famille. La famille correspond ainsi à des responsabilités particulières. Il y a certes un fonds commun de devoirs à l'égard d'autrui, mais les relations familiales impliquent des devoirs particuliers. Le droit de la famille a, dans ce cadre, pour vocation de consacrer ces devoirs particuliers. L'analyse du mariage comme don de soi et engagement pour l'avenir est révélatrice à cet égard. Cela entraîne aussi la nécessité d'une analyse du droit de la famille en termes de devoirs à l'égard d'autrui et non pas de droits subjectifs. Dans le contexte de la société contemporaine pourtant, « la conjonction de l'égoïsme – qui réduit l'horizon à son intérêt personnel -, de la spécialisation – qui dissout l'intelligence de ce qui est global – et de la compartimentation dans le travail techno-bureaucratisé détermine l'affaiblissement du sens de la solidarité, lequel détermine l'affaiblissement du sens de la responsabilité »¹⁰⁸⁶. Cet affaiblissement du sens de la responsabilité est d'autant plus dangereux qu'il s'accompagne d'une perte de reconnaissance de la solidarité qui est générée par la communauté que constitue la famille.

268. Il faut ainsi comprendre que « c'est [dans la famille moderne] que subsistent des formes essentielles de solidarité dont le reste de la société ne donne presque plus l'image »¹⁰⁸⁷. Face à la complexité du monde contemporain, « la lutte contre l'atomisation, l'anonymisation, la techno-bureaucratisation est en elle-même lutte pour l'instauration ou la restauration de la convivialité [qui] comprend les cordialités de personne à personne, le partage et la participation aux jouissances, plaisirs et souffrances d'autrui – voisin, proche, visiteur »¹⁰⁸⁸, et, serions-nous naturellement porté à ajouter « membre de la famille »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, spéc. p. 573.

¹⁰⁸⁶ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 24–25.

¹⁰⁸⁷ P. BOUCAUD, « Avant-propos », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, sous la direction de Pascale BOUCAUD, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. VII-VIII, spéc. p. VIII.

¹⁰⁸⁸ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 50.

¹⁰⁸⁹ Et dont l'absence est source de beaucoup d'inquiétudes : « Tandis qu'un peu partout, sur les ruines de la promesse poétique de changer la vie, les ressourcements ethniques et religieux s'efforcent de régénérer les

D'innombrables exemples permettent d'ailleurs d'illustrer que cette solidarité familiale reste très forte, qu'elle est omniprésente dans la société contemporaine et que le droit la prend en considération sous des formes extrêmement diverses¹⁰⁹⁰. Le droit de la famille est ainsi le droit qui répond à « l'atomisation de notre société [et qui] requiert de nouvelles solidarités spontanément vécues et pas seulement imposées par la loi, comme la Sécurité sociale »¹⁰⁹¹. Car la famille est certainement l'institution la mieux placée pour insuffler cette solidarité spontanée, ces valeurs de fraternité¹⁰⁹², « valeurs génératrices/régénératrices fondamentales de toute société »¹⁰⁹³.

269. Mais le rôle social particulièrement important que continue de jouer de fait la solidarité familiale ne doit pas cacher qu'elle ne semble plus guère être un *leitmotiv* du droit et de la politique contemporains. Face au risque de déliquescence de la solidarité familiale, sans doute l'une des formes les plus naturelles de solidarité, il n'est pourtant pas surprenant de voir se décomposer également toutes sortes d'autres formes de solidarité collective que l'on considère pourtant à juste titre comme nécessaire à l'existence et la stabilité des sociétés et démocraties contemporaines¹⁰⁹⁴. Est-il nécessaire de rappeler la formule de Solidarnosc « pas de liberté sans solidarité » ? Cela montre l'importance de la solidarité dans le combat pour la liberté, qui doit cependant être repensée aujourd'hui, puisqu'il faut également être capable de comprendre le rôle de la solidarité dans le maintien de la liberté. Pour le sujet de notre étude, cela implique de reprendre conscience de ce que la famille est génératrice entre ses membres

poésies de la participation communautaire, la prose de l'econocratie et du technocratie triomphe dans le monde occidental » (*ibid.*, spéc. p. 52).

¹⁰⁹⁰ En commençant par des gestes de soutien quotidien, tel le fait d'aller chercher les petits-enfants à l'école, jusqu'à permettre des gestes de solidarité extraordinaires, telles les libéralités qui sont fiscalement encouragées, en passant par la reconnaissance des obligations naturelles pour l'expression de certaines formes de solidarité familiale qui ne seraient pas déjà juridiquement reconnues.

¹⁰⁹¹ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 124.

¹⁰⁹² Qui supposent la solidarité, puisque « Une société ne peut progresser en complexité que si elle progresse en solidarité. [...] La seule solution intégratrice favorable à la complexité est le développement de la solidarité véritable, non pas imposée, mais intérieurement ressentie et vécue comme fraternité » (E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 48-49) ; Ce qui est particulièrement important pour le droit de la famille, puisque « le droit qui encadre, ou tente de réparer, ne crée jamais, à proprement parler, du lien familial. Ce qui lie les familles, c'est une source extra-juridique, c'est la fraternité », S. GARGOULLAUD et B. VASSALLO, *Réinventer la famille ?*, La Documentation française, Paris, 2013, p. 151.

¹⁰⁹³ E. MORIN, *La complexité humaine*, préc., note 151, spéc. p. 359 Et le même auteur constate : « Alors que les valeurs de fraternité sont, pour la pensée conservatrice, des valeurs filiales relevant de l'autorité paternelle/maternelle (Etat-nation), nous voyons que ces valeurs de fraternité sont les valeurs génératrices/régénératrices fondamentales de toute société » (*ibid.*).

¹⁰⁹⁴ Voy. notamment A. SUPIOT, *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, préc., note 991, spéc. p. 305 à 312, qui constate que « les systèmes de solidarité développés dans le cadre de l'Etat providence traversent aujourd'hui une crise profonde » (p. 308), notamment parce qu'ils reposent sur l'anonymat qui « attise l'individualisme en faisant disparaître tout lien direct entre les personnes solidaires au profit d'un face-à-face individuel avec un organisme impersonnel » (*ibid.*)

d'une solidarité responsable et d'une solidaire responsabilité¹⁰⁹⁵. Cela repose sur des considérations qui ont *a priori* et empiriquement une source absolument non juridique¹⁰⁹⁶, mais qui ont des conséquences importantes sur la façon de concevoir le droit de la famille.

270. Dans une vision classique du droit, celui-ci n'aurait, en effet, guère vocation à régler la façon dont la famille exerce et organise cette responsabilité et cette solidarité. Pendant longtemps, l'Etat ne s'est ainsi guère occupé de régler lui-même le droit de la famille et a laissé d'autres ordres normatifs s'en charger¹⁰⁹⁷. Dans cette vision, le droit de la famille devrait donner lieu seulement à l'affirmation de libertés négatives, visant à protéger l'individu contre une limitation excessive de sa liberté par les autres membres de la famille. Mais ces libertés négatives seraient nécessairement entendues de façon restrictive, dans la mesure où les devoirs à l'égard des autres membres de la famille sont très importants et limitent donc logiquement la liberté individuelle, et ce non pas pour respecter la liberté de l'autre, mais pour garantir l'exercice effectif de la responsabilité à l'égard de l'autre.

271. Mais dans une approche moderne, le rôle de l'Etat est totalement travesti. Au lieu de garder une position éloignée par rapport à la famille, une analyse moderne et l'idée de la consécration de libertés positives impliquent une intervention accrue de l'Etat¹⁰⁹⁸. Celui-ci devient alors un acteur important pour fixer le cadre de la famille, la famille devenant en quelque sorte un des droits, une des libertés que l'Etat doit garantir positivement. Mais c'est là l'énorme paradoxe actuel du droit de la famille contemporain. Plutôt que de promouvoir la dimension sociale de la famille qui résulte de ce que la famille est un lieu de communauté, le droit promeut une dimension exagérément individuelle de la famille, totalement au service de la liberté individuelle ! Cela laisse entendre que l'on serait dans une analyse classique de la liberté individuelle, alors qu'il n'en est strictement rien. Et ce qui était au départ une question de liberté négative, de non intervention de l'Etat, devient tout d'un coup une liberté positive visant à protéger non l'utilité sociale du droit protégé, mais visant à protéger une acception égoïste de l'épanouissement individuel au détriment de la responsabilité à l'égard d'autrui. Or

¹⁰⁹⁵ Voy. sur ce point égal., proposant une reconstruction de la notion de parenté qui tient compte d'une « éthique de la responsabilité » : C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français : étude critique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009.

¹⁰⁹⁶ Qu'il s'agisse d'une source naturelle, rationnelle, philosophique est une question que nous devons naturellement laisser ouverte ici...

¹⁰⁹⁷ Notamment en raison de la source religieuse du droit de la famille (cf. *supra*, not. n° 73 et s).

¹⁰⁹⁸ Particulièrement bien illustré par l'affirmation d'obligations positives sur le fondement de l'article 8 Conv. EDH.

ce développement est très inquiétant à deux égards. Premièrement, parce que l'Etat se montre interventionniste dans un domaine où l'on peut considérer qu'il doit y avoir une part importante de non-ingérence, de liberté négative. Deuxièmement, parce que l'Etat intervient dans le sens d'une déstructuration de la famille, alors que la cellule familiale est à protéger positivement afin de pouvoir constituer un rempart contre l'arbitraire de l'Etat, afin de devenir un contre-pouvoir au risque d'idéologisation émanant de l'intervention de l'Etat. Tocqueville l'avait déjà pressenti, en constatant que « du monde politique, qui est, à proprement parler, son domaine, [la tyrannie] pénètre dans la vie privée ; [qu']après les actions, elle aspire à régenter les goûts ; après l'Etat, elle veut gouverner les familles »¹⁰⁹⁹. Les totalitarismes du XX^e siècle l'ont ensuite réalisé¹¹⁰⁰. Dès lors, faut-il encore rappeler que, pour reprendre Mme Meulders-Klein, le rôle de la famille, « aimer, soigner et partager »¹¹⁰¹ est quelque chose « qu'aucun Etat au monde, si puissant soit-il, ne saurait jamais remplacer »¹¹⁰² ? Que lorsque « l'amour meurt [et] commence la détresse, [...] le rôle de l'Etat n'est pas de faire disparaître les responsabilités privées, mais de les soutenir au mieux »¹¹⁰³ ? Qu'en 1985, le même auteur se voyait déjà obligé de se demander « si l'arbre que nous avons planté dans les dernières décennies [en droit de la famille] est vraiment bon et si nous ne devrions pas en planter un autre pour les générations du XXI^e siècle »¹¹⁰⁴ ? Il semble que ces voix ont malheureusement été ignorées et que l'on n'a toujours pas trouvé l'arbre nouveau qu'il convient de planter en matière de droit de la famille¹¹⁰⁵. Dans ce contexte il est urgent de reprendre conscience de la famille comme un lieu de communauté génératrice de devoirs et de repenser le droit de la famille comme un droit de la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille.

272. Si le droit et la politique contemporains attachent, du moins par certains aspects, si peu d'importance à la famille comme lieu de communauté, il faut se demander par quel paradoxe la famille n'en reste pas moins perçue par de nombreux citoyens comme un

¹⁰⁹⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I*, précité, note 944, spéc. p. 246.

¹¹⁰⁰ L'admiration de Lénine pour Engels est particulièrement connue (cf. *supra*, note 1009) ; l'interventionnisme du régime hitlérien dans le domaine familial relève naturellement de la même logique.

¹¹⁰¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille, Etat et sécurité économique d'existence dans la tourmente », préc., note 988, spéc. p. 431 ; en traduisant la formule anglophone *Loving, Caring and Sharing*.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibidem.*

¹¹⁰⁴ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille, Etat et sécurité économique d'existence dans la tourmente », préc., note 988, spéc. p. 432.

¹¹⁰⁵ Arbre nouveau, puisqu'un simple retour en arrière n'est sans doute ni souhaitable ni réalisable. Ce retour pur et simple en arrière n'est pas ailleurs pas souhaité par les pourfendeurs de l'individualisme du droit contemporain. Il faut au contraire trouver les moyens et méthodes nouvelles qui permettent de faire face à la montée de l'individualisme dans le contexte contemporain. Cela implique de réformer des pans importants du droit de la famille, mais cette réforme ne saurait se contenter d'une simple ré-institution du droit antérieur.

élément indispensable de leur vie¹¹⁰⁶. Il s'agit donc de savoir ce qui, dans le contexte contemporain marqué par, sinon l'individualisme, du moins l'axiome de la recherche de l'épanouissement individuel, fonde cette communauté, ce qui pousse les hommes à attacher autant d'importance aux relations familiales. Or il paraît incontestable qu'au départ de la relation familiale, donc entre le couple, se trouvent des liens affectifs, et que l'on retrouve également ces liens affectifs dans les relations entre les parents et les enfants et des enfants entre eux. Cela permet de souligner l'importance d'un troisième élément à prendre en considération pour repenser le droit de la famille, qui est que les relations familiales impliquent, dans le contexte du droit occidental contemporain, idéalement des sentiments d'amour. Cela semble en effet être la caractéristique qui distingue principalement le droit de la famille des autres branches du droit¹¹⁰⁷. Il reste ainsi à savoir pourquoi les individus s'engagent encore dans des liens affectifs, alors que les engagements pris, à supposer que l'on puisse encore les qualifier ainsi, sont autant de limitations de leur liberté individuelle. La réponse semble être, ce qui est déjà beaucoup plus romantique, que ces engagements correspondent en réalité à la recherche du bonheur, pour l'atteinte duquel les individus estiment toujours que la famille est indispensable.

III Une responsabilité nécessaire à l'acception de la famille comme lieu de réalisation de l'individu

273. Dans le contexte contemporain, le fondement de la famille ne saurait plus être le même que dans le passé. Il ne peut plus s'agir de fonder la famille sur un devoir religieux ou social imposé. Mais dans un contexte philosophique dans lequel le sujet s'est émancipé et imposé comme valeur de référence, il faut bien tenir compte du fait que la recherche de la réalisation de l'individu est conceptuellement indispensable. Ainsi, la famille doit rester un lieu de l'épanouissement de soi : « La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-

¹¹⁰⁶ Sans que le constat soit nouveau. Mary Ann Glendon constatait déjà en 1989 que « the tale currently being told by the law about marriage and family life is probably more starkly individualistic than the ideas and practices that prevail in the countries examined here » ; M. A. GLENDON, *The Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, 1989, p. 312.

¹¹⁰⁷ Dans ce contexte, l'alignement du droit de la famille sur le(s) droit(s) commun(s) serait simplement la traduction très peu romantique de ce que la société conçoit de moins en moins la famille comme un droit de l'amour. Tandis que l'ouverture de la notion de famille à de nouvelles formes est la traduction de ce que la société accepte de nouvelles formes familiales en raison d'une prise en considération accrue du rôle de l'amour dans l'établissement des relations familiales.

même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité »¹¹⁰⁸. Une des premières conséquences de ce changement de fondement du droit de la famille est la nécessité de tenir compte du bonheur individuel comme un des objectifs poursuivis, de considérer « que s'estompe le droit *de* la famille ; parlons plutôt d'un droit de l'homme (et de la femme) *à* la famille : c'est une forme de droit au bonheur implicitement garanti par l'Etat »¹¹⁰⁹. Mais il faut bien cerner les limites de ce « droit au bonheur », car il ne doit pas se faire au détriment des devoirs que l'on a à l'égard d'autrui. Peut-être que l'on peut parler d'un « droit à » la famille, mais le « droit de » la famille n'en reste pas moins absolument indispensable pour empêcher les situations de domination des membres plus faibles de la famille par les plus forts, ce qui ne serait plus du « droit » tout court.

274. Et il faut aussi être capable de s'accorder sur ce qu'implique ce « droit au bonheur ». André Gide disait du bonheur que « le bonheur de l'homme ce n'est pas la liberté, c'est l'acceptation d'un devoir »¹¹¹⁰. Si on prolonge cette idée par une autre idée forte développée par le doyen Carbonnier, d'après laquelle « les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas »¹¹¹¹, le bonheur serait donc l'acceptation spontanée d'un devoir. Autrement dit, l'exercice d'une responsabilité sans que l'Etat n'ait besoin de faire intervenir ses moyens coercitifs. Voilà une acception du bonheur qui ne semble pas inadaptée aux relations familiales.

275. Nous y ajouterions une autre donnée, puisque la famille est aussi le lieu où s'apprend et se concrétise une autre valeur indispensable au bonheur : l'amour. Marie-Thérèse Meulders-Klein a su exprimer à merveille cette idée autour de la problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, en commençant par citer un poème de William Blake :

¹¹⁰⁸ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2e édition, LGDJ, Paris, 2013, spéc. p. 171.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ A. GIDE, Préface à *Vol de nuit*, d'Antoine de Saint-Exupéry, dans A. de SAINT-EXUPERY, *Vol de nuit*, Gallimard, Paris, 1971, spéc. p. 11.

¹¹¹¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, LGDJ, Paris, 2001, spéc. p. 38.

*« L'amour ne cherche point à se plaire à lui-même
Et de lui-même n'a point souci.
Mais pour autrui il abdique son bien-être
Et il construit un Ciel pour le désespoir de l'Enfer.
Ainsi chantait une petite motte de terre
Foulée aux pieds par le troupeau.
Mais un caillou du ruisseau
Murmura ces justes vers :
L'amour ne cherche qu'à se plaire lui-même,
Qu'à lier autrui à son plaisir,
Il jouit de voir autrui privé de son bien-être
Et construit un Enfer pour le dépit du Ciel. »¹¹¹²*

276. Et en concluant que :

« Si la précarité des couples est devenu un fait et le "droit au bonheur" un droit fondamental, comme on l'affirme, au même titre que la liberté sous l'invocation quasi-obsessionnelle du droit à la "vie privée" et de l'autonomie individuelle, et si l'adaptation du droit à l'évolution des mœurs et des idées doit s'imposer aux législateurs quelles qu'en soient les conséquences, alors on peut imaginer qu'en effet le droit au divorce sur simple demande ou simple déclaration finisse par entrer dans la réalité juridique et sociale. Mais il n'en résultera pas nécessairement que les souffrances et leurs causes s'en trouvent apaisées, car celles-ci se trouvent dans les faits, et le bonheur s'accommode mal de la temporalité des amours et des sentiments, c'est-à-dire de l'éphémère et de l'aléatoire. Lorsqu'à la précarité d'une conjoncture économique en crise structurelle et à la dégradation de l'Etat-Providence, du travail, de l'école, des réseaux de solidarité de proximité, et à la perte des repères communs s'ajoute le démariage institutionnalisé, le risque d'exclusion et de déréliction est grand pour ceux qui auront à en payer le prix. »¹¹¹³

277. On peut certes vouloir atténuer l'importance de la valeur de l'amour en disant que le droit n'est pas une affaire d'amour. Ce qui est probablement vrai, en tout cas si l'on voulait faire du droit un outil qui définisse ou dicte l'amour. Mais d'une part, on peut tout aussi bien douter que le bonheur soit une affaire du droit, ce qui n'a pas empêché le droit de se construire de plus en plus autour du « droit au bonheur », d'autre part, -même si le droit

¹¹¹² W. BLAKE, « La motte et le caillou », in *Chant d'innocence et d'expérience*, 1790, traduit par Pierre Legris (W. BLAKE, *Œuvres*, Paris, Flammarion, 1974, vol I, p. 217, cité d'après M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », in *La personne, la famille et le droit – Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 1999, pp. 53-119, spéc. p. 53.

¹¹¹³ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », précité, note 1122, spéc. p. 119 ; en faisant référence également à R. CASTEL, *Les métamorphoses de la fonction sociale*, Fayard, Paris, 1995, et sa condamnation, à travers le concept de « désaffiliation » des phénomènes d'exclusion liés à l'« individualisme négatif » des sociétés post-modernes.

n'est pas une affaire d'amour, il a nécessairement à faire avec l'amour lorsqu'il traite des relations familiales entre les personnes, qui restent très fortement marquées par ce genre de considérations. Les faits sont têtus, et si les situations de droit de la famille sont souvent si complexes, c'est bien parce qu'il y a les sentiments d'amour et toutes les contradictions que ceux-ci entraînent¹¹¹⁴. D'ailleurs, « s'il fallait chercher un idéal vers lequel tend la vie privée, ce serait l'amour bien plus que la liberté »¹¹¹⁵. Or le droit s'occupe bel et bien de la liberté. Et s'il doit offrir un cadre aux individus leur permettant d'exercer leur liberté, il doit certainement aussi leur offrir un cadre permettant d'être heureux et de trouver et vivre l'amour. D'autant que l'amour contribue directement à la recherche d'autonomie du sujet et doit donc être protégé à ce titre, comme un des concepts nécessaires à la réalisation de l'individu¹¹¹⁶.

278. Quant à la question de savoir comment le droit doit intervenir en ce domaine, il faut certainement rester attaché à l'idée d'une grande retenue du droit, comparable à celle rencontrée idéalement en matière d'autonomie de la conscience¹¹¹⁷. Le besoin d'intervention juridique doit donc rester limitée à cet égard, car c'est « paisiblement que s'épanouit la conscience, loin des fureurs et des prétoires, dans le calme, le silence... le "non-droit" »¹¹¹⁸. Et il en va certainement aussi ainsi du bonheur et de l'amour. C'est certainement pour cela qu'il y a dans le domaine de la famille « de longs jours de non-droit, pour quelques instants de

¹¹¹⁴ Comme l'exprimait si bien William Blake voici déjà plus de deux siècles...

¹¹¹⁵ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 136.

¹¹¹⁶ Voy. sur ce point notamment la thèse de Harry Frankfurt sur le lien étroit entre autonomie personnelle et attachements affectifs, et que cet auteur développe à partir d'une discussion du concept kantien d'autonomie ; H. FRANKFURT, *The Reasons of Love*, Princeton University Press, 2004 (trad. française D. Dubroca, A. Pavia, *Les raisons de l'amour*, Belval, Circé, 2006) et H. FRANKFURT, « Autonomy, necessity and love » (1993), in *Necessity, Volition and Love*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. L'on a pu en dire très justement que « si nous valorisons tant l'amour [...] ce n'est donc pas malgré notre désir d'autonomie, c'est tout au contraire parce qu'il lui donne forme, qu'il lui donne un objet. C'est ce que nous aimons qui donne à notre désir d'autonomie une figure concrète », S. CHAVEL, « Amour et autonomie : à propos des *Raisons de l'amour* de Harry Frankfurt », in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, Marlène Jouan, Sandra Laugier (sous la dir. de), PUF, Paris, 2009, p. 203 à 217, spéc. p. 208.

¹¹¹⁷ Qui est certainement à distinguer de l'autonomie de la volonté !

¹¹¹⁸ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Paris, 1993, spéc. p. 492. En effet, « les individus tentent, dans le domaine moral, d'obtenir du système juridique [...] le droit de se soustraire aux prescriptions juridiques. Dès lors, ce ne sont pas les exigences de conscience qui soutiendront les prétentions individuelles, mais plus généralement, la liberté individuelle. Et si la victoire obtenue au nom de cette liberté confère à l'individu, donc éventuellement à sa conscience, le pouvoir de décider à la place du droit se "désengageant", ce dernier se contente alors d'affranchir l'individu d'obligations ou d'interdictions qu'il consacrait souvent jusque-là, s'abstient d'édicter une règle et laisse l'individu déterminer librement le comportement à adopter, sans vraiment protéger sa soumission à des impératifs de conscience contre les interventions dommageable d'autrui », (*ibid.*, spéc. p. 256).

droit ; car le non-droit est l'essence, le droit l'accident »¹¹¹⁹. Et en matière d'autonomie de la conscience, comme en matière de bonheur et d'amour, ce ne sont pas toujours ceux qui font le plus de bruit qui ont le plus raison. Probablement au contraire, puisque « la conscience est timide ; elle aime la retraite et la paix ; le monde et le bruit l'épouvantent... »¹¹²⁰. Ce qu'il faut garder à l'esprit lorsque l'on se demande si l'on veut fonder le droit de la famille sur un individualisme qui favorise nécessairement ceux qui revendiquent la défense de leurs intérêts propres avec le plus de véhémence.

279. Si le droit doit donc avoir conscience de la nécessité de permettre la réalisation de l'individu, il ne peut qu'offrir un cadre au sein duquel les individus trouvent leur bonheur. Ce cadre-là doit naturellement être conçu de façon à réaliser cet objectif, et c'est à cet égard-là que peut apparaître aujourd'hui un certain scepticisme. La réalisation de l'autonomie de la personne, autant que la recherche du bonheur individuel, implique en effet pour l'individu de s'inscrire dans des relations familiales, ce qui semble aujourd'hui oublié en droit de la famille au détriment d'une acception hyperindividualiste de la nature et du bonheur humains¹¹²¹. La nécessité de l'inscription de l'individu dans une communauté familiale est pourtant inévitable, compte tenu de la nature sociale de l'homme, qui fait de l'inscription de l'individu dans un contexte culturel et social une condition de réalisation de l'autonomie humaine¹¹²². Cette nature sociale de l'homme est aujourd'hui pleinement acceptée dans le discours philosophique, puisque « ces dernières décennies, [...] l'idée vieille de deux cents ans selon laquelle le sujet politique individuel se définit sans référence à ses relations sociales et à ses valeurs relationnelles s'est vue happée par les notions concurrentes d'un moi pleinement social, défini et construit par sa place au sein d'une dynamique subtile de matrices interpersonnelles, sociales et historiques »¹¹²³.

¹¹¹⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, LGDJ, Paris, 2001, spéc. p. 31-32 (idée également développée par M. DELMAS-MARTY, *Le droit de la famille*, PUF, Paris, 1972).

¹¹²⁰ J.-J. ROUSSEAU, *L'Emile*, IV.

¹¹²¹ Cf. *supra*, n° 224 et s.

¹¹²² Car « la notion d'autonomie humaine est complexe puisqu'elle dépend de conditions culturelles et sociales » E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 89, et « La société est produite par les interactions entre individus, mais la société, une fois produite, rétroagit sur les individus et les produit. S'il n'y avait pas la société et sa culture, un langage, un savoir acquis, nous ne serions pas des individus humains » *Ibid.*, spéc. p. 100 ; De même que, « dès l'enfance, la société s'imprime en tant que tout dans notre esprit, par l'éducation familiale, l'éducation scolaire, l'éducation universitaire » *Ibid.*, spéc. p. 117 par où l'on voit aussi que ces idées peuvent trouver un prolongement sur le plan philosophiques, en permettant de concevoir le sujet non pas seulement par lui-même, mais dans ses rapports avec les autres ; mais c'est là une question qui dépasse très largement le cadre de la présente étude....

¹¹²³ J. CHRISTMAN, « Autonomie individuelle et moi social » in *Comment penser l'autonomie ? Entre compétences et dépendances*, Marlène Jouan, Sandra Laugier (sous la dir. de), PUF, Paris, 2009, p. 169-201, spéc. p. 169 ; qui n'en défend pas moins, à juste titre selon nous, que « dans le cas des démocraties complexes

280. On comprend dès lors comment la famille persiste et résiste face aux tendances individualistes contemporaines qui risquent de la priver de sons sens. Pourquoi « l'individualisme n'a pas eu raison de la famille, qui reste une institution centrale de la société »¹¹²⁴. Cela nous renvoie à une fonction anthropologique et sociale fondamentale de la famille qu'il ne faut pas ignorer si l'on veut s'intéresser à une analyse juridique de la famille. Une fois que l'on a en effet fait du bonheur individuel le but ultime vers lequel doivent tendre toutes les actions collectives et individuelles, il faut encore savoir à quoi correspond ce bonheur. Analysée dans sa relation avec la famille, la question peut en effet être formulée de façon constructive : l'organisation de la famille ne révèle-t-elle pas la permanence de certains besoins familiaux inhérents à la qualité d'homme et son épanouissement et qui ne se résument pas à la simple satisfaction des désirs individuels ? Et par là n'a-t-on pas un élément répondant à l'impossibilité pour le bien-être de « résulter de la seule satisfaction des désirs de biens matériels et de pouvoir »¹¹²⁵ ? Nous nous autoriserons le pari de considérer que le sens du droit de la famille implique de tenir compte du fait que « la notion de sujet ne prend sens que dans un éco-système naturel, social, familial »¹¹²⁶ et que par conséquent, le droit de la famille a une nécessaire « dimension sociale » qui s'exprime à travers la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille.

281. D'où la nécessité de comprendre que la réalisation de l'individu dépend de l'inscription de cet individu dans un cadre familial contraignant, au sens où ce cadre impose des devoirs de respect des autres membres de la famille et de l'ensemble que constitue la communauté familiale. Trop fréquentes sont aujourd'hui les situations dans lesquelles une personne peut se défaire de ses obligations familiales, que ce soit par simple convenance personnelle ou en raison de considérations de réciprocité¹¹²⁷. Ces possibilités de désengagement ne s'expliquent que par la conception individualiste de la famille, où celle-ci n'est à respecter que tant qu'elle est utile à l'individu. Et c'est justement cette conception qui doit être condamnée. Les obligations familiales doivent subsister dans les situations dans

marquées par des registres croisés de différence, ainsi que par un pluralisme constant, il faut considérer l'autonomie comme s'appliquant aux sujets politiques individuels, même si l'on accepte, comme cela est nécessaire [...] une conception totalement sociale des sujets eux-mêmes » (*ibid.* p. 171).

¹¹²⁴ Voy. not. J.-H. DECHAUX, « La famille à l'heure de l'individualisme », (2011) n° 322-3 *Revue Projet* 24-32.

¹¹²⁵ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 131-132.

¹¹²⁶ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144, spéc. p. 65.

¹¹²⁷ Et l'on peut songer ici à la facilité avec laquelle les personnes peuvent mettre fin à une vie de couple (divorce dont les modalités d'obtention sont constamment facilitées, résiliation d'un PACS) ou s'opposer à l'effectivité de leurs devoirs à l'égard de leurs enfants (absence de véritable sanction en cas de refus d'assumer affectivement la parenté).

lesquelles ils apparaissent comme un devoir et non comme une contrepartie. Cela impose un certain équilibre : la famille ne doit pas être un cadre écrasant empêchant la réalisation de l'individu et l'épanouissement de soi. Mais la famille ne doit pas non plus être laissée à la discrétion de l'épanouissement individuel de ses membres. La recherche de celui-ci ne doit donc pas justifier l'affranchissement des devoirs familiaux et *in fine* la destruction du cadre familial. La famille permet ainsi le bonheur individuel, y est probablement même indispensable. Mais le bonheur individuel ne doit pas permettre de se défaire de la famille, puisque celle-ci est une communauté qui n'est pas uniquement au service du bonheur de soi-même, mais dans laquelle il faut aussi permettre la réalisation du bonheur et de l'autonomie d'autrui.

282. Le droit de la famille doit donc toujours permettre la réalisation du bonheur individuel, mais pas en dénaturant cette notion en perdant la conscience de la dimension sociale de l'individu. Il faut donc combiner cet objectif avec les deux autres dimensions de la famille, comme lieu d'altérité et de communauté. Cela implique certes une relativisation de l'objectif du bonheur individuel qui semble peu attrayante dans le discours politique contemporain. Mais c'est là aussi une condition nécessaire pour atteindre l'objectif, tout en gardant les éléments nécessaires au maintien de structures sociales viables. La recherche de l'épanouissement de soi ne doit donc pas être un moyen de se désengager des devoirs et des engagements que l'on a à l'égard des membres de la famille. Il doit au contraire y avoir une permanence des devoirs juridiques, lesquels ne doivent pas être laissés à la disposition du pouvoir individuel. Et c'est là, bien plus que dans la protection de la liberté individuelle, que doit être trouvé le sens du droit de la famille.

283. Nous avons conscience de ce que cette acception du droit de la famille est en rupture avec la pensée juridique contemporaine dominante. Ainsi, l'évolution des modèles familiaux européens s'est faite pour passer de principes communs marqués par le tryptique « liberté, égalité, solidarité »¹¹²⁸ à un système dont les « trois grands piliers [sont] :

¹¹²⁸ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? - Rapport préliminaire pour le 101e Congrès des notaires de France, » les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité ? », *Deffrénois* 2005.1461 et s. et H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 177.

liberté, égalité, pluralisme »¹¹²⁹. On remarque avec amertume que la solidarité a disparu des principes directeurs du droit de la famille, ce qui conforme ce mouvement vers un droit de la famille de moins en moins attaché à l'idée de responsabilité, qui va de pair avec celle de solidarité, et rend une prise de conscience de la nécessité de redécouvrir le droit de la famille comme droit de la responsabilité plus incertaine que jamais. C'est notamment la conception que nous nous faisons des droits de l'homme qui rend difficile de voir dans le droit de la famille non seulement un simple faisceau de droits subjectifs individuels, mais également un ensemble cohérent de devoirs. Il est donc nécessaire d'expliquer à quelles conditions la reconstruction du droit de la famille que nous appelons de nos vœux est possible, notamment en esquisant comment doit être repensé le concept de droits de l'homme.

Section 2 Une exigence de responsabilité entraînant une relecture du concept de droits de l'homme

284. Dire que le droit de la famille doit être conçu comme un ensemble cohérent de devoirs et non comme un ensemble regroupant les droits individuels des membres de la famille suscite naturellement le doute quant à la question des « interrelations entre les droits de l'Homme qui apparaissent de plus en plus comme l'élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes par-delà leur diversité, et le droit de la famille, droit du statut et pilier culturel fondamental de chaque société dont chacun se demande pourtant aujourd'hui quel est le devenir, tant il devient incertain et fuyant »¹¹³⁰. Il faut rester attaché à la nécessité d'une « foi dans l'homme, dans sa transcendance, dans son devenir, un humanisme au vrai sens du mot »¹¹³¹. Mais il faut aussi comprendre que « la promotion des droits de l'homme est l'instrument juridique le plus efficace de l'individualisme »¹¹³², ce dont résulte que le recours

¹¹²⁹ H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, préc., note 1138, spéc. p. 185.

¹¹³⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », dans *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996, pp. 179-213, spéc. p. 179 ; voy. également pour les études plus générales de F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2000.

¹¹³¹ Puisque « cette foi a fait de grandes choses. La longue élévation de l'homme antique à la dignité de la personne a été l'œuvre du droit » R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 2nde édition 1963 (1^{re} éd. 1937), p. 217.

¹¹³² P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, préc., note 75, n° 36, en référence également à *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le

à ces droits de l'homme représente un risque non-négligeable pour la réalisation de la nécessaire dimension sociale du droit de la famille.

285. Au sujet du droit privé européen, on a certes pu soutenir que « le fondement même du droit civil européen, à savoir les droits de l'homme, se veut rassurant »¹¹³³. Mais en réalité, l'idéologie hyperindividualiste, totalisante et souvent antidémocratique des droits de l'homme nous fait penser que c'est plutôt la conclusion inverse qui s'impose. Il faut comprendre en effet que, « [même si] la liberté individuelle est une exigence fondamentale de la démocratie, [...] pourtant [...] elle peut se transformer en menace. L'émancipation des liens sociaux traditionnels, provenant de la famille, du milieu professionnel, de l'enracinement régional, uniformise paradoxalement les individus, qui ingèrent à longueur de journée les mêmes informations, les mêmes publicités, les mêmes modes ; du coup, les contraintes extérieures écartées se trouvent remplacées par un conformisme non moins rigide. En même temps, la liberté permet de disposer d'un pouvoir, or certains pouvoirs individuels échappent à tout contrôle et à toute limitation [...]. Or la liberté absolue des individus n'est pas un but souhaitable, le propre des sociétés humaines est de se constituer à partir d'interdits et de règles qui organisent la vie commune »¹¹³⁴. A travers la reconnaissance et la mise en œuvre des droits de l'homme qui vouent un véritable culte à la liberté individuelle, et qui sont avant tout des droits-créances, l'Etat est devenu alors un « ogre philanthropique »¹¹³⁵. Pour la famille, cette évolution signifie que la famille n'est plus un sujet de protection par les droits de l'homme, mais devient un « obstacle à la réalisation des droits de l'homme »¹¹³⁶. Compte tenu de la place conceptuellement fondamentale que joue, à juste titre, la notion de droits de l'homme dans les ordres juridiques contemporains, penser le droit de la famille comme un droit des devoirs devient impossible, puisque ces devoirs seraient nécessairement un frein à la réalisation des droits de l'homme. Le droit de la famille démontre ainsi la nécessité d'une reconceptualisation des droits de l'homme pour les réserver à ce qui est véritablement fondamental, c'est-à-dire les valeurs indispensables au maintien d'un échange entre individus

LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996, et M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », préc., note 1138, spéc. p. 179 ; cet individualisme dont nous avons vu qu'une acception radicale était incompatible avec le sens du droit de la famille.

¹¹³³ K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 521 et s.

¹¹³⁴ T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 234-235 ; et ce notamment dans le cadre du droit international privé et de la mise en concurrence des ordres juridiques.

¹¹³⁵ Expression d'Octavio Paz, d'après E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007.

divers. A défaut d'une telle relecture, fonder le droit européen de la famille sur les droits de l'homme, comme il doit pourtant l'être¹¹³⁷, est tout ce qu'il y a de plus inquiétant.

286. Comment peut-on défendre en effet une acception du droit de la famille qui en ferait un droit des devoirs à l'égard d'autrui si le sens des droits de l'homme est d'être une mise en œuvre inconditionnelle de la liberté individuelle qui implique la prérogative de se délier de toute contrainte juridique au motif de la recherche de la satisfactions des intérêts individuels ? On a ainsi l'impression que la crise contemporaine du droit de la famille s'accompagne aussi d'une crise des droits de l'homme, qui eux aussi risquent de perdre leur sens et leur raison d'être en négligeant, voire en compromettant, leur nécessaire fonction sociale. Il y a ainsi un risque réel de perversion des droits de l'homme qui serait destructrice des structures sociales et du sentiment de responsabilité individuelle. Il y a un « lien profond qui unit l'atomisation des droits individuels à la tutélarisation, qui fait à la fois des moutons et des bergers, des enfants et des tuteurs »¹¹³⁸, et qui ne surprend guère lorsque l'on comprend que « l'hyperindividualisme, le moralisme et l'infantilisation ont partie liée »¹¹³⁹. En sublimant la liberté et les intérêts individuels, on risque bien de provoquer un état d'irresponsabilité et d'impunité qui a déjà été dénoncé par Hannah Arendt d'une façon particulièrement vigoureuse, lorsqu'elle a fustigé que « l'autorité a été abolie par les adultes et [que] cela ne peut signifier qu'une chose : que les adultes refusent d'assumer la responsabilité du monde dans lequel ils ont placé les enfants »¹¹⁴⁰.

287. La finalité des droits de l'homme doit donc être repensée si l'on ne veut pas en faire un simple outil de désengagement du droit au service des individus les plus à même de faire prévaloir leur liberté individuelle, c'est-à-dire *de facto* au service du droit des plus forts. Il ne doit pas s'agir de créer ou consolider des droits au bénéfice de l'individu, mais de donner à l'individu un cadre lui permettant d'être responsable, c'est-à-dire d'exercer les devoirs qu'il a à l'égard d'autrui. Ce dernier aspect implique une autonomie, donc les droits de l'homme doivent certainement faire respecter l'autonomie individuelle. Mais le sens même

¹¹³⁶ M. A. GLENDON, « The tension between individual liberty and family protection in the U.N. Universal declaration of human rights », in : *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 283-296.

¹¹³⁷ Car on conçoit mal que le droit européen de la famille puisse ignorer ou porter atteinte à des droits de l'homme, ce qui confirme la place fondamentale que doivent jouer par définition les droits de l'homme.

¹¹³⁸ I. THERY, *Le démariage, justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 2001, (1^{re} édition 1993), p. 462 et 463.

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard « Folio-Essais », 1954, p. 244, cité par I. THERY, *Le démariage, justice et vie privée*, préc., note 1146, spéc. p. 434.

de l'autonomie doit être clair : l'autonomie ne doit pas signifier la possibilité pour le sujet de façonner lui-même les règles qui lui sont applicables, mais la possibilité pour le sujet de façonner la responsabilité qu'il a à l'égard d'autrui. L'autonomie signifie ainsi la possibilité du sujet d'être responsable¹¹⁴¹. Et la finalité des droits de l'homme doit être de permettre l'exercice effectif de cette responsabilité. Nous avons vu que cela est particulièrement net en matière de droit de la famille, mais il est très probablement possible d'étendre cette analyse à d'autres branches du droit.

288. Quant à la conception des droits de l'homme, il faut bien garder à l'esprit que « la société ne se réduit pas à la somme des individus qui en font partie [et que] pour cette raison, nous disposons non seulement de droits provenant de notre appartenance au genre humain – ce que nous appelons les droits de l'homme, mais aussi (et surtout) de droits et devoirs issus de notre appartenance à une société particulière »¹¹⁴². Pour reprendre Jankélévitch « nous n'avons pas de droit, c'est toujours l'autre qui a des droits »¹¹⁴³.

289. D'autant que lorsque l'on s'attache à ce qui nous confère notre qualité d'homme, et donc de sujet de droit susceptible d'invoquer la protection des droits de l'homme, c'est peut-être bien la conscience de nos devoirs à l'égard de l'autre qui nous fait homme et qui nous donne notre essence. Emmanuel Levinas l'exprime de façon particulièrement forte en postulant que « je suis pour moi dans la seule mesure où je suis responsable »¹¹⁴⁴. Ce qui implique une « responsabilité qui, de moi à l'autre, est transcendance dans laquelle l'altérité de l'autre, irréductible, me concerne moi en tant qu'élus et irremplaçable et ainsi unique et ainsi seulement unique, dans cette identité de je, au-dessus de toute forme hors de tout ordre, que le travail de la constitution transcendantale déjà suppose »¹¹⁴⁵. Responsabilité qui se prolonge par l'idée de l'Amour du prochain, qui n'est pas « l'élan spontané et facile, mais le dur travail sur soi : aller vers l'Autre, là où il est véritablement autre, dans la contradiction radicale de son altérité, d'où pour une âme insuffisamment mûre, la haine coule naturellement ou se déduit selon une logique

¹¹⁴¹ Ce qui renvoie à l'idée de l'impératif catégorique de Kant, qui doit en outre être développé pour accueillir aussi l'idée que notre comportement doit permettre la reconnaissance d'autrui et de la vie commune même si l'autre adopte des positions différentes de la mienne...

¹¹⁴² T. TODOROV, *Les ennemis intimes de la démocratie*, préc., note 944, spéc. p. 145.

¹¹⁴³ Cité d'après E. LEVINAS, *Altérité et transcendance*, préc., note 1065, spéc. p. 112.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, spéc. p. 115.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, spéc. p. 29.

infaillible »¹¹⁴⁶. Et ces propos ont des conséquences qui dépassent la seule métaphysique, car ils se prolongent bien par une certaine conception des droits de l'homme qui est des plus fertiles pour l'objet de notre recherche. Car pour reprendre la formule forte d'Emmanuel Levinas, « le droit de l'homme, absolument et originellement, ne prend sens qu'en autrui, comme droit de l'autre homme »¹¹⁴⁷. Il y a donc une « responsabilité infinie pour autrui »¹¹⁴⁸ qui découle du droit de l'homme, correctement entendu comme « droit de l'autre homme » et à laquelle le sujet est éveillé à partir du « droit qui met en question le moi substantiel persévérant sans remords dans son être, et que Pascal a pu dire haïssable »¹¹⁴⁹. Levinas en déduit que « les droits de l'homme [sont] originellement les droits de l'autre homme et [...] expriment [...] le pour-l'autre du social, du pour-l'étranger »¹¹⁵⁰.

290. Une telle lecture des droits de l'homme n'est pas une négation de la valeur des droits de l'homme, ni de la nécessité ou de l'utilité d'un contrôle juridictionnel indépendant pour assurer leur respect, mais bel et bien une réponse à la crainte de « leur appauvrissement par surinvestissement du moi »¹¹⁵¹. C'est aussi comprendre qu'« un droit n'est jamais que l'autre aspect d'un devoir »¹¹⁵² et que nous ferions bien à l'heure actuelle d'insister davantage sur les devoirs qui découlent de notre qualité d'homme que sur nos droits individuels, qui ne sont pas la finalité mais simplement le moyen par lequel nous sommes capables d'assumer nos devoirs¹¹⁵³.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, spéc. p. 101.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, spéc. p. 133.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, spéc. p. 135.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p.153 ; ces débats sont à rapprocher de la question des liens entre droit international privé et droits de l'homme. Voy. sur ce point F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, qui démontre bien qu'il n'y a aucune inconciliable entre la Conv. EDH et le droit international privé, puisque la Conv. EDH reprend à son compte les objectifs du droit international privé (en termes de coordination et de protection de l'ordre juridique interne) ; voy. sur ce point notamment l'affaire *Harroudj contre France* (CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09) et la jurisprudence abondante relative au déplacement illicite d'enfant. Les droits de l'homme ne se posent donc pas comme une remise en cause du droit international privé en son ensemble, mais comme un outil de critique des règles du droit international privé. Cela souligne l'importance de faire des droits de l'homme un outil pour dynamiser et vivifier le droit, ici le droit international privé. Ensuite, il faut encore que les droits de l'homme soient conçus en tenant suffisamment compte des objectifs du droit international privé. A ce titre, les indications données par la CEDH restent bien trop imprécises pour donner un véritable droit international privé. Le débat reste donc nécessaire. Il s'opère simplement à l'intérieur des balises données par la Cour.

¹¹⁵¹ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », préc., note 1138, spéc. p. 213 ; en référence également à M. A. GLENDON, *Rights Talk : The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.

¹¹⁵² J.-P. SARTRE, *La Nausée*.

¹¹⁵³ Une telle relecture des droits de l'homme implique de mettre un frein à l'extension paradoxale du domaine des droits de l'homme. Le paradoxe résulte d'une part, ce qui est une critique classique (Voy. not. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage

291. Cette nécessité d'une relecture des droits de l'homme peut être confronté au droit de la famille, pour lequel il faut évidemment se poser la question de l'influence de ces considérations sur le droit à la protection de la vie familiale de l'article 8 et du droit de se marier et de fonder une famille de l'article 12 Conv. EDH¹¹⁵⁴. L'évolution de ce dernier notamment illustre bien le travestissement des droits de l'homme auquel nous assistons aujourd'hui. Le droit pour l'homme et la femme de se marier et de fonder une famille, c'est-à-dire d'avoir des enfants, est un droit originellement naturel, en ce qu'il répond à l'aspiration des hommes et des femmes à fonder une famille et à être responsable de celle-ci. Cette aspiration est antérieure au droit¹¹⁵⁵. Il s'agit d'une aspiration proprement naturelle et d'une aspiration qui n'a pas besoin du droit pour se réaliser, tant qu'elle résulte des relations entre un homme et une femme. Protéger cette aspiration naturelle ne signifie pas autre chose que la protection de l'exercice de la responsabilité naturelle qui résulte de la fondation d'une famille à l'égard du conjoint et des enfants. On est donc bien dans une lecture des droits de l'homme comme fournissant un cadre permettant l'exercice effectif de la responsabilité à l'égard d'autrui. Le problème est l'extension de ce droit de fonder une famille à une relation entre personnes qui ne peuvent pas physiologiquement avoir d'enfants¹¹⁵⁶. L'aspiration à fonder une famille, qui résulte ici du fait d'avoir des enfants, ne répond alors plus à une aspiration

sans destination ? », préc., note 1138) de l'extension matérielle du champ de protection par les droits de l'homme, alors que seuls les droits les plus fondamentaux devraient être protégés, d'autre part, ce qui est peut-être une critique plus originale, de l'extension des possibilités d'encadrer socialement les droits individuels, alors que le propre du concept de droits de l'homme doit être de préserver certains droits de la possibilité de l'intervention du droit. Ce dernier aspect, qui se manifeste notamment par le rôle croissant joué par l'idée de conditionnalité et de proportionnalité des droits de l'homme face à des considérations d'intérêt général,

¹¹⁵⁴ La question est évidemment vaste, voy. p. ex. : A.-J. ARNAUD, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, p. 1 à 25 ; voy. égal. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », préc., note 1138.

¹¹⁵⁵ Il faut faire une remarque importante autour du terme « naturel ». Premièrement, il ne s'agit pas d'ouvrir ici le débat du droit naturel, d'autant que la notion de droits de l'homme prouve bien que nos sociétés contemporaines reconnaissent des valeurs supérieures, donc un droit naturel. Mais comme ces valeurs sont reconnues par les Constitutions, donc le droit, il n'y plus lieu de chercher à savoir s'il s'agit d'un droit naturel ou pas, puisque c'est aussi nécessairement un droit positivement reconnu. Deuxièmement, l'étendue de ce qui est naturel est elle-même susceptible de changement, sinon la notion ne pourrait pas être absolue. Mais le fait qu'elle soit susceptible de changement n'implique pas qu'elle soit relative/ Il peut et doit donc y avoir un débat sur ce qui est naturel, mais qui n'enlève pas la nécessité de caractériser la naturalité de la situation pour pouvoir pleinement la qualifier de droit de l'homme. La réflexion sur ce qui est naturel est loin d'être évidente. Peut-être même qu'une réponse universellement valable ne peut pas être donnée parce que l'appréciation dépend de chaque personne. Mais ce qui est sûr, c'est que notre décision (y compris celle du juge) ne doit jamais avoir pour conséquence de nier ou remettre en cause la condition humaine de l'autre homme, l'humanité de l'autre homme. Le critère du droit de l'homme est probablement là, dans le droit qui ne peut être enfreint sans violation de l'humanité de l'autre homme.

¹¹⁵⁶ Pour des raisons indépendantes de problèmes médicaux aurait-on envie d'ajouter, mais pour les couples stériles, le droit qui est mis en œuvre lorsque l'on leur permet le recours à une procréation médicalement assistée est, d'après nous, le droit de se faire soigner, non le droit à l'enfant...

naturelle, mais à une aspiration sociale, dans la mesure où elle a besoin de l'intervention d'un tiers pour se réaliser.

292. L'aspiration sociale de fonder une famille est cependant à distinguer de l'aspiration naturelle. En protégeant la seconde, le droit consacre et protège une situation qui est consubstantielle à la condition humaine, qui est naturelle et qui existerait même si le droit ne devait pas la reconnaître, voire s'il la combattait. D'où l'importance de la consécration de ce droit en tant que droit de l'homme. Jamais une société ne doit avoir la possibilité de remettre en cause le droit pour des hommes et des femmes de pouvoir fonder une famille, droit consubstantiel à la notion d'homme. Ce droit est en effet intimement lié à la condition humaine. Il s'agit d'un nécessaire droit individuel qui est ici déjà collectif, car impliquant, à travers la responsabilité des parents entre eux et à l'égard de l'enfant, au moins trois personnes. Ce droit est donc d'autant plus important qu'il est ici déjà collectif. La preuve de ce droit individuel n'est pas à chercher ailleurs que dans la nature et le fait que les relations charnelles entre un homme et une femme peuvent déboucher sur la naissance d'un enfant, donc la fondation d'une famille. Et c'est justement cette naturalité qu'il faut protéger en interdisant la possibilité pour le droit de priver certaines personnes de la possibilité de s'engager dans des liens familiaux¹¹⁵⁷ et en limitant l'immixtion du droit dans ces relations familiales naturelles à ce qui est véritablement nécessaire¹¹⁵⁸.

293. Où l'on voit la différence fondamentale qui oppose les couples dont les relations donnent lieu à la naissance d'enfants sans une forme d'autorisation par la société¹¹⁵⁹ et les couples pour lesquels la possibilité de la procréation est subordonnée à une intervention positive d'un tiers¹¹⁶⁰. Or cette assimilation est en voie de s'opérer. On le voit par la reformulation du droit de se marier dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la multiplication, sur le fondement, ce qui est essentiel, d'un supposé droit de

¹¹⁵⁷ Ce qui est ainsi prohibé est l'interdiction absolue de fonder une famille, p. ex. celle qui résulte d'une stérilisation forcée ; toute autre est la problématique de savoir quelles relations familiales doivent être autorisées, y compris pour ce qui est de relations qui donnent lieu à une famille « naturelle » mais socialement prohibée ; il faut ici penser surtout à l'inceste ; mais celui-ci confirme surtout la possibilité d'un droit de la famille fondée sur des devoirs, car chaque parent de l'enfant reste investi d'une responsabilité à l'égard de l'enfant, même si, pour éviter de révéler l'inceste, la filiation, et donc les « droits parentaux », ne seront établies qu'à l'égard d'un seul parent...

¹¹⁵⁸ Ce qui prend alors le contrepied de la tendance croissante de vouloir priver certains parents de leurs enfants pour des raisons qui ressemblent fortement à une sorte de « défaut de dignité économique à être parent ».

¹¹⁵⁹ Autorisation qui est nécessaire lorsque la procréation se fait avec l'intervention ou l'assistance d'un tiers.

¹¹⁶⁰ Et pour lesquels la protection s'impose moins, en raison du fait que la possibilité de la procréation est pour ces couples subordonnée à une forme d'autorisation sociale.

l'homme, de législations autorisant le mariage entre personnes de même sexe. Au droit individuel résultant de la pression naturelle¹¹⁶¹ est ainsi assimilé un droit individuel¹¹⁶² résultant de la pression sociale exercée par une majorité démocratique¹¹⁶³. Et c'est là l'illustration d'un mouvement très dangereux pour le concept de droits de l'homme. Le concept est en effet travesti, voire perversi, en raison du fait qu'aux droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont assimilés des droits sociaux et conjoncturels¹¹⁶⁴. Le mouvement est dangereux à partir du moment où les seconds sont placés sur un pied d'égalité avec les premiers. Les droits qui correspondent à des droits sociaux et conjoncturels sont en effet par définition relatifs, puisque leur source et leur justification sont dans la pression sociale et que celle-ci est nécessairement fluctuante¹¹⁶⁵. Les droits qui correspondent aux droits naturels et imprescriptibles de l'homme doivent par contre de leur côté être absolus, puisque leur existence est antérieure au droit et que, par conséquent, ils doivent justement être indépendants de la pression sociale et du phénomène de production du droit.

294. La différence fondamentale entre « vrais » droits de l'homme, c'est-à-dire consubstantiels à la condition humaine et supérieure au phénomène social de production du droit, et « faux » droits de l'homme¹¹⁶⁶, c'est-à-dire conjoncturels et dépendant du phénomène social de protection du droit, doit donc être maintenue. Dit autrement, les « vrais » droits de l'homme conditionnent le droit, alors que les « faux » droits de l'homme sont conditionnés par le droit et n'existent qu'à condition que le droit les consacre.

295. Cette différence fondamentale entre « vrais » et « faux » droits de l'homme permet de comprendre à quel point il est dangereux d'ériger des droits dont l'existence est conditionnée par le droit au même rang que les droits indépendants du droit. Il s'agit là en

¹¹⁶¹ Dont on doit se demander si ce n'est pas véritablement un « fait naturel », ce qui est évidemment encore plus fort.

¹¹⁶² Que nous qualifierions volontiers d'individualiste.

¹¹⁶³ Et nous laissant ici de côté la question de savoir comment doit être formalisé cette majorité démocratique, puisqu'il est acquis dans les sociétés contemporaines que cela peut-être le cas de façon directe ou indirecte...

¹¹⁶⁴ Puisque dans la dépendance étroite de l'équilibre des majorités politiques...

¹¹⁶⁵ Cela n'empêche absolument pas de reconnaître une valeur particulièrement importante à ces droits, à titre de droits fondamentaux ou de droits constitutionnels. Mais ces droits n'en doivent pas moins être distingués des « vrais » droits de l'homme.

¹¹⁶⁶ Nous nous permettons d'insister sur le fait que l'adjectif « faux » ne vise qu'à disqualifier ces droits au titre des droits de l'homme. Il ne s'agit en aucun cas d'un jugement de valeur sur le contenu de ces droits. Bien souvent ces « faux » droits de l'homme seront en effet des droits particulièrement importants pour une société donnée. La société peut alors parfaitement consacrer ces « faux » droits de l'homme à titre de droits fondamentaux ou de droits constitutionnels, afin de mettre ces droits à l'abri du processus législatif ordinaire. Nombreux sont ainsi aujourd'hui les droits qui, sans être de « vrais » droits de l'homme, sont protégés, à juste titre, par les cours constitutionnelles et internationales.

effet d'une entreprise de totalisation de ces « faux » droits de l'homme par laquelle on sous-entend qu'il n'y a qu'un concept général de droits de l'homme qui doit être suffisamment large pour inclure ces « faux » droits de l'homme¹¹⁶⁷. Autrement dit, les droits de l'homme ne seraient plus caractérisés par leur existence indépendante du phénomène de production du droit. Dès lors, les « vrais » droits de l'homme ne sauraient plus être indépendants du droit, mais devraient également être conditionnés par le droit au même titre que les « faux » droits de l'homme. Opérer un alignement de ces droits contingents avec les « droits absolus de l'homme » implique donc nécessairement un ravalement de ces derniers. Du même coup, en voulant assimiler le caractère totalitaire des « faux » droits de l'homme aux « vrais », on nie le caractère absolu de ces « vrais » droits de l'homme, et on enlève alors ce qui faisait la spécificité et la nécessité de ces droits, qui est justement leur indépendance du phénomène social de réalisation du droit.

296. Une fois opérée cette relativisation des « vrais droits de l'homme », conséquence directe de la totalisation des « faux droits de l'homme », ces « vrais droits de l'homme » perdent leur substance et deviennent eux-aussi objet du phénomène social de réalisation du droit, dont ils devaient pourtant être originellement soustraits. Le danger est évident : si ces droits sont fonction du phénomène social du droit, le droit peut aussi les remettre en cause ! On redonne ainsi un pouvoir absolu au pouvoir social, alors que la notion de droits de l'homme devait avoir vocation de limiter ce pouvoir. Or, pour reprendre Tocqueville, « le pouvoir de tout faire, que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs »¹¹⁶⁸, ce dont il déduit que « la liberté [est] en péril lorsque le pouvoir social supérieur ne trouve devant lui aucun obstacle qui puisse retenir sa marche et lui donner le temps de se modérer lui-même »¹¹⁶⁹. Ainsi, en voulant étendre la notion de droits de l'homme à des situations auxquelles, philosophiquement, la notion ne s'applique pas, on prive l'ensemble de la notion juridique de droits de l'homme de la concordance avec la notion philosophique de droits de l'homme. Or, un des apports les plus importants de l'après Seconde Guerre mondiale a été de procéder à une reconnaissance juridique de la notion philosophique de droits de l'homme. Et c'est cet apport qui est aujourd'hui remis en cause, au risque de rendre conceptuellement relative la notion de droits de l'homme.

¹¹⁶⁷ L'on ne pourra en effet jamais conférer aux « droits contingents de l'homme » la caractéristique d'exister indépendamment du droit.

¹¹⁶⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique, tome I*, précité, note 944, spéc. p. 376.

¹¹⁶⁹ *Ibid.* spéc., p. 377.

297. Il est donc primordial de réintroduire la distinction entre « vrais » et « faux » droits de l'homme, entre droits de l'homme « absolus » et « contingents », dans la terminologie et les concepts juridiques, afin de réserver la notion de « droits de l'homme » ou de « droits fondamentaux » aux droits qui sont philosophiquement consubstantiels à la condition humaine, droits qui sont fondamentaux de l'homme, droits qui sont réellement individuels en ce qu'ils sont nécessaires à la réalisation de l'individu en tant que personne humaine. Pour les autres droits, qui sont l'expression d'une pression sociale plus ou moins momentanée et aujourd'hui de plus en plus individualiste, il faut trouver un autre terme, qui marque clairement la différence. Ce qui ne doit pas empêcher la possibilité pour une société d'introduire une catégorie de droits qui, sans être des droits de l'homme, sont spécialement protégés pour être à l'abri d'une remise en cause par un simple changement de majorité, et que l'on trouve dans de nombreuses démocraties contemporaines à travers la catégorie des droits constitutionnels¹¹⁷⁰.

298. On peut illustrer ces réflexions théoriques par le débat actuel et passionné de la reconnaissance juridique des couples de même sexe. Le fait pour deux personnes de même sexe de pouvoir s'aimer et d'avoir des relations sexuelles est certainement un droit de l'homme, puisque cette situation correspond à une possibilité naturelle, une réalisation factuelle et un désir qui sont indépendants du droit, que le droit ne saurait empêcher et qui ne nuisent à personne¹¹⁷¹. Le droit de se marier et de fonder une famille n'est cependant plus la même chose, car les relations entre deux personnes de même sexe ne débouchent pas naturellement sur la constitution d'une famille et que cette possibilité ne peut être que la conséquence d'une autorisation sociale, différence majeure avec un couple hétérosexuel qui peut avoir des enfants en dehors de toute participation active d'un tiers et donc en l'absence de toute règle autorisant le ou les tiers à concourir à la constitution de la famille par ce couple. En ce qu'il implique une autorisation sociale, le droit de se marier et de fonder une famille du couple homosexuel est donc nécessairement contingent et relatif. Avec toute la sympathie que

¹¹⁷⁰ La différence entre droits constitutionnels et droits de l'homme est naturellement fondamentale. Alors que les premiers sont d'origine juridique, leur valeur et leur respect s'inscrivent dans le phénomène social et juridique, ce qui implique aussi que la responsabilité de leur exercice et de leur protection est collective, les seconds sont d'origine philosophique, ce dont résulte que leur valeur et leur respect sont fonction de la conscience individuelle de chacun et que la responsabilité de leur protection est individuelle. Autrement dit, même à défaut de protection par le droit, voire même en cas d'atteinte par le droit, le devoir individuel est de toujours mettre en œuvre ces droits, fût-ce en négligeant une injonction juridique contraire.

¹¹⁷¹ L'on voit ici que le désir n'est pas condamnable simplement parce qu'il est un désir. La critique de l'individualisme contemporain repose en effet sur le fait que le désir devient l'unique critère du droit, mais elle n'implique pas que le droit ne doit plus prendre en considération, voire doit condamner, le désir individuel.

nous avons pour ces couples, le droit pour deux personnes de même sexe de se marier et de fonder une famille ne peut pas être qualifié de droit de l'homme, sauf à disqualifier la notion de droit de l'homme¹¹⁷², ce qui revient alors à affaiblir l'ensemble de la protection résultant du concept de droit de l'homme, y compris le droit pour des personnes homosexuelles d'avoir des relations amoureuses avec des partenaires du même sexe, situation qui correspond à un « vrai » droit de l'homme. Car si le droit pour des personnes de même sexe de fonder une famille, qui est un droit nécessairement contingent, est un droit de l'homme, cela signifie aussi à l'inverse que les droits de l'homme sont contingents. Or dans ce cas, la société peut, au gré des majorités du moment, les remettre en cause, ce qui signifierait que la société peut aussi remettre en cause la possibilité pour deux personnes de même sexe de vivre leur relation amoureuse. Cette possibilité de la remise en cause du « vrai » droit de l'homme d'aimer qui l'on veut¹¹⁷³ s'étendrait également à la protection des couples hétérosexuels, y compris leur droit de se marier et de fonder une famille. Et l'on comprend alors que l'on a parfaitement raison, même si le trait est sans doute forcé, de fustiger le risque que « d'intempestives et contestables applications en droit de la famille de la philosophie des droits de l'homme ne servent d'arguments pour réfuter ces derniers, dans une spirale de déconstruction, de relativisme, de fondamentalismes. C'est alors non plus la famille mais toute l'Humanité qui serait en danger »¹¹⁷⁴.

¹¹⁷² Comme nous venons de le voir ; cf. *supra*, n° 284 et s.

¹¹⁷³ Tant que la relation n'est pas imposée à l'autre ou ne profite pas de l'état de vulnérabilité de l'autre.

¹¹⁷⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Avant-propos », in : *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 décembre 1994, LGDJ, 1996, p. XII.

Partie 2 Les objectifs du droit international privé européen de la famille

299. Connaître les fondements théoriques du droit international privé européen de la famille est une première étape nécessaire en vue de la compréhension de la matière. Mais ces fondements théoriques ne sauraient à eux-seuls justifier l'élaboration du droit international privé européen de la famille. Cette justification doit en effet nécessairement venir aussi d'une impulsion politique, donnée par les traités de l'Union et relayée par les institutions européennes. Cette impulsion politique est à l'origine de la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice », également appelé « espace judiciaire européen »¹¹⁷⁵. Il ressort ainsi des traités que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes »¹¹⁷⁶ et qu'elle « constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »¹¹⁷⁷. L'Union européenne ayant indéniablement progressé en vue de la construction de cet espace, l'on peut soutenir à juste titre que la justice civile européenne « est en marche »¹¹⁷⁸.

300. Il reste cependant nécessaire à analyser comment cette impulsion politique peut se traduire vis-à-vis du droit international privé européen de la famille, c'est-à-dire quels objectifs politiques cette création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice peut comporter en termes de droit de la famille. A cet égard, deux éléments principaux ressortent d'une lecture des traités. Premièrement, le fait que l'Union offre un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, ce qui semble indiquer que l'existence d'une

¹¹⁷⁵ Sur la construction de cet espace, voy. p. ex. Richard FENTIMAN, Arnaud NUYTS, Haris TAGARAS et Nadine WATTE (dir.), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruylant, Bruxelles, 1999 ; Anne-Marie LEROYER et Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, Paris, 2004 ; S. VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, 2005 ; Georges DE LEVAL et Mercedes CANDELA SORIANO (dir.), *Espace judiciaire européen : acquis et enjeux futurs en matière civile*, Larcier, Bruxelles, 2007 ; N. FRICERO, *L'essentiel de l'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Gualino : Lextenso, Paris, 2011 ; Ronald HOLZHACKER et Paul LUIF (dir.), *Freedom, security and justice in the European Union : internal and external dimensions of increased cooperation after Lisbon Treaty*, Springer, New York, 2014.

¹¹⁷⁶ Art. 3, para. 2 TUE.

¹¹⁷⁷ Art. 67, para. 1 TFUE.

pluralité d'ordres juridiques en matière de droit de la famille doit être sans incidence sur le traitement juridique des individus. Le statut familial d'un individu doit donc être le même, quel que soit l'endroit où il se trouve dans l'Union européenne¹¹⁷⁹. Cet objectif de continuité de traitement juridique correspond, en matière de droit international privé européen de la famille, à ce que nous qualifierons d'« objectif d'unité du statut familial ». Deuxièmement, l'Union européenne développe son action dans le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres¹¹⁸⁰. En matière familiale, ce respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres renvoie au respect la diversité des droits nationaux de la famille, qui est d'autant plus nécessaire que l'Union européenne ne dispose d'aucune compétence pour légiférer en matière de droit substantiel de la famille. Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux s'oppose en apparence à l'objectif d'unité du statut familial, puisqu'il correspond à ce que nous appellerons plus brièvement l'« objectif de diversité des statuts familiaux ».

301. L'étude des fondements du droit international privé européen de la famille implique alors d'analyser en profondeur l'existence, les justifications et les implications de ces deux fondements d'ordre politique que sont l'objectif d'unité du statut familial (titre 1) et l'objectif de diversité des statuts familiaux (titre 2).

Titre 1 L'objectif d'unité du statut familial

302. L'analyse de l'objectif d'unité du statut familial implique dans un premier temps d'étudier de quelle façon cet objectif se trouve affirmé et consacré par le droit de l'Union (chapitre 1), avant d'envisager dans un second temps les justifications possibles de cet objectif et ses implications, aussi bien pour l'Union européenne elle-même que pour la construction du droit international privé européen de la famille (chapitre 2).

¹¹⁷⁸ Méлина DOUCHY-OU DOT et Emmanuel GUINCHARD (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, Paris, 2012.

¹¹⁷⁹ Egalement en ce sens, mais plus généralement vis-à-vis du statut personnel : A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Thèse de doctorat, Jean Moulin (Lyon 3), Lyon, 2014.

¹¹⁸⁰ Elle le fait évidemment aussi « dans le respect des droits fondamentaux » (art. 67, para. 2 TFUE), mais en réalité, en raison du fait que ces droits fondamentaux sont respectés par l'ensemble des droits de la famille nationaux, le respect de la diversité des droits de la famille nationaux garantit aussi le respect des droits fondamentaux, sans qu'il ne soit nécessaire de consacrer de droits fondamentaux spécifiques au niveau du droit

Chapitre 1 L'affirmation de l'objectif d'unité

303. La question se pose de savoir dans quelle mesure l'unité du statut familial d'une personne est en elle-même un objectif du droit de l'Union européenne. En référence aux droits économiques traditionnels de l'Union, le statut familial n'était pris en compte que dans la mesure où il pouvait influencer l'effectivité d'un tel droit reconnu par l'Union européenne, tandis qu'après l'évolution de l'Union vers une « Europe pour les citoyens »¹¹⁸¹, la question resurgit en termes nouveaux, pour déterminer si la reconnaissance du statut familial fait partie des droits du citoyen européen, c'est-à-dire pour savoir si l'unité du statut familial n'est pas en elle-même un droit reconnu par l'Union européenne. L'affirmation de l'objectif d'unité du statut familial est en réalité alors moins le résultat des dispositions pertinentes des traités (section 1), que d'une interprétation attentive de la mise en œuvre de ces dispositions, telle qu'éclairée par les programmes stratégiques visant à mettre en place l'espace de liberté, de sécurité et de justice et une analyse rapide des textes adoptés (section 2).

Section 1 La place timide de l'objectif dans les traités

304. L'objectif d'unité du statut familial n'est pas expressément consacré par les traités. Anticipant sur les concepts qui permettront de justifier cet objectif, il est déjà permis de dire ici que ce dernier peut être relié soit au principe de la libre circulation des personnes, soit de façon plus convaincante au concept de la citoyenneté de l'Union. Dès lors, connaître la place laissée à l'objectif d'unité du statut familial implique l'analyse de la place reconnue par les traités à ces deux notions, tout en limitant cette analyse à l'évolution ayant eu lieu depuis la création du concept de citoyenneté européenne. La libre circulation des personnes est en effet un objectif constamment rappelé par les traités¹¹⁸², et l'évolution la plus notable en ce domaine tient justement au dépassement de sa dimension purement économique par son

de l'Union européenne. Au contraire, la consécration de tels droits fondamentaux serait difficilement justifiable en termes de compétence d'attribution de l'Union. Cf. sur ce point nos développements ultérieurs (*infra*).

¹¹⁸¹ Voy. not. la décision n° 1904/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 établissant, pour la période 2007-2013, le programme « l'Europe pour les citoyens » visant à promouvoir la citoyenneté européenne active ; voy. égal. le programme de La Haye qui reprend cette idée, mais en la prolongeant sur le terrain de la reconnaissance en matière de justice civile.

¹¹⁸² Voy. au sujet de la libre circulation des travailleurs, l'article 48 TCE dans la version résultant des traités de Rome et de Maastricht, l'article 39 TCE dans la version résultant des traités d'Amsterdam et de Nice, et l'article 45 TFUE dans la version résultant du traité de Lisbonne. Pour un accès aux traités, voy. not. la vue d'ensemble chronologique accessible sous : http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_fr.htm.

rattachement aux droits reconnus à tout citoyen de l'Union¹¹⁸³. L'objectif d'unité du statut familial peut ensuite être relié plus particulièrement à la mise en place progressive d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, qui a servi de fondement à la création d'un droit international privé commun par la Communauté européenne. Deux impulsions majeures peuvent alors être relevées. Premièrement, l'apparition des concepts de citoyenneté de l'Union et d'espace de liberté, de sécurité et de justice (I), deuxièmement, leur consolidation par le traité de Lisbonne, qui a su les redynamiser quelque peu (II).

I L'apparition de la citoyenneté de l'Union et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

305. Deux phases peuvent être distinguées au sein du processus d'émergence des notions de citoyenneté de l'Union européenne et d'espace de liberté, de sécurité et de justice. Une première phase marquée par le dynamisme initial lié à l'affirmation du concept de citoyenneté de l'Union par le traité de Maastricht, et son approfondissement par le traité d'Amsterdam (A), a en effet été suivi par une seconde phase correspondant à une période pauvre en changements institutionnels pertinents, caractérisée par le contenu très limité du traité de Nice et l'échec du projet « constitutionnel » (B).

A Le dynamisme initial : les traités de Maastricht et d'Amsterdam

306. Une première étape essentielle est réalisée par le traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993¹¹⁸⁴. Les Etats membres, « résolus à établir une citoyenneté commune aux ressortissants de leurs pays »¹¹⁸⁵, et « réaffirmant leur objectif de faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples, en insérant des dispositions sur la justice et les affaires intérieures dans le présent traité »¹¹⁸⁶, décident d'une part, d'instaurer une « citoyenneté de l'Union » en vue « de renforcer la protection des droits et des intérêts [de leurs]

¹¹⁸³ Réalisé par le traité de Maastricht (articles 8 à 8E TCE, notamment 8A TCE sur la libre circulation des citoyens dans la version résultant du traité de Maastricht), puis constamment maintenu (art. 17 à 22 TCE, not. l'art 18 TCE dans la version résultant des traités d'Amsterdam et de Nice ; art. 18 à 25 TFUE, not. les art. 20 et 21 TFUE dans la version résultant du traité de Lisbonne.

¹¹⁸⁴ *J.O.C.E.*, C 191 du 29 juillet 1992.

¹¹⁸⁵ Voy. le préambule TUE tel que modifié par le traité de Maastricht.

ressortissants »¹¹⁸⁷, d'autre part, de « développer une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures »¹¹⁸⁸. Le concept de « citoyenneté de l'Union » est ensuite institué et précisé par la deuxième partie du traité¹¹⁸⁹, l'article 8 A prévoyant notamment en son premier paragraphe que « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres », sous réserve toutefois « des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application ». Quant à la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, prévue au titre VI du traité, celle-ci inclut parmi les questions d'intérêt commun pour les États membres notamment le domaine de la « coopération judiciaire en matière civile »¹¹⁹⁰ avec pour finalité « la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes »¹¹⁹¹, mais « sans préjudice des compétences de la Communauté européenne »¹¹⁹². Autrement dit, on commence à avoir conscience de l'importance de la coopération judiciaire en matière civile, qui inclut les questions de droit international privé, pour la construction européenne, et notamment la libre circulation des personnes, mais cette question ne relève pas de la compétence de la Communauté européenne, mais de la coopération inter-gouvernementale.

307. Une étape supplémentaire et décisive est ensuite franchie avec le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999¹¹⁹³, qui « communautarise » la coopération judiciaire en matière civile en la transférant vers le premier « pilier », c'est-à-dire en l'insérant dans un nouveau titre IV relatif aux « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »¹¹⁹⁴. Ce traité prévoit également que l'« Union se donne pour objectif de maintenir et de développer l'Union en tant qu'*espace de liberté, de sécurité et de justice* au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes »¹¹⁹⁵. Dans la logique du traité, l'incidence sur le droit international privé en général, et le droit international privé de la famille en particulier, aurait cependant dû être très limitée. L'intitulé du titre IV du TCE est déjà révélateur, le droit international privé

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ Voy. l'article B, tirets 3 et 4 TUE tel que modifié par le traité de Maastricht.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*

¹¹⁸⁹ Voy. les articles 8 à 8 E TUE tel que modifié par le traité de Maastricht.

¹¹⁹⁰ Voy. point 6 de l'article K.1 TUE tel que modifié par le traité de Maastricht.

¹¹⁹¹ Voy. l'article K.1 TUE tel que modifié par le traité de Maastricht.

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ *J.O.C.E.*, C 340 du 10 Novembre 1997.

¹¹⁹⁴ Voy. notamment les articles 61, 65 et 67 TCE ; voy. sur l'état du droit de l'Union en matière de coopération judiciaire en matière civile résultant du traité d'Amsterdam not. E. BARBE et H. BOULLANGER, *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne : un espace de liberté, de sécurité et de justice*, la Documentation française, Paris, 2002, spéc. p. 75- 104.

ne pouvant être rattaché qu'aux « autres politiques liées à la libre circulation des personnes », sans être directement mentionné. L'article 65 TCE sur « les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises [...] dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »¹¹⁹⁶ pose ensuite plusieurs limites importantes¹¹⁹⁷.

308. Si cet article a le mérite de clairement faire valoir l'intérêt que représente le droit international privé pour la Communauté européenne, en évoquant notamment « la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires »¹¹⁹⁸ et les « règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence »¹¹⁹⁹, il encadre aussi strictement l'intervention européenne. Ainsi la reconnaissance et l'exécution des décisions doivent être « améliorées et simplifiées »¹²⁰⁰ et concernant les règles de conflit de lois et de compétence des États membres, il s'agit de « favoriser leur compatibilité »¹²⁰¹. La liste n'est certes pas limitative, les mesures relevant de la coopération judiciaire en matière civile ne visant qu'« entre

¹¹⁹⁵ Voy. l'article 2 TUE dans la version résultant du traité d'Amsterdam, c'est nous qui soulignons.

¹¹⁹⁶ Cet article mérite d'être intégralement cité ici :

Article 65 TCE :

« Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à :

a) améliorer et simplifier :

– le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ;

– la coopération en matière d'obtention des preuves ;

– la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ;

b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ;

c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres. »

¹¹⁹⁷ Bien qu'en réalité celles-ci n'aient guère été respectées par les instances de l'Union européenne. Voy. sur ce point not. C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *Revue critique de droit international privé* 1999.1- 30 ; É. PATAUT, « De La Haye à Bruxelles : droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 661 et s. ; Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II) : réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 503- 544 ; Voy. HEUZE, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G* 2008.I. 166 ; voy. égal. plus généralement Vincent HEUZE et Jérôme HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012.

¹¹⁹⁸ Article 65, point a), troisième tiret TCE.

¹¹⁹⁹ Article 65, point b) TCE.

¹²⁰⁰ Article 65, point a) TCE.

¹²⁰¹ Article 65, point b) TCE.

autres »¹²⁰² à la réalisation de ces objectifs, mais il n'en reste pas moins que politiquement l'objectif d'un droit international privé de l'Union européenne n'est que faiblement consacré par le traité. Puis concernant le droit international privé de la famille en particulier, l'article 65 du traité instituant la Communauté européenne tel que modifié par le traité d'Amsterdam comporte une limite *a priori* encore plus radicale. Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière doivent en effet être prises « *dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* »¹²⁰³, ce qui, à moins d'une lecture à tout le moins déformante du sens élémentaire des termes de famille et de marché intérieur¹²⁰⁴, exclut une intervention européenne en matière de droit international privé de la famille. A cet égard, il convient d'en déduire que le traité d'Amsterdam, tout en communautarisant le droit international privé, ne confère pas de place explicite à l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille, ni ne comporte de consécration de l'objectif d'unité du statut familial au sein de l'Union.

309. Il n'en reste pas moins que ce traité a pu être le point de départ d'un mouvement d'« activisme »¹²⁰⁵ de l'Union européenne en matière de droit international privé qui ne s'est pas arrêté devant la nature familiale des matières abordées. La source de cet activisme est à chercher dans une volonté politique qui a pu s'exprimer en dehors des traités¹²⁰⁶, mais qui ne s'est pas traduite parallèlement par des modifications institutionnelles qu'aurait en réalité exigé la rigueur juridique. La phase de dynamisme initial a en effet été suivie par une phase d'immobilisme institutionnel.

B L'immobilisme institutionnel : le traité de Nice et l'échec du traité établissant une constitution pour l'Europe

310. A la décennie 1990, riche en termes de changements institutionnels, s'est substituée une décennie pauvre concernant la consécration institutionnelle d'un droit

¹²⁰² Article 65, alinéa 1^{er} TCE.

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ Cf. *infra*, n° 364 et s., sur l'absence de considérations économiques pour le droit international privé européen de la famille

¹²⁰⁵ Voy. l'appréciation de M. Audit, estimant que « les autorités communautaires paraissent confondre intégration économique et centralisme juridique, [...] la qualité de leur œuvre [en matière de droit international privé n'ayant] pas été jusqu'à présent à la mesure de leur activisme » ; B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité, Cours général*, coll. RCADI, n°305, Brill, Nijhoff, Leyde, 2003, spéc. p. 98.

¹²⁰⁶ Voy. notamment les programmes d'action de Tampere et de Stockholm, sur lesquels cf. *infra*, n° 330 et s.

international privé européen de la famille. Cela est quelque peu surprenant face aux réalisations pratiques réalisées parallèlement par la Communauté européenne en ce domaine¹²⁰⁷. Il n'en reste pas moins que le traité de Nice n'apporte que des modifications extrêmement limitées aux dispositions pertinentes pour le droit international privé européen de la famille¹²⁰⁸, tandis que le traité établissant une constitution pour l'Europe, qui aurait entraîné une modification plus profonde du cadre normatif, a échoué suite au rejet de sa ratification par les peuples français et néerlandais. Son étude n'en reste pas moins intéressante en raison de la reprise quasi-totale par le traité de Lisbonne de ses dispositions sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹²⁰⁹. Le traité de Nice et le traité « constitutionnel » ont cependant en commun de ne pas avoir été en mesure de réaliser l'étape essentielle de la déconnexion entre coopération judiciaire en matière civile et réalisation du marché intérieur.

311. Le traité de Nice n'apporte ainsi qu'une seule véritable modification concernant la coopération judiciaire en matière civile, et cette modification, bien qu'elle touche à un aspect essentiel de cette coopération¹²¹⁰, reste sans incidence sur le droit de la famille. Le traité de Nice prévoit ainsi que « les mesures prévues à l'article 65 », c'est-à-dire « les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière »¹²¹¹, doivent être arrêtées « selon la procédure visée à l'article 251 »¹²¹², donc la procédure de la codécision qui implique une majorité qualifiée lors du vote au Conseil. Le deuxième tiret de l'article 67, cinquième paragraphe, stipule cependant que ce passage à la procédure de la codécision est réalisée « à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille », pour lesquels la procédure prévue à l'article 67 reste applicable, c'est-à-dire que l'exigence d'un vote à l'unanimité du Conseil est maintenu. En outre, ces mesures doivent toujours être prises « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché

¹²⁰⁷ Cf. *infra*, n° 347 et s.

¹²⁰⁸ Voy. sur ce point p. ex. P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, coll. Collection de thèses, Larcier, Bruxelles, 2003.

¹²⁰⁹ Voy. sur ce point p. ex. H.-P. MANSEL, K. THORN et R. WAGNER, « Europäisches Kollisionsrecht 2009 : Hoffnungen durch den Vertrag von Lissabon », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010.1- 27 ; I. BARRIERE-BROUSSE, « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *Journal du droit international* 2010.3- 34 ; D. M. VICENTE, « Libertés européennes et droit international privé (à la lumière du Traité de Lisbonne) », *Revue hellénique de droit international* 2011.523- 584.

¹²¹⁰ Voy. p. ex. C. KOHLER, « Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza », *ZEuS : Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2001.575- 593 ; R. WAGNER, « Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sechs Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags », *Neue juristische Wochenschrift* 2005.1754- 1757.

¹²¹¹ Voy. l'article 65 TCE.

¹²¹² Article 67, para. 5. TCE d'après le traité de Nice.

intérieur »¹²¹³. La dimension économique du droit international privé de l'Union européenne reste donc doublement prédominante : premièrement, parce qu'à son sujet l'adoption d'actes est facilitée, deuxièmement, parce que l'incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur reste une condition pour l'adoption de mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire en matière civile.

312. Les autres modifications potentiellement pertinentes pour le droit international privé européen de la famille réalisées par le traité de Nice restent elles aussi d'une incidence mineure. D'un côté, la procédure de la coopération renforcée est réformée, l'article 40, premier paragraphe, traité sur l'Union européenne prévoyant que « les coopérations renforcées dans l'un des domaines visés dans le présent titre ont pour but de permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice [...] ». Mais cette coopération renforcée n'a jamais été mise en œuvre en application du régime issu du traité de Nice, ce qui enlève toute portée réelle à cette modification, même si la mise en avant de l'objectif de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice mérite d'être relevée. D'un autre côté, le traité de Nice évoque pour la première fois la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000¹²¹⁴, dont l'importance est primordiale pour la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹²¹⁵. Le traité de Nice est cependant bien loin de conférer une quelconque valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, car son adoption et sa publication s'accompagnent simplement d'une « proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », ainsi que d'une « déclaration adoptée par la Conférence » qui évoque le statut qu'il conviendrait de reconnaître à celle-ci. Encore que cette évocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se fasse de manière on ne peut plus indirecte, ce qui semble peu compatible avec son statut « fondamental », mais ce qui est peut-être révélateur de la difficulté de l'Union européenne de se concevoir de façon non-économique. La Charte est ainsi mentionnée à la déclaration vingt-trois, parmi vingt-quatre déclarations¹²¹⁶, intitulée « déclaration relative à l'avenir de l'Union », au cinquième

¹²¹³ Voy. l'article 65 TCE, inchangé.

¹²¹⁴ Voy. sur ce point p. ex. Waldemar HUMMER et Walter OBWEXER (dir.), *Der Vertrag von Nizza : mit EU- und EG-Vertrag in konsolidierter Fassung sowie EU-Charta der Grundrechte samt Erläuterungen*, Manzsche, Wien, 2001.

¹²¹⁵ Son adoption est en effet un élément important pour une redéfinition des objectifs directs de l'Union européenne dans un sens moins exclusivement économique ; cf. *infra*, n° 364 et s.

¹²¹⁶ Voy. les déclarations annexées à l'Acte final du traité de Nice.

paragraphe¹²¹⁷, qui prévoit que le processus relatif à l'avenir de l'Union devrait porter « entre autres » sur des questions dont « le statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice, conformément aux conclusions du Conseil européen de Cologne »¹²¹⁸ n'est que le deuxième tiret d'une liste non limitative en comportant quatre. Le moins que l'on puisse dire est donc que le traité de Nice ne permet pas à l'Union européenne de se défaire de son carcan économique et que son incidence sur l'éventuelle affirmation de l'objectif d'unité du statut familial au sein de l'Union est nulle.

313. Le traité établissant une constitution pour l'Europe aurait apporté des modifications substantielles d'une ampleur plus importante, qui auraient pu permettre sans doute de dynamiser le mouvement de communautarisation du droit international privé de la famille. Mais concernant le droit international privé de la famille, ce traité comportait lui aussi des limitations tenant à l'approche économique retenue, ce qui fait que la nature réelle de l'objectif de l'Union européenne en ce domaine est difficile à cerner. L'article I-3, deuxième paragraphe, du traité prévoyait ainsi que parmi les objectifs de l'Union, celle-ci « offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, et un marché

¹²¹⁷ La déclaration en contenant huit...

¹²¹⁸ Conclusions du Conseil européen (accessible sous : http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_fr.htm#an4) qui se lisent comme suit :

« ANNEXE IV - DECISION DU CONSEIL EUROPEEN CONCERNANT L'ELABORATION D'UNE CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE

Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité. La Cour de Justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence l'obligation de l'Union de respecter les droits fondamentaux. Au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union.

Le Conseil européen est d'avis que cette charte doit contenir les droits de liberté et d'égalité, ainsi que les droits de procédure tels que garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. La charte doit en outre contenir les droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union. Dans l'élaboration de la charte, il faudra par ailleurs prendre en considération des droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (article 136 TCE) dans la mesure où ils ne justifient pas uniquement des objectifs pour l'action de l'Union.

Le Conseil européen est d'avis qu'une enceinte composée de représentants des Chefs d'Etat et de Gouvernement et du Président de la Commission européenne ainsi que de membres du Parlement européen et des parlements nationaux devrait élaborer un projet d'une telle charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Des représentants de la Cour de justice devraient y participer à titre d'observateurs. Des représentants du Comité économique et social et du Comité des régions ainsi que des groupes sociaux et des experts devraient être entendus. Le secrétariat devrait être assuré par le Secrétariat général du Conseil.

Cette enceinte doit présenter un projet en temps utile avant le Conseil européen en décembre de l'an 2000. Le Conseil européen proposera au Parlement européen et à la Commission de proclamer solennellement, conjointement avec le Conseil, une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la base dudit projet. Ensuite il faudra examiner si et, le cas échéant, la manière dont la charte pourrait être intégrée dans les traités. Le Conseil européen donne mandat au Conseil "Affaires générales" d'engager les mesures nécessaires avant le Conseil européen de Tampere. »

intérieur où la concurrence est libre et non faussée »¹²¹⁹. La création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice restait donc en liaison très étroite, si ce n'était de dépendance, avec l'objectif du marché intérieur, dont le caractère fondamental semblait prédominer¹²²⁰. Ce traité avait cependant aussi l'avantage de renforcer l'autonomie de l'objectif de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹²²¹ par rapport à la libre circulation des personnes dont l'article III-130, deuxième paragraphe, du traité établissant une Constitution pour l'Europe rappelle le lien avec le marché intérieur¹²²². L'article I-42, premier paragraphe, du traité « constitutionnel » aurait énoncé que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice », tandis que le chapitre IV du traité aurait été explicitement consacré à l'« espace de liberté, de sécurité et de justice »¹²²³. Le premier paragraphe de l'article III-257 aurait alors stipulé que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques de ses Etats membres », sans référence cette fois au marché intérieur, le quatrième paragraphe prévoyant que « l'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile », reconnaissance mutuelle dont l'importance est déjà affirmée plus tôt par l'article I-42, premier paragraphe, point b), du traité. Ces dispositions peuvent donc être considérées comme conférant une certaine indépendance à la matière de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice par rapport aux objectifs traditionnels de l'Union européenne, ce qui permet de donner un cadre plus cohérent à la construction de cet espace. L'article III-269 aurait alors procédé à une redéfinition de la coopération judiciaire en matière civile, précisant notamment la liste des domaines concernés par cette coopération¹²²⁴.

¹²¹⁹ Traité établissant une constitution pour l'Europe, *J.O.C.E.*, C 310 du 16 décembre 2004, p. 1-474, numéro d'information 2004/C 310/01.

¹²²⁰ A. BORRAS, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, coll. RCADI, n°317, Brill, Nijhoff, Leyde, 2005, spéc. p. 455, estimant cependant que « cette première impression est contredite plus loin par le texte de ce traité ».

¹²²¹ Ce qui sous le traité de Nice restait encore classé parmi « les autres politiques liées à la libre circulation des personnes », voy. l'intitulé du titre IV du TCE d'après le traité de Nice.

¹²²² « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation, des personnes, des services, des marchandises et des capitaux est assurée conformément à la Constitution ».

¹²²³ Voy. l'intitulé du chapitre IV du traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹²²⁴ Cet article aurait été formulé comme suit :

Article III-269 : « 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

2. Aux fins du paragraphe 1, la loi ou loi-cadre européenne établit, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer :

a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution ;

314. Dans l'esprit des rédacteurs les modifications apportées par cet article auraient été considérables, même s'il faut regretter la façon cachée dont celles-ci ont été introduites dans la formulation nouvelle. L'adoption de mesures n'aurait ainsi plus été subordonnée à la démonstration de leur nécessité pour le bon fonctionnement du marché intérieur, puisque la nouvelle formulation du texte aurait substitué à l'exigence de la précédente version, « *dans la mesure nécessaire* au bon fonctionnement du marché intérieur »¹²²⁵, une simple possibilité dépourvue de tout caractère contraignant, les mesures pouvant être prises « *notamment lorsque cela est nécessaire* au bon fonctionnement du marché intérieur »¹²²⁶. En outre, la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence n'aurait plus simplement à être « favorisée »¹²²⁷, mais à être « assurée »¹²²⁸. Puis même pour les « mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière », pour lesquelles l'unanimité au Conseil reste requise, une « clause passerelle » est prévue permettant de soumettre certains aspects de droit de la famille à la procédure législative ordinaire. Mais il n'en reste pas moins que la référence au « bon fonctionnement du marché intérieur » subsistait, que les mesures visaient à assurer la « compatibilité » des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions, ce qui est loin de leur « uniformité », puis que pour le droit de la famille l'unanimité restait requise, y compris pour faire jouer la « clause passerelle ». Le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait donc permis de donner un cadre plus efficace pour l'élaboration d'un droit international privé de l'Union européenne, mais avec des finalités et des inspirations encore trop proches des objectifs traditionnels de l'Union européenne et donc trop économiques. Cela est d'autant plus surprenant qu'en même temps ce traité énonçait que l'« Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés

*b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ;*

*d) la coopération en matière d'obtention des preuves ;
e) un accès effectif à la justice ;
f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ;
g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ;
h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.*

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par une loi ou loi-cadre européenne du Conseil. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision européenne déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. »

¹²²⁵ Voy. l'article 65 TCE.

¹²²⁶ Voy. l'article III-269 du traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹²²⁷ Dans la version résultant de l'article 65 TCE.

dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹²²⁹ et que celle-ci devait constituer la partie II du traité établissant une Constitution pour l'Europe. La place des droits fondamentaux aurait donc été considérablement renforcée, pour être consacrée de façon juridiquement contraignante, ce qui aurait donné une dimension politique bien plus importante à l'Union européenne. Cette dimension politique aurait également été soulignée par l'importance grandissante reconnue au concept de citoyenneté de l'Union¹²³⁰.

315. Le résultat du traité établissant une constitution pour l'Europe aurait donc été quelque peu paradoxal. Alors que celui-ci aurait considérablement accru la dimension politique de l'Union européenne et donné un cadre institutionnel efficace à l'élaboration d'un droit international privé de l'Union européenne, il aurait aussi laissé la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une relation très étroite avec les objectifs économiques traditionnels de la Communauté européenne. Les refus de ratification de ce traité par les peuples français et néerlandais ont certes empêché l'entrée en vigueur de ce traité, et donné un sérieux coup d'arrêt à la construction d'une Europe « politique ». Mais concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice, le traité de Lisbonne, et donc le droit positif actuel, ont finalement repris de façon quasiment inchangée les dispositions du traité établissant une constitution pour l'Europe, laissant subsister, voire renforçant, le doute quant à l'orientation politique de la construction de cet espace.

II La consolidation de la citoyenneté de l'Union et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

316. Le traité sur l'Union européenne annonce dès son préambule que les Etats membres sont « résolus à établir une citoyenneté commune aux ressortissants de leurs pays »¹²³¹, et « [...] à faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples, en établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice, conformément aux dispositions du présent traité et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »¹²³². On y retrouve donc les deux concepts dont il est éventuellement possible de

¹²²⁸ Dans la version résultant de l'article III-269 du traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹²²⁹ Article I-9, premier paragraphe du traité.

¹²³⁰ Voy. notamment l'article I-10 du traité.

¹²³¹ Préambule TUE, alinéa 10.

¹²³² Préambule TUE, alinéa 12.

dire qu'ils sont le fondement de l'objectif d'unité du statut familial, à savoir la citoyenneté de l'Union et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'impression qui se dégage du cadre juridique résultant du traité de Lisbonne est pourtant mitigée. Car si le droit positif issu de ce traité se montre encore très prudent quant à la consécration éventuelle de l'objectif d'unité du statut familial (A), il n'en confère pas moins une importance croissante à la citoyenneté européenne et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui peut potentiellement conduire à un dépassement de la dimension économique de l'Union européenne (B).

A Les hésitations actuelles : le droit positif issu du traité de Lisbonne

317. Le traité de Lisbonne a au moins le mérite d'apporter une première clarification. La compétence de l'Union en matière de droit international privé est en effet nettement consolidée¹²³³. L'article 4, deuxième paragraphe, lettre j), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fait expressément figurer le domaine de l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » parmi les compétences partagées entre l'Union et ses Etats membres. Le titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est ensuite spécifiquement consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ce qui lui confère une indéniable autonomie par rapport aux autres politiques de l'Union. L'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, constitutif du chapitre 3 du titre V, vient alors préciser le régime spécifiquement applicable à la coopération judiciaire en matière civile. La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice est donc un objectif à part entière de l'Union européenne, ce qui est conforté en outre par le fait que les coopérations renforcées ne sont plus spécifiquement destinées à « permettre à l'Union de devenir plus rapidement un espace de liberté, de sécurité et de justice »¹²³⁴, mais de façon générale à « favoriser la réalisation des objectifs de l'Union, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration »¹²³⁵, ce qui inclut la question de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Même si la compétence de l'Union européenne s'étend donc désormais clairement au droit

¹²³³ Voy. sur ce point p. ex. I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221 ; et D. M. VICENTE, *Libertés européennes et droit international privé (à la lumière du Traité de Lisbonne)*, préc., note 1221.

¹²³⁴ Art. 40 TUE résultant du traité de Nice.

¹²³⁵ Article 20, para. 1, alinéa 2 TUE.

international privé¹²³⁶, la question de la dimension plus ou moins économique de l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'en reste pas moins ambiguë dans le traité.

318. Les dispositions du traité de Lisbonne sont en effet la reprise quasi-intégrale de celles du traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont, comme nous venons de le voir¹²³⁷, le caractère économique, notamment dans leur mesure très liée au marché intérieur, restait prédominant. Il est vrai que l'article 3, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne ne confond plus comme le faisait l'article I-3, paragraphe 3, du traité « constitutionnel » l'espace de liberté, de sécurité et de justice et le marché intérieur. La dissociation entre marché intérieur et espace de liberté, de sécurité et de justice est, sinon un indicateur de ce que « l'Europe veut véhiculer des valeurs autres qu'économiques »¹²³⁸, du moins une étape indispensable vers l'affirmation d'une telle volonté. Mais la promotion de finalités plus humaines doit également se retrouver au sujet des dispositions plus spécifiquement consacrées à la coopération judiciaire en matière civile pour renforcer l'objectif d'unité du statut familial. Or, à la lecture des dispositions spécifiques à la coopération judiciaire en matière civile, il est permis de douter de la volonté de donner une dimension véritablement non-économique à l'Union en ce domaine.

319. Dans un premier temps, l'article 3, deuxième paragraphe du traité sur l'Union européenne prévoit que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ». Le fait que l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la libre circulation des personnes puissent être conçus sans être rattachés au marché intérieur est évidemment à approuver. Le doute vient seulement de ce qu'ensuite une série de mesures est évoquée en lien avec cet espace de liberté, de sécurité et de justice, dont aucune ne correspond à la coopération judiciaire en matière civile. On retrouve au contraire les domaines couverts par

¹²³⁶ Voy. not. I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221 ; C. KADDOUS, *D'Amsterdam à Lisbonne : dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, coll. Dossiers de droit européen, n°20, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J, Bâle, 2010 ; R. WAGNER, « EU-Kompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen : Résumé und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht = The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2015.521- 545.

¹²³⁷ Cf. *supra*, n° 313 et s.

¹²³⁸ I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221, 5.

les chapitres 2, 4 et 5 du titre IV consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à savoir les « politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration », la « coopération judiciaire en matière pénale » et la « coopération policière ». La réponse à la question de savoir si la coopération judiciaire en matière civile est désormais appréhendée par les traités dans une dimension non-économique n'est donc pas véritablement résolue par cette disposition. L'article 67, premier paragraphe du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne affirme par ailleurs de façon générale que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres », donc sans faire de lien avec le marché intérieur. Et tous les articles subséquents du titre IV, sauf un, celui concernant justement la coopération judiciaire en matière civile, confirment cette absence apparente de dimension économique de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La référence au marché intérieur n'a donc été maintenue que dans un article, et ne concerne dès lors qu'un seul des domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, qui est, de façon tout à fait cohérente au regard de l'article 3 du traité sur l'Union européenne, la coopération judiciaire en matière civile. Celle-ci n'est donc pas déconnectée du marché intérieur, ce qui fait que le doute quant à sa dimension économique subsiste. Pour élucider ce doute, il convient d'analyser les dispositions particulières relatives à cette coopération, et à cette fin de les rappeler ici.

320. L'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 65 TCE) stipule ainsi que :

« 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer:

a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution;

b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires;

- c) *la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence;*
- d) *la coopération en matière d'obtention des preuves;*
- e) *un accès effectif à la justice;*
- f) *l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres;*
- g) *le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges;*
- h) *un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.*

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale.

Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision. »

321. La quasi identité de cette formule avec celle du traité établissant une Constitution pour l'Europe est frappante. Sur le fond, tout a en effet été repris du traité pourtant non-ratifié¹²³⁹. On retrouve donc la référence au bon fonctionnement du marché intérieur, laquelle ne se veut, par l'insertion de l'adverbe « notamment », certes pas exclusive, mais qui n'en garde pas moins un caractère prédominant. Caractère prédominant qui découle, d'une part, de ce que seule la nécessité par rapport au bon fonctionnement du marché intérieur est évoquée¹²⁴⁰, d'autre part, de ce que la formulation retenue est celle d'un texte préparatoire,

¹²³⁹ Sur ce point le choix de ratifier en France le traité de Lisbonne par voie non référendaire est particulièrement difficile à comprendre ; voy. not. Y. LEQUETTE, « Des juges littéralement irresponsables... », dans Loïc CADIEU, Pierre CALLE et Thierry LE BARS (dir.), *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2009, spéc. p. 309- 330.

¹²⁴⁰ Sans référence donc surtout à la libre circulation des personnes, la citoyenneté européenne ou les droits fondamentaux, qui sont pourtant des concepts pouvant conférer une justification autrement plus convaincante à

le traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui avait encore clairement fait le lien entre l'espace de liberté, de sécurité et de justice et le marché intérieur¹²⁴¹. Néanmoins la nouvelle formulation permet d'envisager d'autres objectifs ou fondements, lesquels méritent alors d'être mis en exergue dans la mesure où ils pourraient justifier l'objectif d'unité du statut familial. Premièrement, le premier paragraphe de l'article 81 énonce que la coopération judiciaire dans les matières civiles est « fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ». Deuxièmement, cette reconnaissance mutuelle doit permettre, selon l'article 67, quatrième paragraphe, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de « [faciliter] l'accès à la justice ». Deux objectifs qui ne sont pas directement économiques peuvent donc être dégagés ici de premier abord, à savoir la reconnaissance mutuelle des décisions et l'accès à la justice¹²⁴². La clause passerelle pour passer à la procédure législative ordinaire pour les questions touchant au droit de la famille a en outre été maintenue, mais, seule différence de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne avec l'article III-269 du traité « constitutionnel », elle a été plus strictement encadrée en donnant davantage de pouvoirs aux parlements nationaux.

322. On peut déduire de l'ensemble de ces éléments que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne assigne deux objectifs à la coopération judiciaire en matière civile. Premièrement, l'objectif clairement mis en lumière du « bon fonctionnement du marché intérieur », deuxièmement l'objectif de l'« accès à la justice ». La « reconnaissance mutuelle des décisions » bénéficie quant à elle d'un statut incertain. Elle est ainsi consacrée par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à titre de moyen, ce qui ressort d'une part, de son inclusion dans la liste du deuxième paragraphe de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui énumère les objets des mesures susceptibles d'être prises par l'Union aux fins du développement d'une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, d'autre part, de sa fonction reconnue par le quatrième paragraphe de l'article 67 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui en fait l'élément privilégié à utiliser par l'Union afin de faciliter l'accès à la justice. Mais le premier paragraphe de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en

l'objectif d'unité du statut familial que la réalisation du marché intérieur. Sur ces justifications, cf. *infra*, n° 403 et s.

¹²⁴¹ Voy. l'article I 3 du traité « constitutionnel ».

¹²⁴² Voy. sur ce point égal. A. BORRAS, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, préc., note 1232. Le traité semble assez clairement faire prévaloir l'accès à la justice, l'objectif de reconnaissance mutuelle des décisions s'y intégrant dans la logique du traité.

fait le « fondement » de la coopération judiciaire en matière civile. Puis l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne évoque « le principe de reconnaissance mutuelle » dans sa généralité, donc sans le limiter aux décisions, en prévoyant des études « de la mise en œuvre, par les autorités des États membres, des politiques de l'Union visées au [titre relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice], en particulier *afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle* »¹²⁴³. Cet article mentionne donc la reconnaissance mutuelle comme si celle-ci était un principe évident prévu par le traité, alors qu'il n'en est rien, les autres dispositions qui évoquent ce principe le limitant soit à la reconnaissance des « décisions » ou « jugements »¹²⁴⁴, soit la reconnaissance des « diplômes, certificats et autres titres »¹²⁴⁵. Le « principe de reconnaissance mutuelle » en tant que tel n'est consacré nulle part par les traités de l'Union européenne ! L'étude des traités démontre donc que le principe de la reconnaissance mutuelle n'est pas directement consacré par l'Union, ce qui est d'autant plus révélateur que les traités sont clairs sur les objectifs et principes qu'ils affirment par ailleurs¹²⁴⁶.

323. Les objectifs non-économiques ne trouvent donc qu'une place limitée dans les traités au sujet de la coopération judiciaire en matière civile, seul l'accès à la justice étant expressément consacré comme objectif non-économique. L'exigence d'un vote à l'unanimité en matière familiale, ainsi que l'encadrement strict de la clause passerelle, sont aussi des indicateurs de ce que l'Union ne considère pas la matière familiale, traditionnellement sans aucun doute l'une des moins économiques du droit, comme un domaine qui requiert une intervention dynamique de l'Union. Car autrement le cadre institutionnel aurait été posé de façon plus fonctionnelle et efficace. Mais il est vrai que la liste du deuxième paragraphe de l'article 81 énonce une série de mesures qui ne peuvent être qu'artificiellement rattachées au marché intérieur et aux objectifs économiques traditionnels de l'Union. La question de leur justification et de leur objectif reste donc sans réponse si l'on s'en tient à une lecture des dispositions relatives à la coopération judiciaire en matière civile.

324. La réponse peut toutefois être trouvée ailleurs dans le traité, l'article 3, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne prévoyant que « l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est

¹²⁴³ C'est nous qui soulignons.

¹²⁴⁴ Voy. les articles 67, §§ 3 et 4 TFUE, 81, § 1 et § 2, point a) TFUE et 81, §§ 1 et 2 TFUE.

¹²⁴⁵ Voy. l'article 53 TFUE.

assurée la libre circulation des personnes ». Il en ressort donc que l'espace de liberté, de sécurité et de justice est lié à la libre circulation des personnes, laquelle est désormais un attribut du « citoyen européen »¹²⁴⁷, et non plus seulement d'un « opérateur économique »¹²⁴⁸. Et le traité de Lisbonne vient indiscutablement renforcer le statut du citoyen de l'Union, notamment à travers la reconnaissance d'une valeur juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B Le potentiel dépassement de la dimension économique de l'Union européenne : citoyenneté de l'Union et Charte des droits fondamentaux

325. Le concept de citoyenneté de l'Union est un concept dont on a rapidement remarqué qu'il « contient un potentiel puissant »¹²⁴⁹. Mais l'influence que ce concept peut avoir sur le droit international privé de la famille n'est pas facile à saisir, tant le contenu que les traités confèrent à ce concept est d'abord de nature strictement politique¹²⁵⁰. Parmi les droits couverts par la citoyenneté de l'Union figure certes, en vertu de l'article 20, deuxième paragraphe, point a) du traité sur l'Union européenne, le droit reconnu désormais à tout citoyen de circuler librement à l'intérieur de l'Union européenne. Il est tout à fait concevable que ce droit soit entravé par la non-reconnaissance d'une situation familiale valablement créée dans un autre Etat membre de l'Union, ce qui justifierait dès lors l'intervention européenne

¹²⁴⁶ Voy. notamment l'article 3 TUE.

¹²⁴⁷ Voy. notamment l'article 20, § 2, point a) TFUE, même si ce droit a déjà été instauré par le traité de Maastricht à l'article 8A, § 1, TCE.

¹²⁴⁸ Auquel était réservé le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres antérieurement au traité de Maastricht. Voy. sur ce point not. E. PATAUT, *L'invention du citoyen européen*, préc., note 124 ; et l'arrêt fondateur de la Cour de justice : *Grzelczyk*, [2001] ECLI :EU :C :2001 :458 (Cour de justice) ; et sur celui-ci not. C. JACQUESON, « Union citizenship and the Court of Justice : something new under the sun? : towards social citizenship », *European law review* 2002.260- 281.

¹²⁴⁹ M. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, coll. RCADI, n°253, Brill, Nijhoff, Leyde, 1996, spéc. p. 89.

¹²⁵⁰ Voy. l'art. 20 para. 2 TFUE :

« 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités. Ils ont, entre autres :

- a) le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ;
- b) le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ainsi qu'aux élections municipales dans l'État membre où ils résident, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;
- c) le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ;

pour garantir l'unité du statut familial¹²⁵¹. Néanmoins une analyse approfondie de la libre circulation des personnes démontre que la libre circulation des personnes semble un fondement trop faible pour justifier à lui seul l'objectif d'unité du statut familial¹²⁵². Le traité de Lisbonne a cependant donné une dimension nouvelle à la citoyenneté de l'Union, susceptible de modifier l'approche retenue, à travers la reconnaissance par l'article 6 du traité sur l'Union européenne d'une « même valeur juridique que les traités » à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

326. Il faut dès lors analyser la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour savoir quelle pourrait être l'influence de celle-ci sur l'objectif d'unité du statut familial, notamment à travers un éventuel renforcement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. A ce titre le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est particulièrement parlant, puisque la dernière phrase du deuxième paragraphe de celui-ci énonce que l'Union « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice »¹²⁵³. Cette affirmation fait donc clairement apparaître la volonté de donner une dimension nouvelle à l'Union européenne, dimension qui doit désormais être de nature non-économique, de nature humaine, puisque la personne doit être placée au cœur de l'action¹²⁵⁴. Mais cette affirmation fait également apparaître comment doit se réaliser cette nouvelle dimension politique et humaine, c'est-à-dire à travers la citoyenneté de l'Union et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Un lien est donc clairement établi entre l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la citoyenneté de l'Union. Il y a là indéniablement l'expression d'une inspiration non-économique qui pourra théoriquement servir de fondement à la construction d'une Europe plus humaine et plus politique, « politique » étant entendu ici dans une acception large du terme. Cette Union européenne politique peut alors s'intéresser au statut familial des « citoyens européens »¹²⁵⁵.

d) le droit d'adresser des pétitions au Parlement européen, de recourir au médiateur européen, ainsi que le droit de s'adresser aux institutions et aux organes consultatifs de l'Union dans l'une des langues des traités et de recevoir une réponse dans la même langue. »

¹²⁵¹ Voy. not., parmi beaucoup d'autres, A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne : contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, préc., note 1191.

¹²⁵² Cf. *infra*, n° 365 et s.

¹²⁵³ Voy. le Préambule de la Charte, § 2, 2° phrase.

¹²⁵⁴ Voy. égal. I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221, 5 ; E. PATAUT, *L'invention du citoyen européen*, préc., note 124.

¹²⁵⁵ Cf. *infra*, n° 426 et s.

327. Les droits qui sont ensuite affirmés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne consacrent néanmoins ni le principe de la reconnaissance mutuelle, ni encore moins un droit à l'unité du statut familial. La reconnaissance de ceux-ci ne pourra donc se faire que de façon indirecte ou incidente par rapport aux autres droits reconnus. Parmi ceux-ci figurent certes le respect de la vie privée et familiale¹²⁵⁶, le droit de se marier et de fonder une famille¹²⁵⁷ et la protection de la famille¹²⁵⁸, et l'on pourra se demander dans quelle mesure ces droits impliquent que le statut familial d'une personne puisse ou doive être reconnu à l'intérieur de l'ensemble de l'Union. Ces droits fondamentaux pourraient en effet constituer le noyau à partir duquel s'affirmerait un « droit à l'identité »¹²⁵⁹, qui impliquerait la reconnaissance mutuelle par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne d'un statut familial particulier créé ou reconnu par l'un d'eux. Mais l'on pourra dire alors la même chose de la liberté de circulation et de séjour, prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²⁶⁰, et qui est depuis longtemps l'un des moteurs de la construction européenne, sans pour autant entraîner la nécessité de la consécration de l'unité du statut familial, ce qui tempère dès lors le caractère novateur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur ce point. Il n'en reste pas moins que la Charte est un signe très net de la volonté de dépasser la dimension purement économique de l'Union, ce qui pourrait dès lors justifier une intervention du législateur européen dans des domaines non-économiques, y compris éventuellement familiaux. Si l'on avait cependant estimé que les principes de la reconnaissance mutuelle ou de l'unité du statut familial doivent désormais guider et justifier l'action de l'Union européenne, il eût certainement été préférable de consacrer plus clairement l'un ou l'autre de ces principes¹²⁶¹.

¹²⁵⁶ Article 7 de la Charte (Respect de la vie privée et familiale) :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

¹²⁵⁷ Article 9 de la Charte (Droit de se marier et droit de fonder une famille) :

« Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

¹²⁵⁸ Article 33, 1. de la Charte : « La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. »

¹²⁵⁹ Sur lequel, voy. not. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620, spéc. p. 114- 130.

¹²⁶⁰ Article 45 de la Charte (Liberté de circulation et de séjour) :

« 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. »

¹²⁶¹ La proposition en a d'ailleurs été faite, dès 2003, sur base du constat de la « forme défectueuse » de la « disposition mal placée » de l'article 65 TCE, qui aurait dû « trouver place à proximité des dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union », pour tenir compte des « liens étroits [entretenu par le droit international privé de la famille] avec la citoyenneté de l'Union et les droits de circulation et de séjour sur le territoire des Etats membres qui y sont attachés » ; P.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, préc., note 1220, spéc. p. 295- 313 et 455- 456.

328. On reste donc un peu sceptique à la lecture des textes fondamentaux sur le dépassement de la nature économique de l'Union et le rôle que doit jouer à ce titre l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Tantôt en effet les textes mettent en avant le changement profond d'approche qui doit résulter de et que doit exprimer la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, corollaire de la citoyenneté de l'Union et de la dimension humaine de l'action de l'Union européenne, tantôt ces mêmes textes donnent à cet espace une dimension nettement économique. Il n'en reste pas moins que ces dispositions ont été le point de départ de projets politiques qui font clairement de l'objectif d'unité du statut familial un des objectifs poursuivis par l'Union, et ce malgré le caractère incertain des indications données par les traités sur ce sujet.

Section 2 La promotion de l'objectif dans la mise en œuvre des traités

329. Les autorités de l'Union européenne ont nettement intégré l'objectif d'unité du statut familial parmi les objectifs poursuivis par leurs actions, tout en limitant pour le moment clairement leur action au domaine du droit international privé. Les divers programmes stratégiques relatifs à l'établissement progressif de l'espace de liberté, de sécurité et de justice consacrent en effet assez clairement cet objectif (I). Le droit dérivé élaboré sous l'impulsion de ces programmes n'aboutit cependant qu'à des résultats mitigés, puisque l'objectif d'unité du statut familial n'y est consacré que de façon inachevée et incomplète (II).

I L'affirmation progressive de l'objectif d'unité du statut familial par les programmes stratégiques

330. Les programmes pluriannuels relatifs à l'élaboration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice se succèdent à un rythme quinquennal depuis 1999. Les trois programmes stratégiques adoptés ont dès lors la particularité d'avoir tous été conçus en contemplation d'un cadre normatif différent, traité d'Amsterdam pour le programme de Tampere¹²⁶², traité établissant une Constitution pour l'Europe, malgré sa non ratification, pour

¹²⁶² Issu des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999. Ce programme précise :
« 2. [...] Le pari du traité d'Amsterdam est de veiller maintenant à ce qu'il soit possible de jouir de la liberté, qui comprend le droit de circuler librement dans toute l'Union, dans des conditions de sécurité et de justice accessibles à tous. »

le programme de La Haye¹²⁶³, traité de Lisbonne pour le programme de Stockholm¹²⁶⁴. Le traité de Lisbonne a quant à lui créé un cadre institutionnel qui met fin au caractère informel des programmes stratégiques¹²⁶⁵. L'agenda politique est ainsi désormais marqué par deux documents de programmation, un premier élaboré sous l'égide de la Commission, « l'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union »¹²⁶⁶, et un second, le programme « post-Stockholm », pris par le Conseil, sous forme très sommaire de « conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice et certaines questions horizontales connexes »¹²⁶⁷. Ces programmes laissent apparaître une volonté croissante de la part des institutions européennes de consacrer une unité du statut familial au sein de l'ensemble de l'Union européenne. Cette volonté apparaît surtout, même si ce n'est pas le seul élément, à travers l'extension souhaitée de la reconnaissance mutuelle à des situations extrajudiciaires, voire même directement au statut civil et familial des personnes, le tout dans le cadre et en vue de l'édification de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces programmes stratégiques s'accompagnent en outre de plans d'action visant à les mettre en œuvre¹²⁶⁸, et de bilans évaluant les progrès réalisés dans l'exécution des programmes¹²⁶⁹. L'analyse des programmes et des textes les accompagnant fait alors apparaître un constant affinement de

¹²⁶³ Adopté lors du Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 (COM(2005) 184 final, JO C 236 du 24.9.2005). Il précise (à la p.2) :

« [Le programme de La Haye] fait siennes les ambitions énoncées dans le traité établissant une constitution pour l'Europe, et il contribue à préparer l'Union à l'entrée en vigueur de ce texte. » puis plus loin « Le traité établissant une constitution pour l'Europe [...] a servi de référence pour ce qui est de l'ambition du projet ».

¹²⁶⁴ Adopté lors du Conseil européen de Bruxelles des 10 et 11 décembre 2009 (JO C 115 du 4.5.2010, p. 1-38) Il précise :

« Les institutions européennes devraient recourir à toutes les possibilités qu'offre le traité de Lisbonne de renforcer l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice pour le bien des citoyens de l'Union européenne ».

¹²⁶⁵ Le traité de Lisbonne a ainsi institutionnalisé la pratique des programmes stratégiques à l'article 68 TFUE, prévoyant que « le Conseil européen définit les orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

¹²⁶⁶ COM/2014/0144 final.

¹²⁶⁷ 2014/C 240/05, JOUE du 24.7.2014, C 240/13. Voy. sur celui-ci not. R. WAGNER, « Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt? », *IPRax* 2014.469- 473.

¹²⁶⁸ Voy. le plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union européenne (JO C 198 du 12.8.2005) et le plan d'action « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010, COM(2010) 171 final ; sur le plan d'action concernant le programme de La Haye, voy. not. R. WAGNER, « Die zivil(-verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Haager Programm », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005.494- 496.

¹²⁶⁹ Voy. not. la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », Bruxelles, le 2.6.2004, COM (2004) 401 final.

l'objectif d'unité du statut familial, dont l'affirmation restait prudente sous le programme de Tampere (A), pour devenir plus ambitieuse sous le programme de La Haye (B) et d'aboutir sous le programme de Stockholm (C). Le programme « post-Stockholm » laisse cependant apparaître un essoufflement certain de cette dynamique vers un approfondissement constant de l'objectif d'unité du statut familial (D).

A L'apparition de l'objectif d'unité du statut familial sous le programme de Tampere

331. Le programme de Tampere prévoit ainsi que « le citoyen ne peut jouir de la liberté que dans un véritable espace de justice, où chacun peut s'adresser aux tribunaux et aux autorités de tous les Etats membres aussi facilement qu'il le ferait dans son propre pays »¹²⁷⁰, faisant donc de l'accès à la justice une des clés de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce fondement, d'ailleurs en lui-même insuffisant¹²⁷¹, n'est cependant pas mis en lien avec les questions familiales, ce qui permet de l'écarter au regard de l'éventuelle consécration de l'objectif d'unité du statut familial. Le programme poursuit dès lors, d'une part, que « les jugements et décisions doivent être respectés et exécutés dans l'ensemble de l'Union »¹²⁷², ce qui fait clairement apparaître l'objectif de la reconnaissance mutuelle, mais cantonné au domaine des jugements et décisions, d'autre part, qu'« il faut aussi préserver la sécurité juridique fondamentale des particuliers »¹²⁷³, ce qui permet de dépasser la dimension judiciaire de l'objectif de reconnaissance mutuelle. Le programme de Tampere ne se limite en outre pas seulement à l'affirmation d'un objectif de reconnaissance, puisqu'il prévoit qu'« il convient d'arriver à une meilleure compatibilité et à une convergence accrue entre les systèmes juridiques des Etats membres »¹²⁷⁴, notamment parce que « dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des Etats membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers [...] d'exercer leurs droits »¹²⁷⁵.

¹²⁷⁰ Voy. le point 5 du programme de Tampere.

¹²⁷¹ Cf. *infra*, n° 404 et s.

¹²⁷² Voy. le point 5 du programme de Tampere.

¹²⁷³ *Ibid.*

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ Voy. le point 28 du programme de Tampere.

332. La reconnaissance mutuelle appliquée aux décisions judiciaires reste cependant la préoccupation principale, exclusive en ce qui concerne le lien fait avec les questions familiales, du programme de Tampere. Sous son chapitre VI, consacré à cette question, le programme énonce effectivement que « le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne ». Dès lors, « le Conseil européen approuve donc le principe de reconnaissance mutuelle, qui, selon lui, devrait devenir *la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière [...] civile [...] au sein de l'Union* »¹²⁷⁶. L'ambition reste néanmoins limitée, puisque ce « principe devrait s'appliquer tant aux jugements qu'aux autres décisions émanant des autorités judiciaires »¹²⁷⁷, ce qui cantonne donc cette méthode au domaine de la reconnaissance des décisions, sans l'étendre à la reconnaissance généralisée des situations familiales. Cela explique que les mesures prévues en matière familiale restent limitées d'abord à la facilitation de la reconnaissance des décisions judiciaires et la suppression de l'*exequatur*. Le programme prévoit ainsi que « dans un premier temps, il conviendrait de supprimer ces procédures intermédiaires [qui sont encore requises pour permettre la reconnaissance et l'exécution d'une décision ou d'un jugement dans l'Etat requis] pour certains jugements concernant des litiges relevant du droit de la famille (par exemple, les créances alimentaires et les droits de visite) »¹²⁷⁸, afin que « ces décisions [soient] automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution »¹²⁷⁹. Comme seule mesure d'accompagnement de ce programme de reconnaissance des décisions judiciaires est alors prévue « la fixation de normes minimales pour certains aspects de procédure civile »¹²⁸⁰, ce qui prouve la prudence et la retenue avec lesquelles les instances européennes appréhendaient initialement la coopération judiciaire en matière civile.

333. Le plan d'action de Vienne¹²⁸¹, qui accompagne le programme de Tampere, tout en lui étant antérieur, laisse aussi apparaître la volonté de l'Union de dépasser sa dimension purement économique, ce qui peut dès lors justifier une intervention en d'autres

¹²⁷⁶ Voy. le point 33 du programme de Tampere, c'est nous qui soulignons.

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ Voy. le point 34 du programme de Tampere.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ *JO C 19/1* du 23.1.1999.

matières, y compris la matière familiale. Ce plan affirme en effet que « la liberté au sens de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne reste un objectif fondamental du traité, auquel les mesures d'accompagnement liées au concept de sécurité et de justice doivent apporter une contribution indispensable [...]. Cependant, le traité d'Amsterdam vise aussi à donner au terme "liberté" un sens qui va au-delà de la libre circulation des personnes entre les Etats membres »¹²⁸². Dans l'absolu, les instances de l'Union voudraient aller très loin, « l'ambition [étant] de donner aux citoyens un sentiment commun de justice dans toute l'Union européenne »¹²⁸³. En ce qui concerne la coopération judiciaire en matière civile, dont le « renforcement [...] représente une étape fondamentale dans la création d'un espace judiciaire européen au bénéfice tangible du citoyen de l'Union européenne [...] des principes tels que la sécurité juridique et l'égalité d'accès à la justice devraient être un objectif essentiel, ce qui implique une identification facile de la juridiction compétente, une indication claire du droit applicable, l'existence de jugements rapides et équitables et des procédures efficaces d'exécution »¹²⁸⁴. Le plan d'action comporte donc un objectif d'unité du statut familial « en germes », puisqu'il se réfère à la sécurité juridique en lien avec la possibilité de prévoir des règles communes de conflit de lois, ce qui implique nécessairement que la solution rendue dans un litige familial serait théoriquement identique pour l'ensemble des Etats membres de l'Union, ce dont résulterait une parfaite unité du statut familial des personnes. Ce plan d'action reste cependant plus modeste quant à la réalisation de cet objectif, se contentant d'énoncer que « l'objectif est de simplifier la vie des citoyens européens [...] en encourageant la compatibilité des règles relatives aux conflits de lois et des règles sur la compétence judiciaire et en éliminant les obstacles au bon fonctionnement des actions civiles dans un espace judiciaire européen »¹²⁸⁵. La formule est évidemment inspirée de la formulation de l'article 65 TCE alors en vigueur, ce qui limite à première vue l'action du législateur européen. Néanmoins le plan d'action de Vienne dépasse cette modestie formelle, puisqu'il comprend parmi les mesures à terme de cinq ans l'examen de la possibilité d'élaborer un instrument juridique sur la loi applicable au divorce, un modèle de médiation comme moyen de résoudre les conflits familiaux, et un instrument sur la compétence internationale, sur la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements relatifs aux régimes matrimoniaux et aux successions¹²⁸⁶. Dans les réalisations concrètes proposées, le plan d'action de Vienne

¹²⁸² Voy. le point 6 du plan d'action de Vienne.

¹²⁸³ Voy. le point 15 du plan d'action de Vienne.

¹²⁸⁴ Voy. le point 16 du plan d'action de Vienne.

¹²⁸⁵ Voy. le point 39 du plan d'action de Vienne.

¹²⁸⁶ Voy. le point 41 a), b) et c) du plan d'action de Vienne.

cherche donc à dépasser le seul objectif de la reconnaissance des décisions, puisqu'il s'agit d'avoir également des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois communes, ce qui de fait créerait une unité du statut familial dans les domaines couverts, à savoir la désunion du couple, les successions et les régimes matrimoniaux.

334. Ce plan d'action de Vienne a ensuite été suivi le 30 novembre 2000, conformément à ce qui a été prévu lors de la réunion du Conseil de Tampere de 1999, d'un programme de mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale¹²⁸⁷. Ce programme de mesures constate que la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle « a eu à ce jour une portée limitée »¹²⁸⁸, mentionnant comme l'une des deux raisons essentielles le fait que « de nombreux domaines relevant du droit privé sont exclus des instruments en vigueur, [comme] par exemple [l]es situations familiales nées de relations autres que le mariage, [l]es régimes matrimoniaux et [l]es successions »¹²⁸⁹. Le programme énonce plus loin que « c'est essentiellement dans le domaine du droit de la famille que des progrès sont nécessaires »¹²⁹⁰, ce qui est alors justifié, au sujet par exemple des conséquences économiques de la désunion du couple, par « l'intérêt majeur » que présentent « de toute évidence » ces effets pour la réalisation de l'espace judiciaire européen¹²⁹¹. Concernant les mesures à prendre, le programme sur la mise en œuvre se concentre cependant sur les questions relatives au conflit de juridictions, ne mentionnant le conflit de lois qu'à la marge. Il prévoit d'ailleurs qu'« il ne préjuge en rien des travaux qui seront entrepris dans d'autres domaines relatifs à la coopération judiciaire en matière civile, notamment en matière de conflit de lois »¹²⁹², tout en affirmant que « les mesures relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois [...] contribuent [...] à faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions »¹²⁹³, appréciation confirmée plus loin au sujet de l'« amélioration de la coopération judiciaire dans sa globalité »¹²⁹⁴. L'harmonisation des règles de conflit de lois est donc envisagée, ce qui dépasse déjà le cadre posé par l'article 65 TCE qui ne mentionne que les mesures facilitant la compatibilité des règles de conflit de lois, mais seulement en tant que « mesure

¹²⁸⁷ Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale (*JO C 12* du 15.1.2001, p. 1–9).

¹²⁸⁸ P. 2 du programme.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ P. 3 du programme.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² P. 2 du programme.

¹²⁹³ *Ibid.*

d'accompagnement » afin d'atteindre un « degré de reconnaissance mutuelle » comparable à celui atteint par les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II », puis « d'aller au-delà »¹²⁹⁵. La reconnaissance mutuelle intègre donc l'objectif d'unité du statut familial à travers l'harmonisation des règles de conflit de lois en matière familiale, dont l'importance est soulignée, mais comme faisant partie d'un « au-delà » qui reste encore à atteindre.

335. Le bilan du programme de Tampere¹²⁹⁶ fait apparaître des résultats concrets très en deçà de l'ambition initiale du projet, et plus proche des indications qui résultaient des traités. Le constat tiré est en effet que « le degré d'ambition initiale a été limité par des contraintes d'ordre institutionnel, mais parfois aussi par un consensus politique insuffisant »¹²⁹⁷, et que par conséquent « la politique des petits pas a été la seule alternative possible pour progresser »¹²⁹⁸. La « politique des petits pas » est donc assumée par les instances de l'Union européenne, encore qu'il faut se demander si elle ne correspond pas en réalité à une « stratégie subreptice d'intégration » menée sous le couvert de la notion de citoyenneté de l'Union¹²⁹⁹. Cette politique n'empêche en effet pas les institutions de l'Union de faire preuve de plus de volontarisme, puisque le même bilan prévoit aussi que « les efforts devront se concentrer sur les domaines où il n'existe pas encore de règles européennes sur la reconnaissance mutuelle (par exemple les conséquences patrimoniales de la séparation des couples mariés et non mariés, ou les successions et les testaments) »¹³⁰⁰, qu'« en outre, de nouveaux instruments en matière de reconnaissance mutuelle, qui ne figuraient pas dans le programme initial, pourraient se révéler nécessaires »¹³⁰¹, puis finalement et surtout qu'« *il pourrait s'avérer opportun de faciliter la reconnaissance mutuelle dans de nouveaux domaines comme, par exemple, le statut civil des personnes, les relations familiales ou civiles entre personnes physiques (partenariats) ou encore la filiation* »¹³⁰². Autrement dit, la volonté d'appliquer la méthode de la reconnaissance mutuelle aux « relations familiales ou civiles entre personnes physiques » est ouvertement affichée, et ce de façon paradoxale dans le même

¹²⁹⁴ P. 6 du programme.

¹²⁹⁵ P. 5 du programme.

¹²⁹⁶ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen ; Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, Bruxelles, le 2.6.2004, COM (2004) 401 final.

¹²⁹⁷ Voy. le point 1.1 *in fine* du bilan du programme de Tampere.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ P. MAGNETTE, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, spéc. p. 133 et s.

¹³⁰⁰ Voy. le point 2.7 du bilan du programme de Tampere.

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² *Ibid.*, c'est nous qui soulignons.

texte que celui qui avait constaté les difficultés institutionnelles et politiques empêchant de faire avancer la reconnaissance mutuelle autrement que par une politique des petits pas. Cette formule n'en reste pas moins conforme à la volonté de construire un espace judiciaire européen, qui implique que « l'une des premières priorités devra être de continuer et approfondir les travaux prévus par le programme de reconnaissance mutuelle »¹³⁰³ en vue de garantir l'efficacité du principe de reconnaissance mutuelle, lequel a été « placé au cœur de la construction européenne en ce domaine »¹³⁰⁴. La reconnaissance mutuelle doit donc s'étendre désormais aux situations familiales dans leur généralité, sans que ces dernières ne doivent nécessairement découler d'une décision judiciaire, même si ce dernier aspect continue d'être primordial aux yeux des instances de l'Union, y compris au regard de « l'exécution proprement dite des décisions judiciaires »¹³⁰⁵.

336. Le programme de Tampere, les deux plans d'action l'accompagnant et le bilan de ce programme mettent donc en lumière l'importance que l'Union européenne attache à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en vue d'une « Europe pour les citoyens »¹³⁰⁶, et le rôle primordial que doit jouer à cet égard la reconnaissance mutuelle, dont le prolongement naturel est, comme nous le verrons¹³⁰⁷, l'unité du statut familial. Le bilan de Tampere souligne ainsi à quel point « la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice représente un objectif politique majeur et l'un des défis les plus importants que [l'Union européenne doit] relever »¹³⁰⁸. Cette ambition initiale a assez logiquement été confirmée par le programme stratégique pluriannuel suivant, à savoir le programme de La Haye de 2004, dont l'objectif est de renforcer l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

¹³⁰³ Voy. le point 2.7 du bilan du programme de Tampere.

¹³⁰⁴ Voy. le point 2.6 du bilan du programme de Tampere.

¹³⁰⁵ Voy. le point 2.7 du bilan du programme de Tampere.

¹³⁰⁶ Voy. le point 3 du programme de La Haye.

¹³⁰⁷ Cf. *infra*, n° 419 et s. et n° 426 et s.

¹³⁰⁸ Voy. le point 3 du bilan du programme de Tampere (p. 17). Le bilan souligne également à l'égard de la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice que « l'Union doit continuer à faire preuve pour l'atteindre d'un degré d'ambition et de détermination comparable à celui démontré pour l'achèvement du marché intérieur » (*ibid.*).

B L'affinement de l'objectif d'unité du statut familial sous le programme de La Haye

337. Le programme de La Haye visant à « renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne »¹³⁰⁹ se veut une incitation à relancer, approfondir et étendre la reconnaissance mutuelle. Il fait suite à un bilan du programme de Tampere certes en dessous des ambitions initiales, mais tout de même positif du point de vue de la reconnaissance mutuelle en matière de droit de la famille, notamment grâce à l'adoption des règlements Bruxelles II et Bruxelles II *bis*¹³¹⁰. Ce programme s'accompagne d'un plan d'action détaillant les mesures à prendre et leur calendrier d'adoption¹³¹¹, ainsi que d'une évaluation annuelle de sa mise en œuvre qui a donné lieu à un bilan d'ensemble¹³¹².

338. Le programme de la Haye prévoit de « faire progresser la reconnaissance mutuelle des décisions et des certificats judiciaires en matière [...] civile [...], et de supprimer les obstacles législatifs et judiciaires au règlement des litiges relevant du droit civil ou familial qui présentent des éléments transfrontières »¹³¹³. L'importance de la matière familiale est donc de nouveau mise en exergue, et ce dans le cadre du « rôle essentiel que jouera [...] la mise en place d'un espace européen de justice [à l'égard de la création d'une Europe pour les citoyens] ». Le but est dès lors de « renforcer la justice », ce qui implique que « des efforts supplémentaires devraient être consentis pour faciliter l'accès à la justice et la coopération judiciaire, *ainsi que la pleine utilisation de la reconnaissance mutuelle* »¹³¹⁴. A cette fin « il importe tout particulièrement que les frontières entre les pays européens ne constituent plus un obstacle au règlement des litiges civils ni à l'engagement de procédures judiciaires ou à l'exécution des décisions en matière civile »¹³¹⁵, autrement dit, il faut aboutir à une situation

¹³⁰⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2005 – « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » (COM(2005) 184 final, JO C 236 du 24.9.2005). Sur ce programme voy. not. : R. WAGNER, « Die Aussagen zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Haager Programm », *IPRax*, 2005, p. 66 et s..

¹³¹⁰ Sur lesquels, cf. *infra*, n° 349 et s.

¹³¹¹ « Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en oeuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne » (JO C 198 du 12.8.2005) ; sur ce plan d'action, voy. not. : R. WAGNER, *Die zivil(-verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Haager Programm*, préc., note 1280.

¹³¹² « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Justice, liberté et sécurité en Europe depuis 2005 : Evaluation du programme et du plan d'action de La Haye », Bruxelles, le 10.6.2009 (COM(2009) 263 final).

¹³¹³ Voy. le paragraphe I du programme de La Haye.

¹³¹⁴ Voy. le paragraphe III, point 3, du programme de La Haye ; c'est nous qui soulignons.

¹³¹⁵ *Ibid.*

comparable à celle où les frontières n'existeraient plus. Le programme prévoit ensuite au titre des mesures générales à prendre de développer la coopération judiciaire en matière civile « en renforçant la confiance mutuelle [et] en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des États membres et sur l'unité par le droit européen »¹³¹⁶. Le droit civil, « y compris le droit de la famille »¹³¹⁷, en ce qu'il « touche la vie quotidienne des citoyens »,¹³¹⁸ est alors un domaine auquel le Conseil européen « attache une grande importance »¹³¹⁹, et comme « la reconnaissance mutuelle des décisions constitue un moyen concret de protéger les droits des citoyens et d'en garantir l'application par-delà les frontières en Europe, [...] la poursuite de la mise en œuvre du programme de mesures en matière de reconnaissance mutuelle doit constituer une priorité essentielle dans les années à venir »¹³²⁰. Le programme prévoit alors les mesures très ambitieuses que l'Union projette d'adopter en matière de droit de la famille, preuve là aussi de l'importance attachée au droit de la famille.

¹³¹⁶ Voy. le paragraphe III, point 3.2, du programme de La Haye. La formule est belle, sans doute trop belle pour être vraie. Nous verrons en effet que l'Union européenne a encore de grandes difficultés à assumer la diversité de législations au sein de ses États membres ; cf. *infra*, n° 450 et s., sur l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux.

¹³¹⁷ Voy. le paragraphe III, point 3.4.1, du programme de La Haye.

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ *Ibid.*

¹³²⁰ Voy. le paragraphe III, point 3.4.2, du programme de La Haye.

Ainsi, « concernant le droit de la famille et le droit des successions, la Commission est invitée à présenter les propositions suivantes:

- *en 2005, un projet d'instrument sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, notamment les mesures conservatoires et l'exécution provisoire;*
- *en 2005, un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de successions, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire, de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution des décisions dans ce domaine, d'un certificat d'hérédité européen et d'un mécanisme permettant de savoir avec précision si un résident de l'Union européenne a laissé des dernières volontés ou un testament;*
- *en 2006, un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle;*
- *en 2005, un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de divorce (Rome III). »¹³²¹*

339. Ces mesures sont en outre accompagnées d'un calendrier lui aussi ambitieux, puisque « les instruments dans les domaines précités devraient être achevés pour 2011 »¹³²². Le programme prévoit par ailleurs la possibilité d'harmoniser des règles de droit matériel, même si ces « règles de droit matériel uniforme ne devraient être introduites qu'en tant que mesure d'accompagnement, lorsque cela est nécessaire pour concrétiser la reconnaissance mutuelle des décisions ou pour améliorer la coopération judiciaire en matière civile »¹³²³. Le programme comporte donc un renforcement considérable de l'objectif d'unité du statut familial, le législateur européen faisant preuve d'une attention particulière portée à l'égard des questions concernant le droit de la famille.

340. L'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye¹³²⁴ rappelle ensuite que « la reconnaissance mutuelle constitue la clef de voûte de la coopération judiciaire »¹³²⁵ et estime que « l'Union européenne a réalisé des progrès considérables dans ce domaine, tant au niveau législatif qu'au niveau opérationnel »¹³²⁶. Il s'agit là cependant d'une affirmation – délibérément ? – trompeuse, car donnant une appréciation déformée et orientée des faits, du

¹³²¹ *Ibid.*

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ « Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Justice, liberté et sécurité en Europe depuis 2005 : Evaluation du programme et du plan d'action de La Haye », Bruxelles, le 10.6.2009, COM(2009) 263 final.

¹³²⁵ Voy. le point III.3.3 de l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye, p. 13.

moins en matière familiale. Le bilan se réjouit ainsi au titre de la facilitation des procédures de droit civil par-delà les frontières de l'adoption d'« un nouveau règlement en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale »¹³²⁷, pourtant adopté et entré en vigueur avant le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004 au cours duquel a été adopté le programme de La Haye¹³²⁸. Le succès de ce règlement n'est donc pas à attribuer au programme de La Haye, mais au programme de Tampere. Sous le programme de La Haye a certes été adopté le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires¹³²⁹, mais le bilan ne mentionne pas l'échec de la proposition visant à introduire des règles de conflit de lois en matière de désunion du couple¹³³⁰. Bien au contraire, le bilan reste optimiste quant à l'aboutissement de cette proposition, alors que l'impossibilité de trouver un accord unanime au Conseil avait déjà été constatée en 2008¹³³¹. Le bilan se félicite aussi de « la mise en œuvre d'une stratégie et d'un plan d'action européens en matière d'e-Justice »¹³³², grâce à laquelle « les citoyens de l'Union européenne auront accès aux informations sur les services fournis dans l'espace européen de justice »¹³³³ et qui devait déboucher sur la mise en place d'un site Internet consacré à l'échange d'informations juridiques relatives au droit des Etats membres, accessibles dans toutes les langues de l'Union européenne. Ce site, le « portail e-Justice européen » a effectivement été créé, et il constitue désormais un outil fort utile¹³³⁴. Malheureusement, tel n'a toujours pas été le cas dans le passé¹³³⁵, ce qui était d'autant plus regrettable que les moyens budgétaires mis en œuvre afin de promouvoir la justice civile au sein de l'Union européenne étaient et sont loin d'être négligeables, l'enveloppe financière

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ Voy. le point III.3.2 de l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye, p. 13.

¹³²⁸ Le règlement Bruxelles II *bis* auquel l'évaluation fait référence a en effet été adopté le 27 novembre 2003 et publié au Journal officiel du 23 décembre 2003...

¹³²⁹ Règlement (CE) n° 4/2009 sur les obligations alimentaires du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Sur celui-ci, voy. not. F. BARTL, *Die neuen Rechtsinstrumente zum IPR des Unterhalts auf internationaler und europäischer Ebene*, Mohr Siebeck, 2012.

¹³³⁰ Le règlement Rome III n'a en effet pu aboutir que sous la forme d'une coopération renforcée, et sans modifier le règlement Bruxelles II *bis*, alors que la révision de ce dernier règlement était aussi prévue.

¹³³¹ Voy. le communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne du 5 juin 2008, 9956/08 (Presse 146), spéc. p. 22.

¹³³² Voy. le point III.3.3 de l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye, p. 13.

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ <https://e-justice.europa.eu/>

¹³³⁵ Nous avons ainsi effectué une recherche sur le droit du divorce en France en septembre 2010, et le site, qui indiquait qu'il avait été mis à jour le 30 juillet 2004, faisait encore état du droit français antérieur à la réforme résultant de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce. Le suivi du site était donc à l'époque manifestement insuffisant. Le site est désormais à jour sur ce point. Il est cependant à espérer que dorénavant les modifications législatives sont régulièrement mises à jour et les informations fiables. Cette fiabilité est d'autant plus nécessaire que ce travail auprès des citoyens, qui correspond à un vrai « service public », ne doit pas conduire la Commission à rendre en réalité un très mauvais service aux citoyens, en leur distillant de fausses informations, émanant qui plus est d'une source que les citoyens réputeront digne de confiance.

pour la période 2007-2013 se chiffant à la bagatelle de 109 300 000 EUR¹³³⁶, tandis que le programme « justice » pour la période 2014-2020, qui concerne aussi bien la justice civile que la justice pénale, est doté d'un budget de 377 604 000 EUR¹³³⁷.

341. Le bilan du programme de La Haye fait donc apparaître que les instances de l'Union européenne continuent de faire de la reconnaissance mutuelle la question centrale, tantôt qualifiée de « pierre angulaire »¹³³⁸, tantôt de « clef de voûte »¹³³⁹, de la coopération judiciaire en matière civile. Les réalisations concrètes obtenues restent cependant, malgré des progrès tangibles, en deçà des ambitions initiales, notamment en raison du besoin d'unanimité requis pour l'adoption d'un instrument européen en matière de droit de la famille, prévu par l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce qui a donc poussé les autorités de l'Union à vouloir poursuivre les efforts entamés par le programme stratégique suivant, le programme de Stockholm.

C La consolidation de l'objectif d'unité du statut familial par le programme de Stockholm

342. Le programme de Stockholm sur « une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » des 10 et 11 décembre 2009¹³⁴⁰, tout en poursuivant les efforts en matière de construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, est aussi le premier programme stratégique qui doit tenir compte de la nécessité de respecter les droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette

¹³³⁶ Décision n° 1149/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 septembre 2007 établissant pour 2007-2013 le programme spécifique Justice civile dans le cadre du programme général Droits fondamentaux et justice (*JO L 257 du 3.10.2007, p. 16-22*); Enveloppe qui fait en outre partie d'un programme « Droits fondamentaux et justice » dont le budget global a été fixé pour la même période à 542 000 000 EUR au total; voyez égal. sur ce point l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye (point III.5, p. 14).

¹³³⁷ Voy. l'art. 8 du règlement (UE) n° 1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020 (*JO L 354 du 28.12.2013, p. 73-83*). A ce budget doit être ajouté celui alloué au programme « Droits, égalité et citoyenneté », d'un montant, pour la période 2014-2020, de 439 473 000 EUR (Art. 7 du règlement (UE) n° 1381/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Droits, égalité et citoyenneté » pour la période 2014-2020 (*JO L 354 du 28.12.2013, p. 62-72*). Sur l'ensemble des données budgétaires, voy. le site Internet de la Direction générale du Budget de la Commission (notamment la page dédiée au cadre financier pluriannuel 2014-2020 : http://ec.europa.eu/budget/mff/index_fr.cfm).

¹³³⁸ Voy. le point 33 du programme de Tampere.

¹³³⁹ Voy. le point III.3.3 de l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye.

¹³⁴⁰ « Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens » (*JO C 115 du 4.5.2010, p. 1-38*); sur ce programme, voy. not. R. WAGNER, « Die politischen Leitlinien zur justiziellen

nécessité est rappelée par le programme, et celui-ci estime que la nature de l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit être adaptée en conséquence. Le programme prévoit ainsi que « la citoyenneté européenne doit devenir une réalité tangible »¹³⁴¹ et qu'à cette fin « l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit être avant tout un espace unique de protection des droits fondamentaux »¹³⁴². De cette nécessité pourrait découler un développement considérable de l'objectif d'unité du statut familial, à partir du moment où celui-ci intègre un droit fondamental à la reconnaissance du statut familial créé dans un autre Etat membre de l'Union européenne¹³⁴³. Le programme de Stockholm a conscience de cette potentialité, mais reste très prudent quant à sa réalisation. La priorité en matière d'« Europe du droit et de la justice »¹³⁴⁴ est la mise en place de « mécanismes pour faciliter l'accès à la justice afin que les citoyens puissent faire valoir leurs droits partout dans l'Union »¹³⁴⁵ et la mobilisation « des moyens pour supprimer les entraves à la reconnaissance des actes juridiques dans d'autres États membres »¹³⁴⁶. La reconnaissance doit donc certes être étendue aux « actes juridiques » pour ne plus se limiter aux « décisions », mais ce n'est qu'« à long terme »¹³⁴⁷ que l'on « pourrait éventuellement étudier si la reconnaissance mutuelle des effets attachés aux actes d'état civil pourrait être opportune, au moins dans certains domaines »¹³⁴⁸. Il n'en reste pas moins que la reconnaissance mutuelle devrait être « étendue à des domaines encore non couverts mais essentiels pour la vie quotidienne tels que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples »¹³⁴⁹, ce qui souligne donc l'importance qu'a le droit de la famille aux yeux des instances européennes. A ce titre « le processus de suppression de toutes les mesures intermédiaires (l'*exequatur*) devrait se poursuivre pendant la période couverte par le programme de Stockholm »¹³⁵⁰ ce qui doit s'accompagner d'une série de « garanties »¹³⁵¹, c'est-à-dire par exemple de « mesures relatives tant au droit procédural qu'aux règles de conflit de lois »¹³⁵². En outre, « le processus d'harmonisation des règles de conflit de lois au niveau de l'Union devrait également se

Zusammenarbeit in Zivilsachen im Stockholmer Programm », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010.97- 100.

¹³⁴¹ Voy. le point 1.1 du programme de Stockholm.

¹³⁴² *Ibid.*

¹³⁴³ Nous reviendrons évidemment plus longuement sur ce point ; cf. *infra*, n° 419 et s. et n° 426 et s.

¹³⁴⁴ Voy. le point 1.1 du programme de Stockholm.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ Voy. le point 3.1.2 du programme de Stockholm.

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ *Ibid.*

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² *Ibid.*

poursuivre dans les domaines où cette harmonisation est nécessaire, tels que la séparation et le divorce »¹³⁵³. L'harmonisation des règles de conflit de lois est par ailleurs envisagée, « en tant que de besoin »¹³⁵⁴, comme un moyen d'abolir les « obstacle[s] au règlement des litiges civils [ou] à l'engagement de procédures judiciaires ou à l'exécution des décisions en matière civile »¹³⁵⁵.

343. Il ressort donc de l'étude du programme de Stockholm que d'un côté la reconnaissance mutuelle doit s'étendre à l'harmonisation des règles de conflit de lois en matière familiale, ce qui laisse entendre que l'unité du statut familial est un objectif clairement assumé par les autorités de l'Union, mais que d'un autre côté cette reconnaissance mutuelle ne vise pas ouvertement la reconnaissance généralisée des situations familiales, mais seulement l'abolition de l'*exequatur*, la facilitation de l'accès à la justice et l'exécution des décisions. L'insertion de l'affirmation qu'« à long terme » la reconnaissance mutuelle doit s'étendre aux effets des actes d'état civil laisse cependant entrevoir que les objectifs immédiats avancés pour justifier la reconnaissance mutuelle ne doivent être qu'une mesure intermédiaire amenant et justifiant une extension plus importante de cette méthode. L'importance de la méthode de la reconnaissance mutuelle est en outre renforcée par le plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm¹³⁵⁶, qui affirme que « l'espace judiciaire européen et le bon fonctionnement du marché unique reposent sur le principe fondamental de la reconnaissance mutuelle »¹³⁵⁷. Ce principe est ensuite directement relié au droit à la libre circulation des citoyens. Ainsi, « le droit de l'Union peut faciliter la mobilité et permettre aux citoyens d'exercer pleinement leur droit à la libre circulation »¹³⁵⁸ ce qui « pour les couples internationaux [...] peut réduire le stress inutile en cas de divorce ou de séparation et supprimer l'insécurité juridique actuelle pour les enfants et leurs parents dans les situations transfrontalières »¹³⁵⁹. Ce droit de l'Union doit aussi « permettre de supprimer les obstacles à la reconnaissance des actes juridiques et *conduire à la reconnaissance mutuelle des effets*

¹³⁵³ *Ibid.*

¹³⁵⁴ Voy. le point 3.2.2 *in fine* du programme de Stockholm.

¹³⁵⁵ Voy. le point 3.2.2 du programme de Stockholm.

¹³⁵⁶ Plan d'action « Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens » – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 avril 2010, COM(2010) 171 final du 20.4.2010, non publiée au Journal officiel).

¹³⁵⁷ Voy. le point 4 du plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm, p. 4.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

attachés aux actes d'état civil »¹³⁶⁰. Il y a là une autre illustration, particulièrement forte, de l'attachement des instances de l'Union européenne à l'objectif d'unité du statut familial à travers la reconnaissance des effets attachés aux actes d'état civil en matière familiale. En outre, le fait de rattacher cet objectif au principe de la libre circulation des personnes est un argument plaidant en faveur d'une approche généralisante de la question, car cela placerait la méthode de la reconnaissance des situations familiales dans le contexte d'une analyse en termes de droits ou libertés fondamentaux. Cela justifierait et rendrait nécessaire l'extension du domaine de la reconnaissance des situations familiales, afin de n'entraver ni le droit à la libre circulation des personnes, ni d'autres droits éventuellement reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

D L'essoufflement de la dynamique d'approfondissement de l'objectif d'unité du statut familial par le programme « post-Stockholm »

344. Le programme « post-Stockholm » marque un véritable tournant politique quant à l'approfondissement de l'objectif d'unité du statut familial, tout comme pour la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union européenne dans son ensemble¹³⁶¹. Jusqu'alors, les programmes cherchaient toujours à renforcer l'action de l'Union européenne en vue de la création d'un véritable espace judiciaire européen. Il n'en va plus de même avec le programme adopté sous forme de conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹³⁶². Le programme reste en effet assez vague et met en avant le fait qu'« une politique européenne bien conçue en matière de justice contribuera à la croissance économique ». Vis-à-vis de questions pouvant concerner l'objectif d'unité du statut familial, il se contente d'éléments qui ne relèvent que de la procédure civile¹³⁶³ ou qui restent un élément de langage général et devenu désormais usuel¹³⁶⁴. Il n'y a

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ Voy. sur ce point égal. R. WAGNER, *Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt?*, préc., note 1279.

¹³⁶² 2014/C 240/05, JOUE du 24.7.2014, C 240/13. Parfaitement, en accord d'ailleurs avec les lignes directrices générales de la Commission Juncker, qui insistent sur la concentration des efforts de l'Union européenne sur la croissance économique et le « mieux légiférer ». Ce dernier thème est une tâche sans doute inépuisable. Il existe depuis 1992 et a déjà été réaffirmé par l'accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003 « Mieux légiférer ». Voy. sur les efforts entrepris not. les sites Internet de la Commission (http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_fr.htm et http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/law_making_fr.htm).

¹³⁶³ Lorsque le programme annonce que de « nouvelles mesures sont nécessaires pour [...] examiner la question du renforcement des droits de la personne, notamment pour les enfants, dans les procédures, afin de faciliter

donc aucune affirmation qui pourrait être lue comme un renforcement de l'objectif d'unité du statut familial.

345. Il en va de même de la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union »¹³⁶⁵. Celle-ci insiste également sur le fait que la justice doit se mettre « au service de la croissance [et] contribuer à la croissance économique »¹³⁶⁶. Dès lors, aucune nouvelle initiative importante se rattachant au droit international privé européen de la famille n'est prévue. Au contraire, « les défis à relever »¹³⁶⁷ sont la « consolidation »¹³⁶⁸, la « codification »¹³⁶⁹ et les « compléments »¹³⁷⁰. Et dans ce cadre, la communication ne mentionne que le projet, déjà amorcé depuis 2010, sur la libre circulation des documents publics¹³⁷¹. La lettre de mission de Věra Jourová, commissaire en charge de la Justice, confirme ce désintérêt à l'égard des thèmes qui pourraient renforcer l'objectif d'unité du statut familial¹³⁷². Aucune des priorités indiquées ne saurait en effet confirmer ou conforter l'objectif d'unité du statut familial. Bien au contraire, la création et l'amélioration d'une justice européenne ou d'un espace judiciaire européen ne sont mentionnées que pour insister sur leurs effets sur la croissance économique et la création d'un contexte favorable au monde des affaires¹³⁷³.

l'exécution des décisions relevant du droit de la famille et des matières civiles et commerciales ayant des incidences transfrontières » (point 11 des conclusions).

¹³⁶⁴ Lorsque le programme annonce que de « nouvelles mesures sont nécessaires pour [...] renforcer la reconnaissance mutuelle des décisions et des jugements en matière civile et pénale » (point 11 des conclusions).

¹³⁶⁵ COM/2014/0144 final.

¹³⁶⁶ Point 2 de la Communication. Objectif qui est évoqué avant celui de la « justice au service des citoyens », ce qui est sans doute déjà révélateur.

¹³⁶⁷ Point 4 de la Communication.

¹³⁶⁸ Point 4.1 de la Communication.

¹³⁶⁹ Point 4.2 de la Communication.

¹³⁷⁰ Point 4.3 de la Communication.

¹³⁷¹ Livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil » Bruxelles, le 14. 12. 2010, COM(2010) 747 final.

¹³⁷² Cette lettre de mission est accessible en ligne sous : https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/jourova-mission_en.pdf.

¹³⁷³ Voy. not. les deux extraits suivants : « A sound and predictable justice system is also a prerequisite for economic growth and a business friendly environment » ; et l'une des priorités qui est de renforcer : « the contribution of EU justice policies to our jobs and growth agenda, including through an assessment of the performance of judicial systems in the context of the European Semester of economic policy coordination » (p. 4 de la lettre de mission).

346. Si l'objectif de la reconnaissance mutuelle des situations familiales était donc clairement affirmé par le programme de Stockholm, il n'en va plus de même du programme « post-Stockholm » qui ouvre une ère plus incertaine pour l'approfondissement de l'objectif d'unité du statut familial. Avec le programme de Stockholm, toute la question était de savoir si les situations familiales couvertes ne sont que celles spécialement prévues¹³⁷⁴, ou si les situations familiales devaient être couvertes dans leur ensemble à travers une approche globale. Le législateur européen se contente pour le moment de la première alternative, qui consacre déjà, bien que de façon partielle, l'objectif d'unité du statut familial, tandis que la possible généralisation, envisagée pendant un moment, n'est pour le moment plus à l'ordre du jour. D'un point de vue théorique, cette généralisation reste cependant possible, à travers une analyse des concrétisations spéciales obtenues ou projetées par le législateur européen et qui permettent, par induction, de dégager une ébauche de théorie générale de l'unité du statut familial au sein de l'Union européenne. A cette fin il est nécessaire d'analyser, ne serait-ce que de façon superficielle, les réalisations du droit de l'Union européenne en matière de droit de la famille, afin de poser les bases du système d'unité du statut familial qu'il s'agit, ensuite, de justifier et d'expliquer.

II La consécration incomplète et inachevée de l'objectif d'unité du statut familial par le droit dérivé

347. Les instruments européens en matière de droit international privé de la famille partent tous du constat que l'Union « s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes », ce qui implique l'adoption « [d]es mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur »¹³⁷⁵. Si l'objectif d'unité du statut familial était un objectif à part entière de l'action de l'Union européenne ayant vocation à se déployer de façon absolue, il faudrait qu'elle consacre une parfaite reconnaissance pour l'ensemble de l'Union de toutes les situations familiales, allant de l'existence de la relation familiale, qu'il s'agisse d'une forme de filiation ou de couple, à

¹³⁷⁴ Et pour lesquelles l'on aurait estimé qu'il y a un intérêt justifiant une réglementation au niveau de l'Union européenne en faveur de leur reconnaissance mutuelle, que ces situations résultent ou non d'une décision judiciaire ou extra-judiciaire.

tous les effets personnels et patrimoniaux de ces relations familiales. Les programmes de travail affichent une ambition certaine vers la consécration progressive d'une telle unité absolue du statut familial au sein de l'Union. Pourtant les réalisations concrètes obtenues ou projetées restent très en deçà d'une telle consécration absolue de l'unité du statut familial. Face aux ambitions affichées par les programmes de travail et les plans d'action les mettant en œuvre, l'action du législateur de l'Union est en effet restée une action prudente, marquée par une approche sectorielle et parcellaire, et l'adoption d'une approche plus générale est pour le moment peu envisageable, compte tenu des difficultés rencontrées dans la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial.

348. Trois générations de règlements peuvent être mises en exergue, et il convient naturellement d'analyser l'impact de chaque type de règlements sur l'objectif d'unité du statut familial. La première génération de règlements se caractérise par le fait que les règles de droit international privé prévues ne concernent que les questions de compétence juridictionnelle et de reconnaissance des décisions (A). La deuxième génération couvre les règlements qui ont ajouté des règles sur la détermination de la loi applicable aux règles de conflit de juridictions couvertes par les règlements de la première génération (B). La troisième génération enfin, purement prospective pour le moment, concerne de futurs règlements qui viendraient consacrer une méthode de droit international privé nouvelle, autour essentiellement de la méthode ou du principe de la reconnaissance des situations juridiques étrangères. Le contenu du projet en matière de libre circulation de documents publics et d'actes d'état civil, qui aurait pu constituer une première étape vers une telle réglementation de troisième génération, est en effet largement en-deçà de ce qui serait nécessaire pour pouvoir en conclure un quelconque approfondissement du principe de reconnaissance mutuelle (C).

A Les limites contenues dans les règlements de première génération

349. Les premières pierres posées par l'Union européenne en matière familiale, encore qu'elles s'appuient largement sur les résultats obtenus dans le cadre de la coopération

¹³⁷⁵ Voy. les considérants 1^{ers} des règlements Bruxelles I, Bruxelles II, Bruxelles II *bis*, n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, Rome III et n° 650/2012 sur les successions. Les deux derniers insèrent pour la première fois l'adverbe « notamment », sans abandonner toutefois la référence au marché intérieur.

inter-gouvernementale¹³⁷⁶, sont, dans l'ordre chronologique, les règlements Bruxelles II¹³⁷⁷, Bruxelles I¹³⁷⁸ et Bruxelles II *bis*¹³⁷⁹. Ces règlements ont pour point commun d'être relatifs à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions, le premier et le troisième concernant les décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, le second concernant, dans le cadre général de la matière civile et commerciale, les décisions en matière d'obligations alimentaires. Les trois règlements comportent des règles de reconnaissance et d'exécution plus ou moins favorables à la reconnaissance des décisions, fondées sur l'existence de règles de compétences communes, et contribuent ainsi pour les matières qu'ils couvrent à favoriser la reconnaissance mutuelle des décisions. Mais ces trois règlements ont un inconvénient majeur au regard de l'objectif d'unité du statut familial, car ils ne consacrent le principe de reconnaissance mutuelle qu'à l'égard des décisions, et non à l'égard des situations familiales qui n'ont pas données lieu à une procédure judiciaire ou une procédure y étant assimilée. Initialement la méthode de la reconnaissance n'était donc appliquée qu'aux décisions judiciaires ou extra-judiciaires dont la reconnaissance était particulièrement importante d'un point de vue pratique, en raison soit, pour les questions relatives à la désunion du couple et la responsabilité parentale, de la nature extra-patrimoniale des questions traitées, soit, pour les obligations alimentaires, de l'influence directe sur les ressources du créancier d'aliments qui peuvent être une condition de l'exercice du droit de séjourner librement dans un autre Etat membre¹³⁸⁰. La reconnaissance mutuelle des décisions se faisait cependant en dehors de toute communautarisation des règles de conflit de lois, ce qui impliquait en raison de la diversité existant au niveau national entre ces règles de conflit qu'une situation familiale pouvait donner lieu à des solutions différentes en fonction du juge qui serait finalement saisi. L'objectif d'unité du statut familial n'était donc pas consacré pour les situations qui n'avaient pas encore donné lieu à une procédure judiciaire ou une procédure assimilée. Cette « vision étriquée de la matière familiale »¹³⁸¹ est donc un obstacle théorique particulièrement important s'opposant à une véritable consécration de l'objectif d'unité du

¹³⁷⁶ Notamment les deux conventions de Bruxelles, celle du 27 septembre 1968 et celle dite « Bruxelles II » du 28 mai 1998 (*JO C 221*, 16.07.1998).

¹³⁷⁷ Règlement n° 1347/2000.

¹³⁷⁸ Règlement n° 44/2001.

¹³⁷⁹ Règlement n° 2201/2003.

¹³⁸⁰ Notamment à travers l'exigence de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil au cours du séjour, prévue par l'article 7, § 1, point b) de la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004.

¹³⁸¹ Voy. B. ANCEL et H. MUIR WATT, parlant du « rétrécissement considérable du domaine matériel du règlement » et de la « vision étriquée de la famille qu'il met en œuvre » comme étant « parmi les défauts les plus graves » du règlement Bruxelles II, in : *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 408.

statut familial par ces textes. Tant que les situations non judiciairisées ne sont pas couvertes par le principe de la reconnaissance mutuelle, il est difficile d'attribuer une portée générale à celui-ci et d'en déduire la consécration de l'objectif d'unité du statut familial.

350. Un second obstacle important tient aux exclusions prévues par les règlements en ce qui concerne les matières couvertes. La matière familiale est en effet une matière complexe, mettant en jeu nombre de questions juridiques liées entre elles par des liens aussi bien systémiques que pratiques. Garantir l'unité du statut familial implique donc d'avoir une vision d'ensemble, systémique, de la question, afin de permettre d'aboutir à une véritable unité du statut familial. Pourtant les règlements intervenus retiennent une vision restrictive des questions familiales qu'ils traitent, ce qui montre qu'ils ne consacrent que de façon partielle et incomplète l'objectif d'unité du statut familial. Le règlement Bruxelles I excluait ainsi de son champ d'application l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions¹³⁸², pour n'inclure que les obligations alimentaires dans ce qu'il entend par « matière civile et commerciale ». L'exclusion des obligations alimentaires du champ d'application du règlement Bruxelles I à la suite de l'adoption du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires enlève, de façon cohérente, toute implication familiale au règlement Bruxelles I. Par ailleurs, en matière de désunion du couple, le règlement Bruxelles II *bis* limite la matière matrimoniale à la seule dissolution du lien matrimonial à l'exclusion de « questions telles que les causes du divorce, les effets patrimoniaux du mariage ou autres mesures accessoires éventuelles »¹³⁸³, ce qui est facilement critiquable et a clairement été critiqué¹³⁸⁴. Quant aux questions concernant les rapports de filiation, le règlement Bruxelles II *bis* contient une limitation considérable de son champ d'application matériel, en prévoyant qu'« [il] ne s'applique ni à l'établissement de la filiation qui est une question distincte de l'attribution de la responsabilité parentale, ni aux autres questions liées à l'état des personnes »¹³⁸⁵, ce qui se traduit par un article 1^{er}, paragraphe 3 disposant que

¹³⁸² Voy. l'art. 1, para. 2, lettre a).

¹³⁸³ Voy. le considérant 8 du règlement Bruxelles II *bis*.

¹³⁸⁴ Voy. entre autres : B. ANCEL et H. MUIR, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », précité, p. 408 ; A. DEVERS, « L'articulation du règlement "Bruxelles II *bis*" », in : *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, précité, p. 123 et s., spéc. p. 128 et s.

¹³⁸⁵ Voy. le considérant 10 du règlement Bruxelles II *bis*.

« le présent règlement ne s'applique pas :

- a) à l'établissement de la filiation
- b) à la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption;
- c) aux noms et prénoms de l'enfant;
- d) à l'émancipation;
- e) aux obligations alimentaires;
- f) aux trusts et successions [...] ».

351. De nombreuses questions relevant du droit de la famille ne sont donc pas couvertes par le droit de l'Union européenne. Cette situation entraîne nécessairement un éclatement du contentieux en matière familiale, les nombreuses matières non couvertes par les règlements européens restant régies par les droits nationaux, y compris les droits internationaux privés nationaux. Il faut par exemple se demander dans chaque affaire si le juge compétent pour la demande en divorce l'est également pour la demande de prestation compensatoire ou celle portant sur l'octroi d'une pension alimentaire, pour la liquidation du régime matrimonial ou encore pour une question de responsabilité civile liée à cette désunion, tout comme par ailleurs pour les problèmes concernant la responsabilité parentale. Un tel système, « victime d'un dépeçage juridictionnel »¹³⁸⁶, qui est la « rançon que le fonctionnalisme des compétences impose »¹³⁸⁷, ne saurait à l'évidence être une consécration de l'objectif d'unité du statut familial.

352. Le risque de création de situations portant atteinte à l'objectif d'unité du statut familial était donc doublement présent dans les règlements de première génération, d'une part, en raison de l'absence de règles garantissant l'unicité du régime légal applicable au sein de l'Union en dehors et avant toute saisine d'un juge, d'autre part, en raison de la limitation des champs d'application des règlements et du dépeçage juridictionnel qui en résultait. Comme la cohérence du système de droit international privé de l'Union suppose cependant d'assurer une stabilité, une permanence et donc une unicité d'état et de régime, le législateur européen prétendait, après ces premières tentatives inabouties, établir, ou rétablir, l'unité du statut familial. A cette fin il prétendait nécessaire d'intervenir dans un grand nombre d'autres domaines pour obtenir, en intégrant la question de la détermination de la loi applicable, la cohérence qui faisait et fait défaut au système mis en place par lui, notamment en agissant

¹³⁸⁶ L'expression étant de J. FOYER, propos tenus lors du colloque, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*., Dalloz, Paris, 2005.

¹³⁸⁷ B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 575.

pour les obligations alimentaires¹³⁸⁸, la désunion du couple¹³⁸⁹, les régimes matrimoniaux¹³⁹⁰, ou encore les successions¹³⁹¹. Cette volonté de passer à un droit international privé européen de la famille « de deuxième génération » ne s'est pourtant pas traduite par des réalisations concrètes dont on puisse dire qu'elles atteignent l'objectif d'unité du statut familial.

B Les difficultés de faire aboutir les règlements de deuxième génération

353. Pour remédier aux défauts d'un système faisant reposer la reconnaissance mutuelle uniquement sur la compétence juridictionnelle, le législateur européen a dès 1998, avec le plan d'action de Vienne, songé à l'élaboration de règles de conflit de lois communes en matière familiale. L'ambition décisive n'en est pas moins à mettre à l'actif du programme de La Haye, qui a prévu l'achèvement d'instruments intégrant des règles de conflit de lois communes en matière de divorce, d'obligations alimentaires, de régime matrimonial et de successions pour l'année 2011. Les résultats concrets obtenus semblent bien minces face à cette ambition initiale. Au cours de la période annoncée a certes pu être adopté le règlement n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, matière pour laquelle la nécessité de règles de conflit de lois n'était d'ailleurs pas expressément prévue par le programme de La Haye. Mais les règles de conflit de lois qui y sont intégrées ne le sont par l'article 15 du règlement qu'à titre de renvoi au protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹³⁹². Les bénéfiques pratiques qui résultent de

¹³⁸⁸ Voy. la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (Bruxelles, le 15 décembre 2005, COM (2005) 649 final) qui a débouché sur le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹³⁸⁹ Voy. la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale du 17 juillet 2006 (COM (2006) 399 final) qui a débouché sur le règlement Rome III.

¹³⁹⁰ Voy. le livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle (Bruxelles, le 17 juillet 2006, COM (2006) 400 final), suivi de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux du 16 mars 2011 (COM(2011)0126), à laquelle il convient d'ajouter la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés du 16 mars 2011 (COM(2011)0127).

¹³⁹¹ Voy. le livre vert « Successions et testaments » (Bruxelles, le 01.03.2005, COM (2005) 65 final) qui a donné lieu au règlement n° 650/2012 sur les successions sur les successions. Sur l'exclusion critiquable de la matière successorale du droit international privé européen de la famille, cf. *supra*, n° 17.

¹³⁹² Voy. l'art 15 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires : « La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée

l'existence de règles de loi applicable parallèles aux règles de compétence juridictionnelle et de reconnaissance ne sont donc que partiellement à mettre à l'actif de l'action de l'Union, la conférence de La Haye ayant probablement joué un rôle plus important dans cette consécration partielle de l'unité du statut familial. L'Union européenne pourrait tout au plus se targuer d'avoir su pour une fois faire preuve de retenue pour accepter une exception de « subsidiarité inversée »¹³⁹³, mais l'existence d'une réelle volonté politique en faveur de la consécration de l'unité du statut familial n'aurait-elle pas plus naturellement débouché sur l'élaboration de règles de conflit de lois européennes, au besoin calquées sur les règles internationales ?

354. Ce sentiment d'absence d'un consensus européen sur la nécessité ou la possibilité de faire aboutir l'unité du statut familial par des règles de conflit de lois communes est fortement confirmé par les difficultés rencontrées dans les autres domaines visés par le programme de La Haye. La proposition de règlement sur la loi applicable au divorce était certes un projet ambitieux de nature à permettre de dépasser la dimension judiciaire de l'objectif d'unité du statut familial. Mais elle a connu un échec qui s'est traduite par la première coopération renforcée dans l'histoire de l'Union européenne. Le résultat laisse doublement sceptique quant à la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial. Premièrement, le règlement Rome III, mettant en œuvre la coopération renforcée, n'a pas pu modifier les règles prévues par le règlement Bruxelles II *bis*, c'est-à-dire qu'il ne peut ni encadrer les règles de compétence très ouvertes de celui-ci, ni modifier le régime de reconnaissance prévu par celui-ci. Autrement dit, il ne pourra pas faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou extra-judiciaires, ce qui est paradoxal face à l'objectif de promouvoir l'unité du statut familial, qui implique justement en premier lieu de faciliter cette reconnaissance des décisions¹³⁹⁴. Deuxièmement, et de façon plus radicale, avancer dans le

conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé « le protocole de La Haye de 2007 ») pour les États membres liés par cet instrument ».

¹³⁹³ Voy. P. BEAUMONT, « International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC : A Triumph of Reverse Subsidiarity », (2009) 73-3 *RebelsZ* 509- 546. Cf. égal. *infra*.

¹³⁹⁴ Et ce alors même que les considérants du règlement Rome III mettent eux-mêmes en avant l'importance de la sécurité juridique, qui doit évidemment être confortée par un régime juridique de reconnaissance approprié, voyez notamment les considérants 19 et 21 :

« Il convient de définir les règles relatives à la validité matérielle et formelle de manière à faciliter le choix éclairé des époux et assurer le respect de leur consentement, en vue de garantir la sécurité juridique ainsi qu'un meilleur accès à la justice. » [...]

« À défaut de choix de la loi applicable, le présent règlement devrait instaurer des règles de conflit de lois harmonisées sur la base d'une échelle de critères de rattachement successifs fondés sur l'existence d'un lien étroit entre les époux et la loi concernée, en vue de garantir la sécurité juridique et la prévisibilité et

cadre de la coopération renforcée implique nécessairement que les objectifs recherchés ne peuvent être réalisés que dans le cadre des Etats membres participant à cette coopération renforcée. Cela signifie que ces objectifs sont nécessairement revêtus d'une valeur relative, puisque leur réalisation n'est pas jugée suffisamment importante pour devoir être consacrée pour l'ensemble de l'Union. Or, comme nous le verrons, l'affirmation de l'objectif d'unité du statut familial implique nécessairement de conférer une valeur fondamentale à cet objectif¹³⁹⁵. Admettre dès lors que cet objectif n'est pas assez important pour devoir s'appliquer à l'ensemble des Etats membres de l'Union est donc une relativisation de l'importance de cet objectif qui porte directement atteinte au fondement de celui-ci. L'aboutissement de la coopération renforcée est donc un argument de taille en faveur de l'absence d'une volonté politique suffisamment forte en faveur de l'unité européenne du statut familial.

355. Les deux autres matières abordées par le programme de La Haye confirment cette impossibilité de faire aboutir l'objectif d'unité du statut familial. Le règlement n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen sur les successions fut ainsi discuté et adopté sur la base juridique de l'article 81, paragraphe 2, c'est-à-dire la procédure législative ordinaire, en ignorant le paragraphe 3 du même article, qui prévoit une procédure législative spéciale pour « les mesures relatives au droit de la famille ». Dans cette dernière hypothèse, il aurait en effet fallu trouver l'unanimité au sein du Conseil, ce qui n'aurait pas permis au projet d'aboutir¹³⁹⁶. Pourtant, cette exclusion juridiquement discutable de la matière successorale du domaine familial est aussi un désaveu cinglant de l'objectif d'unité du statut familial ! Si cet objectif revêtait en effet un poids politique conforme aux implications qu'il a pour l'ordre juridique de l'Union¹³⁹⁷, il aurait une force de persuasion telle que les accords politiques seraient faciles à obtenir en matière familiale. En cherchant au contraire à contourner les règles juridiques applicables en matière familiale, le législateur de l'Union ne peut que donner l'impression de vouloir contourner l'objectif d'unité du statut familial, ce qui

d'empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts. »

¹³⁹⁵ Nous reviendrons sur la justification de l'objectif d'unité du statut familial ; cf. *infra*, n° 363 et s.

¹³⁹⁶ Au stade de la négociation, les difficultés auraient déjà été considérables pour trouver un consensus, chaque membre du Conseil pouvant brandir la menace d'un veto. Au stade de l'adoption par le Conseil, l'unanimité n'a en outre pas été trouvée, Malte ayant voté contre l'adoption (voy. le relevé mensuel des actes du Conseil – juin 2012, aux pages 14 et 15 (ST 13093/12 INIT ; accessible sous : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=fr&f=ST%2013093%202012%20INIT>).

fragilise nécessairement cet objectif. Quant au règlement concernant le conflit de lois en matière de régime matrimonial, la longue inertie du législateur européen¹³⁹⁸, due aux difficultés politiques rencontrées au sujet du divorce et des successions, n'est qu'une ultime confirmation de l'impossibilité dont font preuve pour le moment les instances de l'Union européenne de faire véritablement aboutir l'objectif d'unité du statut familial.

356. L'impossibilité de conférer une valeur absolue à l'objectif d'unité du statut familial se retrouve en outre dans les règlements de droit international privé européen de la famille de deuxième génération. Le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires prévoit ainsi dans ses considérants que « [l]es règles de conflit de lois [du règlement] ne déterminent pas la loi applicable à l'établissement des relations de famille sur lesquelles se fondent les obligations alimentaires », que donc « l'établissement des relations de famille continue à relever du droit national des Etats membres, en ce compris leurs règles de droit international privé »¹³⁹⁹, et que « la reconnaissance dans un État membre d'une décision en matière d'obligations alimentaires [...] n'implique pas la reconnaissance par cet État membre des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision »¹⁴⁰⁰. Ces considérants se traduisent par un article 22, intitulé de façon révélatrice « absence d'effet sur l'existence des relations de famille » qui dispose que « la reconnaissance et l'exécution d'une décision en matière d'obligations alimentaires en vertu du présent règlement n'impliquent en aucune manière la reconnaissance des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance qui sont à l'origine des obligations alimentaires ayant donné lieu à la décision ». Autrement dit, le règlement refuse expressément de consacrer une portée potentiellement générale de l'objectif d'unité du statut familial, puisque les questions relatives à l'existence des relations familiales sont exclues de son application. Le règlement ne procède donc qu'à une mise en œuvre très partielle de l'objectif d'unité du statut familial, ce qui est de nature à affaiblir considérablement la portée de celui-ci.

357. Un constat identique doit être fait par rapport au règlement Rome III dont l'article 13 relatif aux « différences dans le droit national » dispose qu'« aucune disposition

¹³⁹⁷ Sur lesquels cf. *infra*, n° 426 et s.

¹³⁹⁸ Les deux propositions n'ont été publiées que le 16 mars 2011, alors qu'ils étaient censés aboutir en 2011 conformément au programme de La Haye et le plan d'action le mettant en œuvre ; cf. *supra*, n° 337 et s.

¹³⁹⁹ Voy. le considérant 21 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹⁴⁰⁰ Voy. le considérant 25 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne reconnaît pas le mariage en question aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application des dispositions du présent règlement ». L'incidente de la non-reconnaissance du mariage est particulièrement intéressante, puisqu'elle implique nécessairement la conscience de la possibilité de l'existence de mariages boiteux, au sujet desquels la proposition ne propose pas de trouver une solution commune, mais renvoie simplement les juges à leurs droits nationaux, donc leurs systèmes de droit international privé nationaux. Cette solution s'inscrit parfaitement dans le cadre des orientations politiques qui affirment de la façon la plus nette que la question de la validité et de la reconnaissance des mariages doit relever des ordres juridiques nationaux¹⁴⁰¹. Mais il y a là aussi une nouvelle illustration de la façon très limitée qu'a le législateur européen de concevoir l'objectif d'unité du statut familial. Cette vision parcellaire de l'objectif d'unité du statut familial se retrouve également dans les propositions les plus récentes¹⁴⁰². Le fait que les deux propositions de règlements relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions respectivement en matière de régimes matrimoniaux et en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés n'aient pas constitué, en raison des résistances politiques escomptées, une proposition unique confirme une énième fois l'absence de consécration générale de l'objectif d'unité du statut familial et l'approche étriquée retenue par la Commission. Que ces deux propositions contiennent des exclusions et limitations en termes de reconnaissance de la situation familiale elle-même comparables aux précédents règlements ne surprend dès lors guère¹⁴⁰³.

358. L'impression qui se dégage des instruments de l'Union européenne existants ou projetés à court terme est nettement celle de la faiblesse de l'objectif d'unité du statut familial. Cette faiblesse immédiate n'empêche cependant pas les instances de l'Union européenne de faire preuve d'une volonté de poursuivre les efforts en vue d'un approfondissement ou d'un aboutissement de l'unité du statut familial au sein de l'Union

¹⁴⁰¹ Voy. par exemple le communiqué de presse du Conseil du 20 avril 2007, 8364/07 (Presse 77), spéc. p. 11. L'article 1, § 2, point b) du règlement Rome III exclut par ailleurs expressément « l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage » du champ d'application du règlement ; cf. également *infra*.

¹⁴⁰² Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, Bruxelles, le 16.03.2011, COM (2011) 127/2 ; et Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, Bruxelles, le 16.03.2011, COM (2011) 126/2.

européenne. La réflexion lancée par la Commission sur l'adoption d'une approche globale pour promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil porte en effet en elle les germes de l'émergence d'une véritable unité du statut familial.

C L'absence de consécration de l'objectif d'unité du statut familial par le projet en matière de documents publics et d'actes d'état civil

359. L'initiative législative récente la plus importante en matière de droit international privé européen de la famille est sans aucun doute la proposition de règlement visant à favoriser la libre circulation des documents publics dans l'Union européenne¹⁴⁰⁴. Cette proposition fait suite au livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil »¹⁴⁰⁵ qui révélait encore de grandes ambitions de la part de la Commission en termes de promotion de l'unité du statut familial. En associant deux problèmes de nature très différente, l'un concernant surtout les difficultés administratives, l'autre les difficultés véritablement substantielles, la Commission cherchait en effet à faire grandement progresser l'objectif d'unité du statut familial, même si elle le faisait de façon sinon dissimulée, du moins non ouvertement assumée¹⁴⁰⁶. La Commission mêlait ainsi « la libre circulation des documents par la suppression de la légalisation des documents entre Etats membres », à laquelle aucune personne sensée ne peut être opposée, à « la reconnaissance des effets de certains documents d'état civil [...], afin qu'un statut juridique dans un Etat membre puisse être reconnu avec les mêmes conséquences juridiques dans un autre Etat membre »¹⁴⁰⁷, question qui soulève des enjeux autrement plus importants que la première et qu'aucune personne sensée ne peut ignorer. La seconde question était de nature à modifier profondément

¹⁴⁰³ Voy. notamment les articles 1^{er}, relatifs au champ d'application, et les considérants n° 10 de ces deux propositions de règlement, qui excluent la définition européenne du terme de « mariage » et celle du contenu spécifique de la notion de « partenariat enregistré ».

¹⁴⁰⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 (COM/2013/0228 final - 2013/0119 (COD)).

¹⁴⁰⁵ Bruxelles, le 14. 12. 2010, COM(2010) 747 final.

¹⁴⁰⁶ Le Parlement européen, bien que privé d'un pouvoir décisionnel en la matière, est en effet amené de se prononcer, à titre consultatif, sur les aspects de la coopération judiciaire en matière civile qui touchent le droit de la famille. Il peut dès lors prendre d'autant plus facilement des initiatives que ces recommandations n'engagent de toutes façons personne.

¹⁴⁰⁷ Deux initiatives étant prévues pour ces deux questions, présentées ensemble dans le livre vert précité, p. 3.

l'approche retenue par le droit de l'Union européenne à l'égard de l'objectif d'unité du statut familial. Il se serait agi en effet de faire en sorte que « la continuité et la permanence de la situation d'état civil de tout citoyen qui exerce son droit à la libre circulation [lui soient] garanties »¹⁴⁰⁸, y compris en ce qui concerne « les effets civils attachés à cette situation »¹⁴⁰⁹. L'approche aurait résolument rompu avec la vision parcellaire et étriquée que les instances européenne avaient jusqu'alors du droit international privé de la famille. Retenir cette approche aurait dès lors constitué une consécration généralisée de l'objectif d'unité du statut familial¹⁴¹⁰. Dans une vision plus large, cette démarche se serait parfaitement inscrite dans l'« objectif de faire émerger une "identité européenne" et ainsi permettre à la citoyenneté européenne de s'exercer pleinement, [...] de contribuer à la création d'un véritable citoyen européen »¹⁴¹¹. En ce qui nous concerne dans l'immédiat, son aboutissement au regard de la reconnaissance des situations d'état civil et des effets y attachés aurait marqué un véritable tournant de l'action de l'Union européenne dans le sens de la consécration de l'objectif d'unité du statut familial¹⁴¹². Le glissement vers la méthode de la reconnaissance, qui aurait pu être caractéristique d'une troisième génération de règlements en matière de droit international privé de la famille, aurait en tout état de cause constitué une vraie rupture méthodologique¹⁴¹³ qui n'aurait pu s'appuyer que sur une valeur fondamentale reconnue à l'objectif d'unité du statut familial.

360. Force est alors de constater que par rapport au livre vert, la proposition de règlement constitue une initiative minimaliste dont les conséquences sur l'objectif d'unité du statut familial sont faibles, voire inexistantes. La proposition précise en effet clairement que le règlement « ne s'applique pas à la reconnaissance du contenu de documents publics délivrés

¹⁴⁰⁸ Livre vert, p. 11.

¹⁴⁰⁹ Livre vert, p. 12.

¹⁴¹⁰ Pour preuve, la formulation très générale et compréhensive de la problématique par le livre vert lui-même : « La question se pose de la nécessité d'une action de l'Union visant à offrir une plus grande sécurité juridique aux citoyens européens en matière d'état civil et à supprimer les obstacles auxquels ils sont confrontés lorsqu'ils demandent la reconnaissance, dans un État membre, d'une situation juridique créée dans un autre État membre. Cette reconnaissance est demandée en vue de bénéficier des droits civils attachés à une telle situation dans l'État membre de résidence », p. 12.

¹⁴¹¹ J. TARRADE, « L'émergence du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, Société de législation de droit comparé, Paris, 2011, p. 77 à 79, spécialement, p. 78, et dans les mêmes termes J.-F. SGAUT, « Le citoyen et sa famille à l'heure de l'Europe », in *La citoyenneté européenne préc ?*, préc., p. 121 à 124, spéc. p. 121-122.

¹⁴¹² Dont la forme reste bien sûr encore à déterminer, bien que la Commission ne cache pas sa très nette préférence pour la reconnaissance de plein droit des situations d'état civil établies dans les autres Etats membres, voyez le livre vert, p. 13.

¹⁴¹³ Sur laquelle, cf. *infra*, n° 603 et s.

par les autorités d'autres États membres »¹⁴¹⁴, ce que confirment les motifs de la proposition en énonçant qu'« il importe de souligner qu'elle ne traite pas de la reconnaissance des effets des documents publics entre les États membres »¹⁴¹⁵. Et le Conseil a même trouvé le moyen de rendre la proposition encore plus restrictive sur ce point¹⁴¹⁶, en ajoutant la précision au sein des considérants du règlement que celui-ci « ne devrait pas avoir d'incidence sur la reconnaissance dans un État membre des effets juridiques attachés au contenu d'un document public émis dans un autre État membre »¹⁴¹⁷, que « les formulaires types multilingues devraient avoir exclusivement pour but de faciliter la traduction des documents publics auxquels ils sont joints, [...] ne devraient donc pas circuler de manière autonome entre les États membres [et] ne devraient pas avoir la même finalité ni poursuivre les mêmes objectifs que des extraits ou des copies littérales d'actes de l'état civil, des extraits plurilingues d'actes de l'état civil, des extraits plurilingues et codés d'actes de l'état civil, des certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil »¹⁴¹⁸ et en ajoutant même plus loin que « les formulaires types multilingues prévus par le présent règlement n'ont aucune valeur juridique »¹⁴¹⁹. On ne saurait plus clairement indiquer l'absence complète de conséquences de cette proposition de règlement sur un éventuel renforcement de l'objectif d'unité du statut familial.

361. Par ailleurs, l'absence de tout effet substantiel du règlement ressort également de la base juridique retenue, à savoir l'article 21 § 2 TFUE. Cette base juridique est justifiée en effet par le fait que le règlement proposé « ne traite pas de la reconnaissance des effets des

¹⁴¹⁴ Art. 2, para. 2. de la proposition.

¹⁴¹⁵ Point 1.3.2 des motifs.

¹⁴¹⁶ Voy. le communiqué de presse 9951/15 sur les résultats de la session du Conseil (JAI) des 15 et 16 juin (accessible sous : http://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/jha/2015/06/Outcome-of-the-Council-meeting_EN_pdf/ ; spéc. p. 4). A ce document il faut ajouter l'ordre du jour de la 3396^e session du Conseil de l'Union européenne (Justice et affaires intérieures) des 15 et 16 juin 2015 (ST-9605-2015-INIT), ainsi que les documents qui ont permis l'accord politique sur une orientation générale en 1^{ère} lecture du Conseil : l'accord proposé sur l'orientation générale en vue d'une adoption par le Conseil (JAI) lors de sa session des 15 et 16 juin (ST 9332 2015 INIT ; accessible sous : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9332-2015-INIT/fr/pdf>) ; les articles modifiés que la présidence propose comme compromis en vue de l'adoption d'une orientation générale (ST 9332 2015 ADD 1 ; accessible sous <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9332-2015-ADD-1/fr/pdf>) ; les considérants proposés (2015ST 9332 2015 ADD 2 ; accessible sous : data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9332-2015-ADD-2/fr/pdf) ; et les annexes (ST 9332 2015 ADD 3 ; accessible sous : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9332-2015-ADD-3/fr/pdf>). L'état d'avancement de la procédure législative est à suivre sous la référence de procédure 2013/0119(COD).

¹⁴¹⁷ Considérant 6, dans la version amendée par le Conseil lors de l'accord politique au sein du Conseil sur sa position en 1^{ère} lecture.

¹⁴¹⁸ Considérant 8 *ter*, qui se réfère alors aux actes établis au titre de la convention n°2 de la CIEC relative à la délivrance et à la dispense de légalisation des expéditions d'actes de l'état civil, de la convention n°16 de la CIEC relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil et de la convention n°34 de la CIEC relative à la délivrance d'extraits et de certificats plurilingues et codés d'actes de l'état civil.

documents publics entre les États membres »¹⁴²⁰ et qu'il ne doit s'appliquer qu'« à l'acceptation de documents publics qui doivent être présentés aux autorités d'un Etat membre »¹⁴²¹, mais non « à la reconnaissance du contenu de documents publics délivrés par les autorités d'autres Etats membres »¹⁴²². Puisque toute reconnaissance substantielle est exclue et que la proposition se limite aux seuls effets probatoires, elle ne saurait en rien faire progresser l'objectif d'unité du statut familial. Cet objectif requiert que la situation familiale soit valable et produise les mêmes effets au sein de l'ensemble de l'Union européenne. A cette fin, la situation familiale européenne doit être reconnue avec son efficacité substantielle, et pas uniquement son effet de titre ou sa force probante¹⁴²³. Les règles purement administratives de l'état civil international constituent certes elles-aussi un obstacle à la libre circulation du citoyen de l'Union. Mais il s'agit là d'un obstacle d'ordre administratif qui n'est pas comparable aux inconvénients résultant d'une discontinuité du statut familial. Le choix de la base juridique conforte donc le fait que le règlement proposé ne fait pas progresser l'objectif d'unité du statut familial et confirme l'absence d'ambition de la proposition à cet égard.

362. A défaut de véritable consécration de l'objectif d'unité du statut familial, la difficulté principale semble bien de déterminer avec précision quelle portée il convient alors d'attribuer à cet objectif. Face aux ambitions des programmes stratégiques, les réalisations concrètes obtenues font en effet preuve d'une concrétisation très partielle et incomplète de cet objectif, certainement révélatrice d'une volonté politique pour le moins chancelante quant à la pleine réalisation de cet objectif. Mais peut-être ces hésitations politiques ne sont-elles que le reflet de l'absence d'une réelle nécessité de faire aboutir l'objectif d'unité du statut familial ? Pourtant les règlements et projets continuent de se revendiquer de l'élaboration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et du principe de la reconnaissance mutuelle, et ce faisant de l'objectif d'unité du statut familial. Avant de pouvoir se prononcer sur le caractère éventuellement critiquable des hésitations politiques, il faut d'abord savoir ce qui justifie l'objectif d'unité du statut familial pour pouvoir évaluer la pertinence et la valeur de celui-ci, aussi bien à l'égard des valeurs défendues par la construction européenne qu'à l'égard des

¹⁴¹⁹ Considérant 14 *octies*.

¹⁴²⁰ Proposition, p. 6

¹⁴²¹ Article 2 § 1 de la proposition.

¹⁴²² Art. 2 § 2.

¹⁴²³ Sur ces notions, voy. p. ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 281 et s.

valeurs de justice dans leur généralité. On a en effet l'impression qu'il y a bien une prise de conscience de la nécessité d'assurer l'unité du statut familial au sein de l'Union européenne en vue d'assurer la pleine effectivité de la citoyenneté européenne, que ce soit en tant que droit propre ou indirectement en tant que condition d'exercice de la libre circulation des personnes, mais que cette prise de conscience n'est ensuite pas pleinement assumée. Logiquement, l'unité du statut familial nécessite et justifie la création ou la découverte d'un droit international privé de la famille commun, voire d'un droit de la famille commun. Pour l'Union européenne, cet objectif peut donc être la source d'un véritable « droit de la famille de l'Union européenne ». Mais avant de s'intéresser à la question de la forme que pourrait prendre ce droit de la famille de l'Union européenne, il faut d'abord analyser de façon critique l'affirmation politique de l'objectif d'unité du statut familial, et ce d'autant plus que l'affirmation politique reste ambiguë et ne peut donc suffire comme point de départ de la construction du système. La recherche de la justification de l'objectif d'unité du statut familial, qui ne saura en effet rester sans incidence sur la manière dont il convient de façonner l'unité des situations familiales au sein de l'Union européenne, est donc nécessaire pour esquisser avec précision les contours du droit international privé européen de la famille.

Chapitre 2 L'unité du statut familial : un objectif justifié

363. Initialement les questions familiales ne se posaient qu'à titre incident au droit de l'Union européenne. La raison en est que les objectifs traditionnels de l'Union, à savoir notamment la liberté de circulation et la réalisation du marché intérieur, ne nécessitaient pas de la part de l'Union européenne une intervention en matière familiale, et ne pouvaient dès lors justifier l'objectif d'unité du statut familial au niveau de l'Union. Le concept de citoyenneté de l'Union, et son lien avec l'espace de liberté, de sécurité et de justice, est néanmoins de nature à conférer une justification adaptée à cet objectif, en raison du contenu politique conféré à ce concept. L'analyse approfondie de l'objectif d'unité du statut familial révèle le caractère nécessairement non-économique de cet objectif (section 1). L'étude de son inévitable dimension politique est alors indispensable pour cerner précisément les contours de cet objectif d'unité du statut familial, ainsi que les conséquences qu'il peut avoir pour l'ordre juridique de l'Union européenne (section 2).

Section 1 La nature non-économique de l'objectif

364. A l'origine, seule la libre circulation des travailleurs eût été de nature à intéresser l'objectif d'unité du statut familial au sein de la Communauté. Pourtant la question du droit de la famille est presque totalement ignorée par les traités, et n'est pas évoquée en rapport avec la libre circulation des personnes ou la réalisation du marché intérieur. Cela explique que l'article 45 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif à la libre circulation des personnes, soit quasiment resté inchangé depuis le traité de Rome¹⁴²⁴. Il en va de même de l'article 26 relatif à la réalisation du marché intérieur¹⁴²⁵. Pourtant, la reconnaissance d'une libre circulation des personnes implique de façon naturelle des mesures concernant la famille de la personne à laquelle le droit à la libre circulation est reconnu, réalité qui est prise en compte par le droit de l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne peut cependant se réaliser dans ce domaine sans prévoir des règles de droit de la famille qui lui soient propres, mais en se contentant d'une référence aux droits nationaux de la famille, ce qui limite fondamentalement l'influence de la libre circulation des personnes, prise en sa dimension économique, sur l'objectif d'unité du statut familial (I). Les autres objectifs économiques de l'Union européenne n'ont quant à eux strictement aucune influence sur l'objectif d'unité du statut familial, ce qui souligne la nécessité de clairement purger cet objectif de toute considération économique (II).

¹⁴²⁴ Article 45 TFUE (ex-article 39 TCE, ancien article 48) :

« 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté.

2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique :

a) de répondre à des emplois effectivement offerts,

b) de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres,

c) de séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux,

d) de demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi. »

¹⁴²⁵ Article 26 (ex-article 14 TCE) :

1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.

2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités.

I L'influence limitée de la libre circulation des personnes

365. A partir du moment où le droit de l'Union européenne commence à s'intéresser aux personnes, la prise en compte du statut familial de la personne devient inévitable. Ainsi, même si les Traités ne définissent pas ce qu'il faut entendre par « famille » au sens du droit de l'Union européenne, la libre circulation des personnes rend inévitable la prise en compte du statut familial d'une personne. L'émergence dans ce cadre d'un droit de la famille de l'Union européenne est donc une réalité qui ne peut pas être niée (A). Ce corps de règles constitutif du droit de la famille de l'Union européenne suit cependant une logique qui comporte de nombreux déficits conceptuels qui s'opposent à ce que l'on y voie un véritable droit de la famille autonome, et qui limitent l'influence de la libre circulation des personnes sur l'objectif d'unité du statut familial (B). Il semble dès lors nécessaire de rechercher la cause de ces déficits conceptuels, qui peut être trouvée dans le concept de « référence-dépendance » dont fait preuve le droit de l'Union européenne à l'égard des droits de la famille nationaux (C).

A La réalité du droit de la famille de l'Union européenne fondé sur la libre circulation des personnes

366. La libre circulation des personnes implique de s'intéresser également au statut familial d'une personne. Il n'est guère concevable de consacrer un droit à la libre circulation d'une personne sans lui permettre de maintenir ses relations familiales. Le maintien de ces relations est en effet un objectif nécessaire pour la personne, et il est souvent inconcevable d'exercer son droit à la libre circulation si l'on ne peut pas faire suivre les membres de la famille avec lesquels on vit. La protection de ce statut familial est donc une condition indispensable pour la pleine réalisation du droit de l'Union européenne, à travers la reconnaissance de la libre circulation des personnes.

367. Le droit de l'Union européenne n'ignore dès lors pas la nécessité d'assurer matériellement la « libre circulation des familles »¹⁴²⁶, notamment dans deux domaines importants d'un point de vue pratique, et correspondant probablement à des réussites parmi les plus tangibles de la construction européenne. Il s'agit, d'une part, du droit des citoyens de

¹⁴²⁶ Voy. sur la notion, déjà A. BORRAS, « La libre circulation de la famille en Europe - Intervention dans le cadre du cycle de droit européen de la Cour de cassation », *LPA* 2007.199.8.

l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, codifié par la directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004¹⁴²⁷, et, d'autre part, de la reconnaissance de droits de protection sociale par le règlement n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁴²⁸. Ces deux importants textes illustrent le lien qui existe de fait entre le statut familial et le statut de la personne elle-même et contiennent dès lors une définition de ce qu'il faut entendre par membre de la famille aux fins de leur application.

368. La directive n° 2004/38 prévoit ainsi en son article 2 :

« aux fins de la présente directive, on entend par: [...]

2) "membre de la famille":

a) le conjoint;

b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil;

c) les descendants directs qui sont âgés de moins de vingt-et-un ans ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b);

d) les ascendants directs à charge et ceux du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b) ».

369. Le règlement n° 883/2004 dispose quant à lui en son article 1^{er} :

« aux fins du présent règlement:

i) les termes "membre de la famille" désignent:

1) i) toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies;

ii) pour ce qui est des prestations en nature selon le titre III, chapitre 1, sur la maladie, la maternité et les prestations de paternité assimilées, toute personne définie

¹⁴²⁷ JO L 158 du 30.4.2004, p. 77-123 ; à laquelle on peut ajouter la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251 du 3.10.2003, p. 12-18 ; qui au sujet du regroupement familial concernant des ressortissants de pays tiers aboutit à travers ses considérants n^{os} 9 et 10 et son article 4 à la même solution, c'est-à-dire d'une consécration autonome de la « famille nucléaire », d'ailleurs nécessairement monogamique, incluant le conjoint et les enfants mineurs, et d'un abandon de l'incidence des autres situations familiales à la libre appréciation des autorités nationales).

¹⁴²⁸ JO L 166 du 30.4.2004, p. 1-123 ; remplaçant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (version consolidée : JO L 28 du 30.1.1997, p. 1, (JO L 149 du 5.7.1971, p. 2).

ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation de l'État membre dans lequel réside l'intéressé.

2) Si la législation d'un État membre qui est applicable en vertu du point 1) ne permet pas de distinguer les membres de la famille des autres personnes auxquelles ladite législation est applicable, le conjoint, les enfants mineurs et les enfants majeurs à charge sont considérés comme membres de la famille.

3) Au cas où, conformément à la législation applicable en vertu des points 1) et 2), une personne n'est considérée comme membre de la famille ou du ménage que lorsqu'elle vit dans le même ménage que la personne assurée ou le titulaire de pension, cette condition est réputée remplie lorsque cette personne est principalement à la charge de la personne assurée ou du titulaire de pension ».

370. Le droit de l'Union européenne dérivé définit donc ce qu'il convient d'entendre par « membre de la famille ». Autrement dit, il procède à une définition européenne, « autonome » serait-t-on tenté de dire à première vue, de la famille¹⁴²⁹. Il n'y a là d'ailleurs rien de très surprenant, vu que pour être effective, la libre circulation des personnes implique une prise en compte du statut familial de la personne et que le droit de l'Union qui vise la réalisation de la première ne peut se désintéresser du second¹⁴³⁰. Dans le cadre du regroupement familial, la Cour de justice n'hésite d'ailleurs pas à rendre des décisions importantes et parfois controversées en faveur de la reconnaissance de l'effectivité des situations familiales en vue de l'octroi d'un droit d'entrée et de séjour. D'importants arrêts témoignent de solutions allant à l'encontre d'une volonté politique contraire clairement affichée par certains Etats membres¹⁴³¹. Même dans les domaines où les Etats membres

¹⁴²⁹ En ce sens, voy. p. ex. M. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, préc., note 1261 ; S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2001 ; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004 ; S. VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, préc., note 1187.

¹⁴³⁰ Voy. not. S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, préc., note 1440.

¹⁴³¹ Voy. par exemple les affaires *Metock* (sur cet arrêt, voy. notamment : Julie Lassalle, *Droit de séjour des citoyens de l'Union*, in : *Europe*, 2008, Octobre, Comm., n° 312, p.21-22 ; Joël Cavallini, *Conditions d'exercice du droit au regroupement familial*, in : *La semaine juridique – Social*, 2008, n° 1593, p.16-17 ; Astrid Epiney, *Von Akrich über Jia bis Metock : zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug*, in : *Europarecht*, 2008, p.840-858 ; Hubert Alcaraz, *Droit d'entrée et de séjour d'un ressortissant tiers ayant des liens de parenté avec un citoyen de l'Union*, in : *L'actualité juridique, droit administratif*, 2009, p.323-325 ; Samantha Currie, *Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the Court's ruling in Metock*, in : *European Law Review*, 2009, p.310-326 ; Saïd Hammamoun, et Nanette Neuwahl, *Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive n° 2004/38 (CJCE, affaire Metock, C-127/08)*, in : *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p.91-104) et *Chen* (sur cet arrêt, voy. entre autres : Pierre Robert, *Revue du droit des étrangers*, 2004, p.645-654 ; B. Kotschy, *Citoyenneté. Arrêt "Bébé Chen"*, in : *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 3, p.589-591 ; Jean-Yves Carlier, *Common Market Law Review*, 2005, p.1121-1131 ; Monique Luby, *La citoyenneté européenne : Quand les mots ont enfin un sens!*, in : *LPA*, 2005, n° 94, p.8-11) ; et sur l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice, voyez E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction

considèrent qu'il s'agit de questions politiquement sensibles relatives à des questions touchant au droit de la famille en lien avec l'entrée et le séjour, c'est-à-dire le regroupement familial, la libre circulation des personnes peut donc imposer des orientations précises aux droits nationaux et influencer leur politique familiale en ce domaine¹⁴³².

371. Cette émergence d'un droit de la famille de l'Union européenne semble susceptible de peser lourdement sur l'objectif d'unité du statut familial. Son influence est cependant conditionnée par la complétude avec laquelle se réalise ce droit de la famille européen sur la base de la dimension traditionnelle de la libre circulation des personnes. Et à cet égard, force est de constater que le droit de la famille de l'Union européenne reste à de nombreux égards inachevé.

B Les déficits conceptuels d'un droit européen de la famille fondé sur la libre circulation des personnes

372. Le constat *a priori* de l'existence d'un droit de la famille de l'Union européenne doit être corrigé par l'analyse détaillée de la « définition européenne de la famille », dont il ressort que le droit de l'Union européenne ne procède pas véritablement à une définition autonome de la famille, notamment parce qu'en l'état actuel du droit de l'Union il n'en est pas techniquement capable et qu'une telle intervention du droit de l'Union dans le droit de la famille n'est pas nécessaire en vue de la réalisation des objectifs propres de l'ordre juridique de l'Union. L'incidence du droit de l'Union européenne sur le droit de la famille reste ainsi très limitée dans ces domaines. Quatre illustrations principales des déficits conceptuels méritent dans ce cadre d'être soulignées, à savoir l'approche sectorielle et fonctionnelle de la famille retenue par le droit de l'Union européenne (1), la fréquente exclusion d'une définition européenne de la famille (2), le caractère hétéronome de la définition européenne de la famille lorsque l'Union européenne procède à une telle définition (3), et, enfin, la possible dissociation entre « effets familiaux » et « situation familiale » (4).

de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 37 à 44.

¹⁴³² L'affaire *Zambrano* en constitue également une illustration, en même temps que la preuve de l'actualité de ce phénomène ; Cour de justice, C-34/09 - *Ruiz Zambrano*, 8 mars 2011.

1 *L'approche sectorielle et fonctionnelle de la famille*

373. Le droit de l'Union n'a en effet besoin de tenir compte du droit de la famille que dans la mesure de l'accomplissement de ses objectifs propres. Il ne s'agit donc pas de faire produire un effet de droit de la famille au droit de l'Union, mais seulement de tenir compte du droit de la famille pour savoir quels effets de droit de l'Union peuvent se produire. Cela explique pourquoi le droit de l'Union européenne ne prévoit pas une définition générale, une définition européenne, de ce qu'il faut entendre par famille. Il retient plutôt une approche « sectorielle », c'est-à-dire que pour chaque instrument de l'Union on retient une définition propre. La définition des situations familiales par le droit dérivé de l'Union est donc limitée à de multiples égards, ce qui permet de dégager un premier doute sérieux quant à l'affirmation de l'existence d'une définition européenne de la famille. La directive n° 2004/38 inclut ainsi parmi les membres de la famille le conjoint, éventuellement le partenaire, les descendants directs de moins de 21 ans ou à charge, y compris ceux du conjoint ou du partenaire, et les ascendants directs à charge, y compris ceux du conjoint ou du partenaire¹⁴³³. Le règlement n° 883/2004 se contente quant à lui de façon générale d'un renvoi aux droits nationaux¹⁴³⁴, tout en prévoyant en son article 1^{er}, lettre i), paragraphe 1, point 2), que le conjoint, les enfants mineurs et les enfants majeurs à charge sont considérés comme membres de la famille si la législation applicable ne permet pas de distinguer les membres de la famille des autres personnes auxquelles elle s'applique. N'y figure donc plus la référence au partenaire, aux enfants de moins de 21 ans ou aux ascendants, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que ceux-ci soient nécessairement exclus¹⁴³⁵, mais signifie tout de même qu'ils ne sont pas nécessairement inclus, contrairement au régime de la directive n° 2004/38¹⁴³⁶. En préférant retenir une approche sectorielle, dépendante du contexte politique de l'adoption des règlements et directives et fonction des objectifs particuliers poursuivis par l'instrument dont il s'agit, le droit de l'Union autolimité en effet sérieusement sa vocation à vouloir faire aboutir une vision européenne et unique de la famille.

374. Les définitions européennes contenues dans les instruments européens de droit international privé de la famille confirment cette approche. Les définitions qui y sont prévues

¹⁴³³ Voy. l'article 2, § 2 de la directive n° 2004/38.

¹⁴³⁴ C'est-à-dire à la « législation au titre de laquelle les prestations sont servies » ; voy. l'art. 1, lettre i) § 1) i).

¹⁴³⁵ Puisqu'ils peuvent être couverts par l'article 1^{er}, § 1, point 1).

concernent en effet des notions ou concepts accessoires qui sont définis de façon fonctionnelle, c'est-à-dire en fonction de l'objet et du but poursuivi par chaque règlement. Pour la question de la définition de notions ou concepts principaux, telles les « relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance », pour reprendre la liste du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, qui conçoit ces termes comme étant placés sur un pied d'égalité, le premier ne se définissant pas nécessairement par les suivants et les suivants ne constituant pas nécessairement le premier¹⁴³⁷, l'apport est nul. Cette pauvreté, à première vue surprenante, de l'apport de ces règlements à une définition européenne de la famille est due, premièrement, au renvoi qui est fait aux droits nationaux pour la définition des relations familiales, puis secondement, à la définition outrancièrement fonctionnelle faite des notions accessoires qui assortissent potentiellement une même et unique relation familiale principale.

375. Le résultat de l'approche du législateur de l'Union, dont la caractéristique première est son caractère sectoriel, ne peut être qu'une disparité des définitions retenues par les textes européens, ce qui est paradoxal eu égard à l'objectif d'unité du statut familial. Cet inconvénient est en outre aggravé par l'approche fonctionnelle retenue, en particulier en ce que celle-ci fait souvent dépendre la qualification de membre de la famille du fait d'être ou non « à charge »¹⁴³⁸. Autrement dit, la même personne sera du point de vue de l'Union européenne considérée ou non comme membre de la famille non pas uniquement en fonction des liens naturels et juridiques qu'elle entretient avec l'autre personne, mais en fonction des capacités financières respectives de chacune d'entre elles. L'explication de cette situation est simple, car les textes européens qui retiennent cette définition sont des textes relatifs à des droits sociaux, regroupement familial ou prestation de sécurité sociale notamment. A ce titre ils peuvent limiter les bénéficiaires des droits reconnus aux membres de la famille afin de ne

¹⁴³⁶ Sauf pour les partenaires, pour lesquels même la directive n° 2004/38 prévoit que le partenaire est un membre de la famille « optionnel », mais selon des modalités différentes du règlement n° 883/2004, voy. les articles 2, § 2, point b) de la directive n° 2004/38 et art. 1^{er} du règlement n° 883/2004.

¹⁴³⁷ Voy. l'article 1^{er}, § 1 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹⁴³⁸ Voy. les articles 2, §2, points c) et d) de la directive n° 2004/38 et 1^{er} du règlement n° 883/2004. Et ce alors que la détermination de cette qualité se fait en fonction des systèmes de droit international privé des Etats membres, ce qui confirme donc la dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux ; voy. sur ce point par exemple les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi dans l'affaire *Elodie Giersch*, C-20/12, présentées le 7 février 2013, point 26 :

« Il n'est pas possible, pour l'analyse qui va suivre, de partager a priori cette idée de la juridiction de renvoi, car, selon les principes de droit international privé, une telle question doit être résolue en prêtant attention à la loi établissant le statut personnel du sujet dont il s'agit. Par conséquent, ledit article 203 comme interprété dans la jurisprudence luxembourgeoise peut s'appliquer aux citoyens ou résidents luxembourgeois en raison du choix de l'ordre juridique de ce pays opéré en faveur d'un critère de citoyenneté, de domicile ou de résidence qu'il fait pour déterminer un tel statut ».

pas créer de charges trop lourdes à l'égard de certains Etats membres. Il n'en reste pas moins qu'il est difficile de parler, face à une telle instrumentalisation de la notion de « membre de la famille », d'une véritable définition européenne et autonome de la famille.

376. L'absence de définition européenne autonome et générale de la notion de membre de la famille est évidemment une première illustration importante de l'incomplétude du droit de la famille de l'Union européenne. Mais une illustration plus frappante encore peut être trouvée dans les règlements de droit international privé européen de la famille, puisque ceux-ci excluent directement une définition commune et européenne de la famille.

2 *L'exclusion d'une définition européenne de la famille*

377. Les règlements intervenus en matière de droit international privé européen de la famille comportent à leur tour des indications encore plus décevantes quant à la consécration hypothétique d'une définition européenne de la famille. Non seulement le législateur européen y utilise en effet la même approche sectorielle que celle rencontrée au sujet de la directive n° 2004/38 et du règlement n° 883/2004, mais en plus il refuse de définir, par le droit de l'Union européenne, ce qui constitue une relation familiale, pour ne définir que des notions accessoires. Le règlement Bruxelles II *bis* définit ainsi les termes « responsabilité parentale » et « titulaire de la responsabilité parentale »¹⁴³⁹, mais précise aussi qu'« il ne s'applique [pas] à l'établissement de la filiation, qui est une question distincte de l'attribution de la responsabilité parentale »¹⁴⁴⁰. Quant au règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, il définit les termes de « créancier » et de « débiteur »¹⁴⁴¹ et énonce que « la notion d'"obligation alimentaire" devrait être interprétée de manière autonome »¹⁴⁴², tout en précisant que « l'établissement des relations de famille continue à relever du droit national des Etats membres, en ce compris leurs règles de droit international privé »¹⁴⁴³, y compris donc également la définition que le droit national apporte au concept de « relation familiale »¹⁴⁴⁴. La question de l'existence d'une relation matrimoniale ne donne lieu à aucune définition européenne dans le droit positif non plus, et la précision que le règlement Rome III apporte ne

¹⁴³⁹ Voy. l'article 2, §§ 7) et 8) du règlement Bruxelles II *bis*.

¹⁴⁴⁰ Voy. le considérant 10 du règlement Bruxelles II *bis*.

¹⁴⁴¹ Voy. l'article, 2 §§ 10) et 11) du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹⁴⁴² Voy. le considérant 11 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹⁴⁴³ Voy. le considérant 21 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

¹⁴⁴⁴ Voy. le considérant 25 et l'article 22 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

fait que renforcer l'absence de définition européenne des relations matrimoniales, puisque le règlement dispose qu'« aucune décision du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre dont la loi [...] ne reconnaît pas le mariage en question [...] à prononcer un divorce en application du présent règlement »¹⁴⁴⁵. Tous ces instruments ont donc en commun de n'évoquer la notion de « relation familiale », ou une notion qui rentrerait dans cette catégorie, que pour clairement exclure la possibilité d'une définition européenne et réserver la définition aux droits nationaux. Cette situation est une difficulté majeure pour l'émergence et la conceptualisation d'un droit de la famille de l'Union européenne, puisqu'elle est révélatrice d'une dépendance dans laquelle se trouve à l'heure actuelle le droit européen à l'égard des droits de la famille nationaux.

378. Cette dépendance du droit européen de la famille à l'égard des droits de la famille des Etats membres se retrouve également dans un autre domaine, qui concerne la nécessité pour l'Union européenne de définir une relation familiale dans des situations où cette définition ne peut logiquement s'opérer que par le droit de l'Union. Or, cette définition européenne de la famille ne peut se faire qu'en s'appuyant sur les droits nationaux, c'est-à-dire dans un cadre qui confirme encore une fois l'incomplétude du droit européen de la famille.

3 Le caractère hétéronome de la définition européenne de la famille

379. Même en s'arrêtant aux notions que le droit de l'Union considère toujours comme relevant d'une situation familiale, et qui pourraient pour cette raison être considérées comme un noyau dur à partir duquel émergerait un droit européen de la famille, on se rend compte que la définition à laquelle procède le droit de l'Union reste très incomplète. Ainsi, le conjoint et les enfants mineurs sont de façon certaine considérés comme des membres de la famille. Mais le droit de l'Union ne dit ensuite rien sur ce qu'il faut entendre par « conjoint » ou « enfant mineur ». Si pendant un temps l'absence de précision à cet égard a pu être une simple question de bon sens, aucun doute sérieux n'existant à l'égard du contenu de ses termes, il n'en est plus de même aujourd'hui, ce qui permet de mettre en exergue les insuffisances du système européen qui s'opposent à l'existence d'une définition véritablement autonome. Autour du concept de « fonctionnaire marié » s'est en effet posé la question de

¹⁴⁴⁵ Voy. l'article 13 du règlement Rome III.

l'existence ou non d'une définition européenne du mariage, dans une espèce rendant d'ailleurs nécessaire et inévitable de recourir à une définition européenne, car il s'agissait d'un litige relatif à la fonction publique de l'Union européenne dans lequel il n'y a pour le juge de l'Union d'autre *lex fori* que le droit de l'Union européenne¹⁴⁴⁶. La Cour de justice a donc dû y répondre, et dans l'affaire *D et Suède contre Conseil* du 31 mai 2001¹⁴⁴⁷ a précisé que « le terme "mariage", selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent »¹⁴⁴⁸. La solution peut évidemment surprendre en ce qu'au moment de l'arrêt, un premier Etat avait déjà consacré la possibilité d'un mariage comme union entre deux personnes de sexe identique¹⁴⁴⁹, suivi ultérieurement par un certain nombre d'autres Etats. La définition donnée par la Cour est certes correcte, en ce que les unions de personnes de sexe différent peuvent donner lieu à un mariage dans tous les Etats de l'Union. La définition reste cependant insuffisante, car si tout mariage est une union entre deux personnes de sexe différent, pour reprendre la solution de la Cour, toute union entre deux personnes de sexe différent n'est certainement pas un mariage. Il n'y a qu'à penser aux nombreuses formes de partenariats enregistrés ou au concubinage. Or, de façon surprenante, la Cour se contente d'une définition manifestement incomplète¹⁴⁵⁰. En vue de restituer son exactitude à la définition, il est nécessaire de déterminer le concept d'« union » de façon à lui donner des caractéristiques propres au mariage et qui permettent de distinguer celui-ci d'autres formes d'unions possibles, notamment des partenariats enregistrés ou du concubinage. Il apparaît alors, au terme d'une analyse à laquelle la Cour de justice ne s'est

¹⁴⁴⁶ La question ne se poserait aujourd'hui plus dans les mêmes termes, le statut des fonctionnaires de l'Union européenne procédant désormais lui-même à l'assimilation sous conditions du partenaire au conjoint ; voy. notamment l'article 72, § 1 et l'article 6 de l'annexe V du règlement (CE, Euratom, CECA) n° 259/68 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, tel que modifié par le règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du Conseil du 22 mars 2004 modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés (*JO L 124 du 27.4.2004*, p. 1–118) qui prévoient que

« le partenaire non marié d'un fonctionnaire est considéré comme son conjoint [...] si les trois premières conditions prévues à l'article 1^{er}, paragraphe 2, point c), de l'annexe VII sont remplies », ce qui concerne :
« c) le fonctionnaire enregistré comme partenaire stable non matrimonial, à condition que : i) le couple fournisse un document officiel reconnu comme tel par un Etat membre ou par toute autorité compétente d'un Etat membre, attestant leur statut de partenaires non matrimoniaux,

ii) aucun des partenaires ne soit marié ni ne soit engagé dans un autre partenariat non matrimonial, iii) les partenaires n'aient pas l'un des liens de parenté suivants : parents, parents et enfants, grands-parents et petits-enfants, frères et sœurs, tantes, oncles, neveux, nièces, gendres et belles-filles, iv) le couple n'ait pas accès au mariage civil dans un Etat membre ; un couple est considéré comme ayant accès au mariage civil aux fins du présent point uniquement dans les cas où les membres du couple remplissent l'ensemble des conditions fixées par la législation d'un Etat membre autorisant le mariage d'un tel couple ».

¹⁴⁴⁷ C-122/99 P et C-125/99 P.

¹⁴⁴⁸ Point 34 de l'arrêt *D et Suède contre Conseil*.

¹⁴⁴⁹ Les Pays-Bas ont introduit le mariage entre personnes de même sexe en avril 2001.

¹⁴⁵⁰ En se contentant de définir le mariage comme « une union entre deux personnes de sexe différent » (point 34).

malheureusement pas livrée, que le mariage est une union entre deux personnes qui doit être considérée comme revêtant une importance sociale particulière par rapport aux autres formes d'union, qui est solennellement célébrée et qui est reconnue officiellement par l'ordre juridique comme ayant une importance sociale particulière¹⁴⁵¹. Or cette importance sociale particulière que représente le mariage, reliée à l'utilisation même du terme « mariage » dans l'ensemble des législations européennes contemporaines, y compris le droit de l'Union européenne¹⁴⁵², est directement fonction des conditions et effets prévus par l'ordre juridique dans lequel se développe l'union. Pour savoir quel type d'« union » est susceptible d'être un « mariage » au sens de la définition donnée par la Cour de justice, l'on est donc bien obligé de revenir aux ordres juridiques nationaux dans lesquels se déploierait cette union, pour savoir si cette union y bénéficie de cette « importance sociale particulière attachée au concept de mariage ». Ce travail est en réalité très aisé à mettre en œuvre, puisque tous les ordres juridiques nationaux européens connaissent le concept de mariage, et que dès lors, pour savoir si une union a une importance sociale particulière, il suffit de constater que cette union est qualifiée de « mariage » par l'ordre juridique national. Mais ce constat ne peut être fait qu'au regard des normes juridiques nationales, ce qui enlève toute autonomie à la définition du mariage donnée par la Cour. Ici, et en dehors de toute référence explicite faite aux droits nationaux, apparaît très clairement la dépendance du droit de l'Union européenne en matière de droit de la famille à l'égard des ordres juridiques nationaux.

380. Un dernier point vient confirmer l'incomplétude irréductible du droit de la famille de l'Union européenne fondé sur la libre circulation des personnes, qui tient à la dissociation opérée par le droit européen entre la situation familiale elle-même et les effets familiaux recherchés.

¹⁴⁵¹ Autrement dit, ce qui non seulement caractérise, mais aussi définit le mariage, est donc qu'il est une institution.

¹⁴⁵² Et qui ne s'opposent d'ailleurs théoriquement pas à ce qu'elles s'appliquent aux couples de même sexe. Voy. sur ce point not. l'opinion du juge à la Cour suprême des Etats-Unis Anthony Kennedy (nommé par un président conservateur), s'exprimant au nom de la majorité de la Cour dans la décision autorisant le mariage entre personnes de même sexe pour l'ensemble des Etats-Unis (*Obergefell voy. Hodges*, 576 U.S. (2015), du 26 juin 2015 ; en conclusion, à la page 28) :

« No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. »

4 La dissociation des effets familiaux de la situation familiale

381. L'absence de qualification autonome par le droit de l'Union est aggravée par le fait que le droit européen procède lui-même à une dissociation de certains « effets européens familiaux » de la qualité de membre de la famille au sens du droit de l'Union européenne. Ce mouvement est susceptible de jouer dans les deux sens. Une situation considérée comme n'étant pas de nature familiale peut y être assimilée afin que certains effets normalement applicables en raison de la qualité de membre de la famille se produisent. L'exemple topique, quoique historique depuis l'adoption de la directive n° 2004/38¹⁴⁵³, est donné par l'arrêt *Reed* rendu par la Cour de justice le 17 avril 1986¹⁴⁵⁴. Interrogée d'une part, sur l'interprétation à donner du terme « conjoint », en vue de l'éventuelle inclusion de partenariats ou concubinages stables, d'autre part, sur la qualification, en tant qu'« avantage social », de la possibilité d'obtenir un droit de séjour pour le partenariat non marié, la Cour apporte deux réponses opposées. Elle décide ainsi expressément que le règlement en cause « ne peut être interprété en ce sens qu'un partenaire ayant une relation stable [...] doit être assimilé sous certaines conditions au "conjoint" »¹⁴⁵⁵. Elle refuse donc d'assimiler le partenariat au mariage, excluant par là même que les partenariats soient considérés au vu de l'application de la réglementation en cause comme des relations familiales¹⁴⁵⁶. Mais elle décide en même temps que s'agissant de l'effet principalement recherché, à savoir le droit au regroupement familial, celui-ci constitue un « avantage social »¹⁴⁵⁷. Dès lors « un Etat membre qui permet à ses nationaux d'obtenir que leur partenaire non marié, non ressortissant de cet Etat membre, séjourne sur son territoire ne peut refuser d'accorder le même avantage aux travailleurs migrants ressortissants d'autres Etats membres »¹⁴⁵⁸. Après avoir refusé d'assimiler le partenariat non marié au mariage, la Cour fait donc néanmoins produire au droit de l'Union

¹⁴⁵³ Qui clarifie par son article 2, § 2, point b), cette question en procédant à une assimilation sous conditions du partenariat au mariage.

¹⁴⁵⁴ Affaire 59/85.

¹⁴⁵⁵ Point 16 de l'arrêt.

¹⁴⁵⁶ Ce raisonnement ne remet d'ailleurs pas en cause l'absence de définition communautaire de la famille. Le fait que la situation en cause soit considérée comme constitutive d'une situation familiale au sens de la législation nationale pertinente était en effet sans conséquence pour la solution. Le droit en cause n'était en effet pas conditionné à la qualité de membre de la famille, mais conditionné à la qualité de conjoint. Dire que le partenariat n'est pas un mariage n'implique donc pas que le partenariat ne peut pas être une situation familiale. La solution de la Cour n'implique donc pas *a contrario* une définition communautaire des relations familiales dont seraient exclus les partenariats, car il n'y a pas lieu de procéder à une telle recherche de ce qui doit constituer une relation familiale aux yeux de l'ordre juridique communautaire. L'absence de définition communautaire de la famille est ainsi en réalité confortée par l'arrêt de la Cour.

¹⁴⁵⁷ Point 28 de l'arrêt.

¹⁴⁵⁸ Point 29 de l'arrêt.

un effet réservé normalement à l'existence d'une situation familiale. La seule condition, mais évidemment celle-ci est de taille, est que la situation doit être considérée comme familiale par l'Etat membre d'accueil. Si cet Etat assimile ainsi le partenariat au mariage en vue du regroupement familial, le droit de l'Union impose que les effets de cette assimilation doivent bénéficier également aux autres ressortissants de l'Union résidant dans cet Etat. Concernant les effets recherchés, le partenariat aura donc été assimilé au mariage, alors qu'en lui-même il ne sera pas considéré comme consacrant une relation familiale au sens du droit de l'Union, la Cour de justice refusant expressément de l'assimiler au mariage. Le résultat paraît donc paradoxal : il peut y avoir un effet familial européen en l'absence de relation familiale européenne.

382. Dans le même sens d'une dissociation entre l'effet résultant de l'existence d'une situation familiale et la qualification familiale à proprement parler de la situation en cause, une situation considérée comme étant normalement de nature familiale peut néanmoins être exclue du champ d'application du droit de l'Union ayant vocation à s'appliquer aux relations familiales. Tel est de façon générale le cas avec la soumission fréquente de la qualité de membre de la famille, au sens européen du terme, à l'existence ou non d'une dépendance économique, c'est-à-dire le fait d'être « à charge »¹⁴⁵⁹. Tel est ensuite, de façon plus particulière, le cas avec la notion de partenaire aux fins de l'application de la directive n° 2004/38, pour laquelle l'existence d'un partenariat peut et ne peut pas ouvrir droit à la reconnaissance de la qualité de membre de la famille, et donc à l'attribution des droits qui en découlent, en fonction de la position adoptée par l'Etat membre d'accueil sur la qualité conférée au partenariat¹⁴⁶⁰. Le résultat obtenu par rapport au droit antérieur est d'ailleurs original. Alors qu'antérieurement le partenariat était considéré comme n'étant pas une relation familiale au sens du règlement n° 1612/68¹⁴⁶¹, il pouvait néanmoins ouvrir droit au regroupement familial si l'Etat membre d'accueil conférait une telle possibilité aux partenaires de ses ressortissants nationaux. Désormais le partenariat sera considéré comme

¹⁴⁵⁹ Voy. les articles 2, §2, points c) et d) de la directive n° 2004/38 et 1^{er}, lettre i), paragraphe 1, point 2) du règlement n° 883/2004.

¹⁴⁶⁰ En application de l'article 2, § 2, point b) de la directive n° 2004/38, est considéré comme membre de la famille,

« le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, si, conformément à la législation de l'Etat membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil ».

¹⁴⁶¹ Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JO L 257 du 19.10.1968, p. 2-12).

étant une relation familiale au sens de la directive n° 2004/38, sauf si l'Etat membre d'accueil refuse d'assimiler le partenariat au mariage. Et dans la mesure où il ne confère pas de droit au regroupement familial aux partenaires de ses ressortissants nationaux, il ne sera pas non plus tenu de conférer un tel droit aux partenaires de ressortissants de l'Union, bien que dans d'autres Etats membres, y compris celui de création du partenariat, ce partenariat puisse être considéré comme une relation familiale européenne ouvrant droit au regroupement familial prévu par la directive n° 2004/38. On serait alors en face d'une relation familiale européenne qui ne produit cependant pas l'effet familial européen recherché.

383. Les situations révélatrices de l'incomplétude du droit de la famille de l'Union européenne sont donc multiples. Il nous semble dès lors d'autant plus nécessaire de rechercher et d'analyser la cause des déficits conceptuels du droit de la famille de l'Union européenne.

C Des déficits conceptuels révélateur d'une « référence-dépendance » à l'égard des ordres juridiques nationaux

384. L'ensemble des déficits mis en exergue est la conséquence de l'incomplétude pour le moment irréductible de l'ordre juridique de l'Union européenne en matière familiale. Le droit de la famille de l'Union européenne se contente en effet soit d'une référence aux ordres juridiques nationaux en vue de la détermination de la situation familiale, soit, lorsqu'il prétend déterminer lui-même la situation familiale, révèle une véritable dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux. De ce point de vue, il est évident que la libre circulation des personnes, entendue en son sens économique traditionnel, ne peut avoir qu'une influence très limitée sur l'objectif d'unité du statut familial. La libre circulation des personnes au sein de l'Union implique en effet seulement que certains *effets familiaux* soient reconnus uniformément au sein de l'ensemble de l'Union, mais n'impose pas la reconnaissance de la *situation familiale* en tant que telle. Les Etats membres sont donc libres quant à la détermination du caractère familial de la situation, ce qui est l'élément déterminant face à l'objectif d'unité du statut familial, et ce n'est qu'à l'égard des effets que produira cette situation familiale que le droit de l'Union européenne traditionnel apportera des indications.

385. Tant que la soi-disante « qualification européenne »¹⁴⁶² s'appuie ainsi sur des notions juridiques dont la réalisation ne relève que du droit national, elle perd son sens « européen », tant du moins que la qualification « européenne » est entendue comme étant nécessairement « autonome ». Il ne peut en effet y avoir véritable qualification autonome que si l'ordre juridique qui qualifie ainsi prend lui-même directement en considération la situation factuelle pour la confronter aux conditions d'applicabilité de sa propre règle juridique. Or tel n'est pas le cas pour la qualification de « membre de la famille » telle qu'opérée par le droit dérivé de l'Union européenne. Celui-ci énonce en effet une règle, dont l'hypothèse comporte la notion de « membre de la famille ». Mais au lieu de rechercher si factuellement la situation correspond à ce que le législateur européen entend par « membre de la famille », il y a un renvoi à des notions juridiques que le droit de l'Union prend en compte, mais qu'il ne confronte pas à la situation de fait, et donc ne revêt pas lui-même d'une qualité juridique propre. La réalisation du passage essentiel du fait au droit, c'est-à-dire le quand et par qui la situation de fait est revêtue d'une qualité juridique, reste résolument nationale, puisque ce sont les ordres juridiques nationaux qui vont déterminer si la situation de fait correspond à leurs yeux juridiquement à un lien de famille. La véritable qualification s'opère donc au niveau national, et le droit de l'Union se contente ensuite de prendre en considération cette qualification et les notions et situations juridiques retenues par les ordres juridiques nationaux pour en déduire que telle notion juridique nationale – et non pas situation de fait ! – doit correspondre à telle notion juridique européenne. L'autonomie, au sens de capacité pour l'ordre juridique à procéder par et pour lui-même à la détermination de la qualité juridique d'une situation de fait donnée, fait donc défaut, et partant il n'y a plus lieu non plus de parler de définition proprement européenne, sauf à la désolidariser de l'exigence d'une qualification autonome et à la rendre directement dépendante des droits nationaux¹⁴⁶³. Dans cette situation, dans laquelle la qualification européenne est dépendante des normes juridiques nationales, il ne peut plus s'agir d'une qualification « autonome », mais d'une qualification européenne « hétéronome ».

¹⁴⁶² Qui est ici conceptuellement la continuité de la « qualification communautaire » ou « qualification autonome » ; sur celle-ci, voy. not. M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *Journal du droit international* 2004.789-816 ; B. HAFTEL, « Entre »Rome II" et »Bruxelles" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement »Rome I" », *Journal du droit international* 2010.761-788.

¹⁴⁶³ Ici il y a lieu d'ailleurs de mettre en exergue l'importance que revêt en réalité la distinction entre qualification communautaire et qualification autonome, alors que les deux sont tenus traditionnellement pour synonymes dans la doctrine communautariste. Dès que l'on accepte en effet la possibilité d'une qualification communautaire qui n'est pas autonome, mais qui opère par rapport à des notions juridiques nationales, le droit de

386. Un autre aspect fondamental révélateur de l'impossibilité d'une définition autonome des concepts familiaux au niveau européen, et en cela caractéristique de la dépendance du droit de l'Union à l'encontre des ordres juridiques des Etats membres, mérite en outre d'être soulevé. A côté de la question de l'existence d'une définition européenne de la situation familiale se pose également une autre question théoriquement déterminante, qui est celle de savoir s'il y a une « existence » ou « validité » européenne de la situation familiale en cause. A ce titre, la réponse est particulièrement nette concernant le droit dérivé classique. La validité de la situation familiale est en effet laissée à l'appréciation des autorités et ordres juridiques nationaux, qui appliqueront donc leur droit national, y compris le droit international privé national, pour savoir si une personne peut être considérée comme étant dans une certaine relation familiale. Même si le droit de l'Union définit le cas échéant ce qu'il entend par membre de la famille, notamment en vue de l'application de la directive n° 2004/38 ou du règlement n° 883/2004, la détermination de la qualité de membre de la famille, c'est-à-dire notamment de conjoint, d'ascendant, de descendant et/ou de partenaire relèvera toujours des droits nationaux. Si l'Etat d'accueil considère ainsi le mariage invoqué comme n'étant pas valable, il ne sera pas obligé de voir dans la personne qui en invoque le bénéficiaire un « conjoint »¹⁴⁶⁴. Le raisonnement est très proche de celui suivi en matière de nationalité et par lequel la Cour refuse en principe de se prononcer sur l'attribution de la nationalité par un Etat membre, mais impose ensuite le respect du lien juridique ainsi créé¹⁴⁶⁵. Et une autre confirmation révélatrice de cette approche est trouvée dans le droit des sociétés avec la détermination de la qualité de personne morale, la Cour affirmant explicitement qu'« en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire [...], la question de savoir si l'article 43 CE [sur la liberté d'établissement] s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article, à l'instar, d'ailleurs, de celle de savoir si une personne physique est un ressortissant d'un Etat membre pouvant, à ce titre, bénéficier de cette liberté, constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable »¹⁴⁶⁶. L'absence de reconnaissance du statut familial obtenu n'est donc pas contraire au droit de l'Union européenne. C'est uniquement lorsque l'Etat reconnaît le statut familial en lui-même, mais lui

l'Union pourra en effet prendre en considération les effets juridiques reconnus par le droit national à telle ou telle situation familiale pour en déduire tel ou tel effet vis-à-vis du droit de la famille de l'Union.

¹⁴⁶⁴ Ce qui est confirmé également par l'absence d'obligation en ce sens même pour les règlements de droit international privé européen de la famille (cf. *infra*, not. n° 508 et s.).

¹⁴⁶⁵ Voy. not. *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, [1992] 1992 I-04239, par. 10 (Cour de justice) ; *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, [2010] ECLI :EU :C :2010 :104 (Cour de justice).

refuse certains effets dont le respect est commandé par le droit de l'Union, que l'on se trouve face à une violation du droit de l'Union européenne. Or, l'objectif d'unité du statut familial implique le respect de la situation familiale en elle-même, et non seulement la reconnaissance de certains effets en découlant.

387. Le droit de l'Union européenne est ainsi encore loin d'une qualification autonome et plus encore de la reconnaissance d'une existence ou validité européenne des situations familiales, ce qui ne l'empêche nullement de légiférer sur des questions touchant à des questions familiales et de faire fonctionner cette législation de façon cohérente et convaincante. Il procède à cette fin à une définition européenne hétéronome des « membres de la famille », sur la base le plus souvent d'une référence aux ordres juridiques nationaux, nécessaire en vue de la réalisation des objectifs de l'Union en certains domaines dans lesquels l'effectivité du droit européen, essentiellement le droit de circuler librement en tant qu'acteur économique, est dépendante de la prise en compte de la situation familiale du bénéficiaire. Ainsi le droit de l'Union européenne peut atteindre son objectif traditionnel de libre circulation des personnes, même lorsqu'il touche à des questions de statut familial, sans avoir à consacrer l'objectif d'unité du statut familial, ni à s'immiscer dans le cœur de la politique familiale des Etats membres. Il en résulte qu'en sa dimension économique, la libre circulation des personnes au sein de l'Union¹⁴⁶⁷ implique seulement que certains effets familiaux soient reconnus uniformément au sein de l'ensemble de l'Union, mais on ne dit rien sur la reconnaissance de la relation familiale en tant que telle. Le droit de l'Union peut donc se contenter, comme nous l'avons vu, d'une référence/dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux. Il reste ensuite à analyser l'influence que peuvent avoir les autres objectifs économiques de l'Union européenne sur l'objectif d'unité du statut familial.

II L'influence inexistante d'autres objectifs économiques

388. Il peut paraître surprenant de vouloir chercher le fondement de l'objectif d'unité du statut familial dans d'autres objectifs économiques de l'Union que la libre

¹⁴⁶⁶ *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, [2008] ECLI :EU :C :2008 :723, par. 109 (Cour de justice).

¹⁴⁶⁷ A l'égard de laquelle il ne faut en outre pas perdre de vue que « le droit de séjourner sur le territoire des États membres, reconnu directement à tout citoyen de l'Union par l'article 18 CE, n'est pas inconditionnel » et qu'« il n'est reconnu que sous réserve des limitations et conditions prévues par le traité et par les dispositions prises pour son application », voy. par exemple l'arrêt du 7 septembre 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, points 31 et 32.

circulation des personnes. Le traité sur l'Union européenne, à la fois par son préambule et par son article 3 sur les objectifs de l'Union, semble en effet assez clairement faire la part des choses entre les objectifs économiques tels la volonté de la part des Etats membres de « renforcer leurs économies ainsi [que d'] en assurer la convergence, et [d']établir une union économique et monétaire », de « promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et [de] mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines » et les objectifs politiques qui se déduisent de la volonté d'« établir une citoyenneté commune aux ressortissants de leurs pays » et de « faciliter la libre circulation des personnes, tout en assurant la sûreté et la sécurité de leurs peuples, en établissant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». L'article 3, par ses paragraphes 2 et 3, distingue également clairement ces deux questions¹⁴⁶⁸.

389. Si la question de savoir si d'autres objectifs économiques que la libre circulation des personnes peuvent fonder ou avoir une influence sur l'objectif d'unité du statut familial se pose néanmoins, c'est parce que le traité lui-même semble relier les éléments susceptibles de fonder l'objectif d'unité du statut familial à certaines considérations économiques. En réalité ce sont la réalisation ou le fonctionnement du marché intérieur qui sont mis en avant, ce qui justifie que l'étude se limite ici à ce point. Sans surprise, le marché intérieur se révèle insusceptible de justifier l'objectif d'unité du statut familial (A), ce qui permet de constater la nécessité d'une éviction des objectifs économiques traditionnels de l'Union européenne face à l'émergence de l'objectif d'unité du statut familial (B).

¹⁴⁶⁸ Article 3 TUE :

« 2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. »

A L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur son lien avec le marché intérieur

390. Le paragraphe 2 de l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en affirmant que « le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation [...] des personnes [...] est assurée selon les dispositions des traités » opère un lien net entre la libre circulation des personnes et l'objectif économique par excellence de l'Union européenne qu'est le marché intérieur. L'article 81 évoque également un lien entre la coopération judiciaire en matière civile et le marché intérieur en affirmant que l'Union européenne intervient dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière « notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». L'impression d'une dépendance ou d'une influence du bon fonctionnement marché intérieur à l'égard de l'objectif d'unité du statut familial peut donc surgir.

391. L'analyse approfondie de la question permet cependant de dissiper l'inquiétude née de cette impression. L'Union européenne admet en effet l'absence d'objectif économique sur le développement des mesures qui contribuent à concrétiser l'objectif d'unité du statut familial. D'une part, aucun des textes relatifs au droit de la famille de l'Union européenne ne poursuit un objectif de caractère économique. De façon totalement hypocrite, la dimension économique du droit des successions a d'ailleurs été utilisée comme argument, suivi par le législateur, pour considérer que cette matière ne relevait pas du droit de la famille¹⁴⁶⁹. D'autre part, il n'y a plus besoin aujourd'hui de caractériser l'incidence sur le marché intérieur, grâce au changement de perspective subtil mais profond obtenu suite à l'introduction de l'adverbe « notamment »¹⁴⁷⁰ dans la formule de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il y a donc une prise de conscience de ce que la logique économique est inapte à

¹⁴⁶⁹ Voy. la base juridique du règlement n° 650/2012 sur les successions, sur laquelle cf. *supra*, n° 17.

¹⁴⁷⁰ Sur l'absence de discussion de cette modification importante, voy. not. Voy. HEUZE, *D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois*, préc., note 1209. Cette modification aura au moins pour mérite d'éviter des motivations à tout le moins maladroites de la part de la Commission, qui pour la proposition Rome III énonçait encore que « les institutions communautaire disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si une mesure est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », pour continuer par la pétition de principe que « la proposition facilite le bon fonctionnement du marché intérieur puisqu'elle supprimera toutes les entraves à la libre circulation de personnes aujourd'hui confrontées à des problèmes dus aux différences qui subsistent entre les droits nationaux en matière de loi applicable et de compétence matrimoniale ». Autant dire que le caractère artificiel de leur raisonnement n'échappait nullement aux fonctionnaires européens.

justifier une intervention européenne en matière de droit de la famille et qu'il fallait détacher le droit de la famille de l'Union européenne de la réalisation du marché intérieur¹⁴⁷¹.

392. Ce changement d'approche est confirmé par l'analyse des textes intervenus ou à intervenir en matière de droit international privé européen de la famille. Ainsi, conformément aux exigences du traité, le législateur de l'Union cherchait initialement à rattacher les instruments intervenus en matière de droit international privé de la famille au bon fonctionnement du marché intérieur. Le règlement Bruxelles II évoque ainsi « l'objectif de la libre circulation des jugements en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale »¹⁴⁷². L'affirmation de cet objectif suit la logique selon laquelle « le bon fonctionnement du marché intérieur exige d'améliorer et de simplifier la libre circulation des jugements en matière civile »¹⁴⁷³. Ces considérants évoquent les formulations utilisées par le règlement Bruxelles I, qui parle de l'« objectif de la libre circulation des décisions en matière civile et commerciale »¹⁴⁷⁴ et de la « libre circulation des jugements »¹⁴⁷⁵. Mais là où pour le règlement Bruxelles I, la nature économique des questions traitées ne fait que peu de doute, ce qui justifie alors le lien avec le marché intérieur et l'intervention du législateur de l'Union, pour les règlements touchant aux questions familiales, il semble tout de même excessivement artificiel de considérer ces questions comme étant de nature économique, ce qui s'oppose dès lors au lien avec le marché intérieur et laisse planer un doute sérieux sur les titres d'intervention du législateur européen. Il n'est par conséquent pas surprenant que dès que l'exigence du lien avec le marché intérieur posé par l'article 65 TCE a pu paraître en voie de disparition¹⁴⁷⁶, les instances de l'Union n'ont plus cru nécessaire de se référer à un tel principe de libre circulation des décisions, ni d'établir un lien avec le bon fonctionnement du marché intérieur. Le règlement Bruxelles II *bis* ne contient en effet plus de tels éléments dans ces considérants. Quant au règlement sur les obligations alimentaires, il ne reprend pas non plus la libre circulation des décisions ou des jugements comme un moyen de démontrer le lien avec le marché intérieur, mais se réfère dans son considérant 45 à la facilitation de la « libre

¹⁴⁷¹ Au-delà du fait que, comme nous venons de le voir, la logique purement économique peut se contenter d'un droit de la famille de l'Union européenne qui s'appuie sans les modifier sur les différents droits internationaux privés de la famille des Etats membres.

¹⁴⁷² Voy. le considérant 7 du règlement Bruxelles II.

¹⁴⁷³ Voy. le considérant 2 du règlement Bruxelles II.

¹⁴⁷⁴ Voy. le considérant 6 du règlement Bruxelles I.

¹⁴⁷⁵ Voy. le considérant 10 du règlement Bruxelles I.

¹⁴⁷⁶ Le projet de traité constitutionnel ayant été adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003 et remis au président du Conseil européen à Rome le 18 juillet 2003 (note accessible sous

circulation des personnes ». Cette référence est d'ailleurs pleinement justifiée, puisque le droit de séjour et de résidence des ressortissants de l'Union dans d'autres Etats membres de l'Union que leur Etat national est souvent conditionné ou limité par l'exigence de ressources suffisantes¹⁴⁷⁷. Le défaut d'obtention du paiement effectif des créances alimentaires peut donc être pour le créancier d'aliments un obstacle non seulement pratique, mais également juridique, à l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union. Face à la pertinence de l'insertion du lien avec la libre circulation des personnes par le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, on n'en reste que davantage surpris de ne pas retrouver un tel lien pour le règlement Bruxelles II *bis*. La justification du règlement Bruxelles II *bis* reste donc incertaine. Il ne s'agit pas de la libre circulation des jugements ou décisions, dont le caractère trop artificiel est ainsi implicitement reconnu par les instances de l'Union. Mais au regard des objectifs affichés par le texte lui-même, il ne s'agit pas nécessairement de la libre circulation des personnes non plus. Le règlement Rome III apporte une précision bienvenue à ces interrogations, en prévoyant que les objectifs du règlement sont « le renforcement de la sécurité juridique, la prévisibilité et la flexibilité – *et dès lors la facilitation de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne* – dans les procédures matrimoniales internationales »¹⁴⁷⁸. Il y a donc là un recentrage important de l'action de l'Union européenne vers une finalité humaine plus clairement assumée, qui serait, en vue de la garantie du plein exercice de la libre circulation des personnes, la reconnaissance de la situation familiale au sein de l'ensemble de l'Union. La formulation extrêmement générale choisie est dépourvue de tout lien direct avec d'éventuelles considérations économiques, ce qui permet d'y voir une réelle volonté de dépasser la nature économique de l'action de l'Union européenne et traduit une vraie prise de conscience de ce que « la consécration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice va bien au-delà de la seule intégration économique »¹⁴⁷⁹.

393. Cette évolution vers une négation de l'influence des considérations économiques sur l'action de l'Union européenne en matière de droit de la famille est évidemment heureuse, tant il est nécessaire en ce domaine de détacher clairement les objectifs

<http://european-convention.eu.int/docs/treaty/cv00850.fr03.pdf>), et l'article III-170, paragraphe 1., relatif à la coopération judiciaire en matière civile abandonnait toute référence au marché intérieur.

¹⁴⁷⁷ Voy. l'article 7, § 1, point b) de la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004.

¹⁴⁷⁸ Voy. le considérant 29 du règlement Rome III, c'est nous qui soulignons.

¹⁴⁷⁹ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620, spéc. p. 44.

économiques traditionnels de l'Union européenne du droit de la famille de l'Union européenne émergent.

B La marginalisation des objectifs traditionnels de l'Union européenne face à l'objectif d'unité du statut familial

394. Traditionnellement, le droit de l'Union vise l'achèvement d'un marché commun, notamment à travers le principe de la libre circulation. Or, cet objectif ayant un contenu principalement économique, qui ne saurait, comme nous venons de le voir, avoir d'incidence sur l'unité du statut familial, il ne se retrouve pas dans le droit de la famille de l'Union européenne et ne doit donc pas guider l'action européenne en ce domaine. Le seul aspect du droit de l'Union traditionnel pour lequel l'objectif d'unité du statut familial est pertinent est celui relatif à l'influence sur la libre circulation des personnes. Mais cet aspect répond à des objectifs qui n'ont finalement qu'une influence économique insignifiante. Au sein des trois libertés de circulation des personnes qui doivent être distinguées¹⁴⁸⁰, la circulation du citoyen¹⁴⁸¹, du travailleur¹⁴⁸², et du prestataire de service¹⁴⁸³, l'influence pour le droit international privé européen de la famille ne saurait en définitive être de nature économique. La première, et c'est ce qui lui confère toute son originalité et son importance, n'a en effet en elle-même aucun contenu économique, mais politique, tandis que les deux autres ne sont, comme vu précédemment, qu'indirectement et insuffisamment concernées. Le fait que les règles du droit de la famille diffèrent d'un Etat membre à un autre ne forme en effet aucun obstacle d'ordre économique à la libre circulation des travailleurs ou des prestataires de service, et ne constitue aucune entrave à cette liberté.

395. Si certains arrêts de la Cour de justice, notamment les arrêts *Vlassopoulou*, *Dafeki* et *Konstantinidis* ont pu avoir une influence sur les systèmes d'état civil des

¹⁴⁸⁰ Sur lesquelles, voy. par exemple : M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », dans Angelika FUCHS, Horatia Muir WATT, Étienne PATAUT et Jean-Sylvestre BERGE (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 31-80 à la page 48.

¹⁴⁸¹ Voy. l'article 20 TFUE et s.

¹⁴⁸² Voy. l'article 45 TFUE et s.

¹⁴⁸³ Voy. l'article 56 TFUE et s.

Etats membres¹⁴⁸⁴, cette influence restait extrêmement limitée. Intervenues en matière de nom, ces arrêts reconnaissent certes la possibilité d'une entrave. Mais cette influence du droit de l'Union européenne traditionnel en matière d'état civil ne s'établit que dans la mesure où une incidence économique a été établie de façon directe. Dans l'affaire *Konstantinidis* du 30 mars 1993¹⁴⁸⁵, la Cour de justice a ainsi estimé que les règles sur la transcription en lettres latines d'un nom grec « ne doivent être considérées comme incompatibles avec l'article 52 du traité [portant sur la suppression des restrictions à la liberté d'établissement] que dans la mesure où leur application crée pour un ressortissant hellénique une gêne telle qu'elle porte, en fait, atteinte au libre exercice du droit d'établissement que cet article lui garantit »¹⁴⁸⁶. La limitation que le droit de l'Union pouvait apporter au droit national dans un tel domaine relevant de la compétence des Etats membres était donc conditionnée par la nécessité de démontrer que la pratique nationale portait atteinte à la liberté d'établissement. Cette atteinte résultait en l'espèce du risque de confusion créée auprès de la clientèle en raison de la différence entre la graphie du nom résultant de la translittération en lettres latines et la prononciation du nom, ce qui place le ressortissant grec dont le nom est transcrit « dans une situation de droit ou de fait désavantageuse par rapport à la situation faite, dans les mêmes circonstances, à un ressortissant de [l'Etat membre d'accueil] »¹⁴⁸⁷. L'affaire montre la dépendance directe de la solution à l'égard de considérations économiques. En plaçant le prestataire de service étranger dans une situation moins favorable que les prestataires de services « locaux », l'Etat membre d'accueil procède à une discrimination fondée sur la nationalité faussant la concurrence et portant dès lors atteinte à la liberté de circulation du prestataire de service. Il aurait sans doute été possible, voire préférable, de suivre davantage les conclusions de l'avocat général, qui avait insisté sur le fait que « le droit communautaire ne considère pas le travailleur migrant [...] simplement comme un agent économique et un facteur de production ayant droit aux mêmes conditions de salaire et de travail que les ressortissants de l'Etat d'accueil ; il le considère comme un être humain (*sic*) qui a le droit de

¹⁴⁸⁴ Voy. p. ex. J.-M. FLAUS, « Etat civil et droit communautaire », dans Jean-François GERKENS (dir.), *Mélanges Fritz Sturm : offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, 2, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, spéc. p. 1469- 1488.

¹⁴⁸⁵ Affaire C-168/91, sur cet arrêt voy. notamment : Christof Böhmer, Die Transliteration ausländischer Namen, in : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1994, p.80-82 ; Jean-François Flauss, L'état civil saisi par le droit communautaire, in : Les petites affiches, 1994, n° 65, p.22-28 ; Walter Pintens, Der Fall Konstantinidis. Das Namensrecht als Beispiel für die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Privatrecht, in : Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 1995, p.92-104.

¹⁴⁸⁶ Voy. le point 15 de l'arrêt dans l'affaire *Konstantinidis*.

¹⁴⁸⁷ Voy. le point 13 de l'arrêt dans l'affaire *Konstantinidis*.

vivre dans cet Etat "dans des conditions objectives de liberté et de dignité" »¹⁴⁸⁸. L'avocat général en avait d'ailleurs déduit de façon fort intéressante « l'existence d'un principe selon lequel l'État doit respecter non seulement le bien-être physique de l'individu, mais aussi sa dignité, son intégrité morale et son sentiment d'identité personnelle »¹⁴⁸⁹. La position de la Cour est nettement en retrait par rapport à ces considérations, comme le montre également l'absence de prise en considération d'un raisonnement fondé sur les droits fondamentaux¹⁴⁹⁰ et le refus de la consécration d'un « code commun de valeurs fondamentales »¹⁴⁹¹. Les premières avancées jurisprudentielles sont ainsi restées très limitées, car « la Cour ne s'est pas départie de ses considérations économiques traditionnelles »¹⁴⁹².

396. Restait alors à savoir dans quelle mesure cette solution, enchâssée comme elle l'était dans le carcan économique, pouvait être transposée à la libre circulation du citoyen, dont la nature ne doit pas être économique, mais politique. La jurisprudence de l'arrêt *Konstantinidis* a alors été étendue, par deux décisions fondamentales sur lesquelles nous reviendrons encore plus longuement, à des situations où aucune incidence économique ne pouvait être directement relevée. Il s'agissait en effet de situations dans lesquelles les intéressés « portent des noms de famille différents au regard [de] deux systèmes juridiques concernés »¹⁴⁹³, et qui soulevaient la question de savoir quelles conséquences devaient résulter de cette situation au regard des articles 18, 20 et 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁴⁹⁴ sur l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, l'institution de la citoyenneté de l'Union et la libre circulation du citoyen de l'Union. Dans l'affaire *Garcia Avello* du 2 octobre 2003¹⁴⁹⁵ a encore prévalu un raisonnement très proche de

¹⁴⁸⁸ Voy. le point 24 des conclusions dans l'affaire *Konstantinidis* du 9 décembre 1992, en reprenant la formule du cinquième considérant du préambule du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257, p. 2.

¹⁴⁸⁹ Point 39 des ccn, principe déduit des « traditions constitutionnelles des États membres ».

¹⁴⁹⁰ Pourtant longuement exposé par l'avocat général aux points 31 à 51 de ses conclusions dans l'affaire *Konstantinidis*, et dont le respect serait nécessaire pour éviter de voir les personnes exerçant les libertés de circulation « condamnés[es] à avoir la main droite coupée », spécialement point 45.

¹⁴⁹¹ Lié par l'avocat général Jacobs au « droit d'affirmer "*civis europeus sum*" », voyez le point 46 de ses conclusions dans l'affaire *Konstantinidis*.

¹⁴⁹² E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 59

¹⁴⁹³ *Garcia Avello*, [2003] 2003 I-11613, par. 35 (Cour de justice).

¹⁴⁹⁴ Anciens articles 12, 17 et 18 TCE.

¹⁴⁹⁵ C-148/02, sur cet arrêt voy. notamment : Mathias Audit, Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe, in : Dalloz, 2004, p.1476-1479 ; Juliana Mörsdorf-Schulte, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, in : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2004 p.315-326 ; Paul Lagarde, Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité, in : Revue critique de droit international privé 2004 p.192-202 ; Jean Hauser, Personnes et droits de la famille. Nom : il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne!, in : Revue trimestrielle de droit civil, 2004, p.62-63 ; Sylvaine

l'arrêt *Konstantinidis*, fondé sur la prohibition des discriminations exercées en raison de la nationalité, pour justifier l'apparition de l'objectif d'unité du statut personnel. Dans l'affaire *Grunkin et Paul* du 14 octobre 2008¹⁴⁹⁶, c'est au contraire la notion d'entrave à l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres qui a servi de fondement à la consécration implicite de ce même objectif d'unité du statut personnel. Dans les deux cas on restait donc *a priori* dans le cadre des raisonnements habituels de droit de l'Union fondés sur la notion d'entrave à la circulation¹⁴⁹⁷. Il y a néanmoins une différence fondamentale avec l'affaire *Konstantinidis*, car si dans l'affaire *Konstantinidis*, on était encore dans le domaine du droit européen économique, avec les affaires *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*, ce domaine économique a été abandonné. Cet abandon est une suite assez logique de l'émancipation de la citoyenneté européenne des considérations économiques par les arrêts *Martinez-Sala*¹⁴⁹⁸, *Grzelczyk*¹⁴⁹⁹ et *Baumbast*¹⁵⁰⁰, la Cour de justice étant par ce dernier arrêt particulièrement éloquente, en affirmant que « le traité sur l'Union européenne n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité »¹⁵⁰¹.

397. L'extension des principes du droit de l'Union de situations ayant directement une incidence économique à des situations où cette incidence économique fait défaut est la

Poillot-Peruzzetto, *Journal du droit international*, 2004, p.1225-1237 ; Rainer Frank, in : *Die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello und ihre Auswirkung auf das internationale Namensrecht*, *Das Standesamt* 2005 p.161-168 ; Tobias Helms, *Europarechtliche Vorgaben zur Bestimmung des Namensstatuts von Doppelstaatern : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 2.10.2003, C-148/02 - Garcia Avello*, in : *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2005, p.36-39.

¹⁴⁹⁶ C-353/06, sur cet arrêt voy. notamment : Katja Funken, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2008, p.2091-2092 ; Fabienne Kauff-Gazin, *Liberté de circulation et nom patronymique*, in : *Europe*, 2008, Décembre, commentaire n° 397, p.9 ; Laurence Idot, *Nationalité et attribution du nom*, in : *Europe*, 2008, Décembre, commentaire n° 431, p.28 ; Jürgen Rieck, *Anerkennung des Familiennamens in Mitgliedstaaten - Grunkin-Paul*, in : *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, p.125-129 ; Alain Devers, *Non-reconnaissance dans l'Etat membre dont il est ressortissant du nom acquis par l'enfant dans son Etat de naissance et de résidence*, in : *La Semaine Juridique - édition générale*, 2008, II, 10071 ; François Boulanger, *Le nom de l'enfant, prérogative individuelle dans un contexte international*, in : *Dalloz*, 2009, p.845-848 ; Paul Lagarde, *De l'obligation, pour un Etat membre, de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance*, in : *Revue critique de droit international privé*, 2009, p.87-93 ; Volker Lipp, *Namensrecht und Europarecht - Die Entscheidung Grunkin-Paul II und ihre Folgen für das deutsche Namensrecht*, in : *Das Standesamt*, 2009, p.1-8 ; Louis D'Avout, *Journal du droit international*, 2009, p.207-216 ; Fabian Wall, *Die Vermeidung hinkender Namensverhältnisse in der EU - Folgerungen aus den Schlussanträgen und dem Urteil des EuGH in der Sache Grunkin-Paul*, in : *Das Standesamt*, 2009, p.261-268 ; Johan Meeusen, *The Grunkin and Paul Judgment of the ECJ, or How to Strike a Delicate Balance between Conflict of Laws, Union Citizenship and Freedom of Movement in the EC*, in : *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2010, p.189-201.

¹⁴⁹⁷ D'après l'analyse même d'un auteur des plus autorisés : « Cette analyse reposant sur la notion d'entrave n'est pas sans rappeler la grille interprétative de la Cour dans le cadre des libertés fondamentales "historiques" telles que la libre circulation des marchandises », Vassilios SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 89 à 102, spéc. p. 98.

¹⁴⁹⁸ C-85/96, 12 mai 1998.

¹⁴⁹⁹ C-184/99, 20 septembre 2001.

¹⁵⁰⁰ C-413/99, 17 septembre 2002.

preuve de la conscience qui existe désormais que l'insécurité juridique relative au statut personnel due à un changement de résidence peut dissuader certaines personnes de faire usage de la libre circulation. Le même raisonnement peut aisément être transposé du statut personnel au statut familial. Il peut donc y avoir une certaine influence de l'objectif d'unité du statut familial sur la libre circulation des personnes, et *vice versa*. Cette influence doit simplement être d'ordre non économique, et ce même si « les considérations relatives à l'éventuel exercice d'une activité économique par le citoyen n'ont pas totalement disparu »¹⁵⁰². La libre circulation ici visée est en effet celle du citoyen européen, et non celle du travailleur ou du prestataire de service. Il conviendra donc d'analyser plus en détail l'influence que pourra jouer cette liberté de circulation du citoyen sur l'objectif d'unité du statut familial et les changements méthodologiques que doit entraîner l'abandon du terrain économique traditionnel de l'Union européenne¹⁵⁰³. Mais il importe d'ores et déjà de mettre en exergue que cette influence doit être purgée des considérations économiques qui assortissent traditionnellement le droit de l'Union européenne. Puisque le droit européen traditionnel n'a pas besoin de la création d'un droit européen de la famille autonome, mais peut pour la réalisation de ses objectifs se contenter d'une référence/dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux, le dépassement des considérations économiques apparaît même comme une condition *sine qua non* de la création d'un système de droit de la famille de l'Union européenne. Tant que le droit de l'Union européenne reste en effet dans son cadre économique traditionnel, rien ne justifie de dépasser la référence/dépendance à l'égard des ordres juridiques nationaux dont le droit européen se contentait à l'origine. Créer au contraire un droit européen de la famille autonome implique nécessairement de dépasser cette dimension économique et d'assumer ouvertement une nouvelle dimension politique, dont les contours doivent alors être clairement tracés. Les raisonnements habituels du droit de l'Union ne sauraient par conséquent être transposés au droit de l'Union qui cherche la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial. Cet objectif répond en effet à une logique propre et sa réalisation présuppose la capacité de la part de l'Union d'être capable de s'affranchir de la conception traditionnelle du droit de l'Union européenne. Il est donc particulièrement important de comprendre qu'« intrinsèquement, la citoyenneté européenne possède une amplitude plus grande [que la

¹⁵⁰¹ *Baumbast*, C-413/99, au para. 83.

¹⁵⁰² *Sur l'ensemble de la question*, E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 32.

¹⁵⁰³ Cf. *infra*, n° 426 et s.

libre circulation] et un régime juridique autonome »¹⁵⁰⁴. Le travail du théoricien n'en devient que plus important, car au lieu de pouvoir se contenter d'une simple analogie par rapport à ce qui existe déjà, il faut raisonner de façon nouvelle pour découvrir la meilleure manière d'atteindre les objectifs que se fixe dorénavant le droit européen, au premier rang desquels figure l'unité du statut familial.

398. Ainsi, face à la question de la place que peuvent occuper les objectifs économiques au sein du système européen de droit de la famille, s'impose le constat que les objectifs économiques n'ont pas leur place dans ce système. L'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui pose le cadre de la coopération judiciaire dans les matières civiles, et qui prévoit que les règles européennes sont prises « notamment dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »¹⁵⁰⁵, ne saurait en effet énoncer des objectifs relatifs au droit européen de la famille ni avoir une véritable influence sur celui-ci. Car à quelle liberté économique pourrait-on rattacher une question relative au statut personnel ou familial de l'individu¹⁵⁰⁶? A moins de faire du droit de la famille un marché du droit, où les règles juridiques seraient une marchandise, et le juge un simple prestataire de service, le droit européen de la famille doit se placer de la façon la plus ferme en dehors de cette sphère économique. A défaut, le résultat risquerait d'être une mise en concurrence des différentes lois nationales, dont les effets néfastes ont déjà pu être relevés dans d'autres domaines¹⁵⁰⁷, mais également en matière familiale, notamment celui du divorce¹⁵⁰⁸, et dont personne ne profiterait : ni l'Union européenne, qui se verrait rendue responsable d'un mouvement de marchandisation du droit de la famille dont elle n'est pas pour le moment la principale responsable, en dehors de toute légitimité pour ce faire, et d'une atteinte trop grave portée aux particularismes nationaux¹⁵⁰⁹ ; ni les Etats membres, qui

¹⁵⁰⁴ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 42 : « La libre circulation est l'une des prérogatives du citoyen européen, mais elle n'en est qu'une. Intrinsèquement, la citoyenneté européenne possède une amplitude plus grande et un régime juridique autonome ».

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra*, n° 390 et s.

¹⁵⁰⁶ Voy. notamment S. Poillot Peruzzetto, *Les enjeux de la communautarisation*, précité, spéc. p. 28 et s.

¹⁵⁰⁷ Voy. par exemple Voy. Heuzé, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen, in : *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 393-415.

¹⁵⁰⁸ Par exemple les fameux divorces de complaisance obtenus à Reno au Nevada (dont la publicité très explicite se fait désormais sur Internet, sous : <http://www.nevadadivorce.net/>), ou les répudiations effectuées au Maroc ou en Algérie en réaction à une action judiciaire intentée par l'épouse en France.

¹⁵⁰⁹ Voy. par exemple les débats en Suède autour du « divorce iranien », relatés par C. Nourissat, *Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire*, Dalloz, 2007, n° 16, p. 1098-1101.

verraient leur marge d'intervention sensiblement réduite dans un domaine de politique sociale particulièrement important ; ni les particuliers, qui se verraient privés d'une nécessaire part de stabilité de la famille, laquelle serait inévitablement mise à mal par une soumission de la famille à une logique de marché.

399. Constaté que le droit européen traditionnel n'implique nullement la consécration de l'objectif d'unité du statut familial nécessite alors de découvrir la justification de cet objectif, justification à défaut de laquelle c'est bien tout le droit européen de la famille qui perdrait son fondement. L'absence de justification économique conduit alors assez logiquement à trouver cette justification dans la dimension politique de l'Union, telle qu'elle se traduit par la citoyenneté de l'Union, qui se prolonge en matière judiciaire par la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'importance limitée des libertés de circulation sur l'objectif d'unité du statut familial ne s'oppose ainsi pas à la consécration de cet objectif, d'autant que « la citoyenneté de l'Union a supplanté la liberté de circulation [dont par ailleurs] la fonction économique [...] pour n'avoir pas totalement disparu, est désormais passée au second plan »¹⁵¹⁰. Dans l'immédiat, le constat de l'absence de nécessité de la création d'un droit de la famille de l'Union européenne en vue de la réalisation des objectifs traditionnels de l'Union, au premier rang desquels la libre circulation des personnes et le bon fonctionnement du marché intérieur, a pour corollaire nécessaire que les objectifs traditionnels de l'Union européenne doivent rester sans incidence sur la consécration de l'objectif d'unité du statut familial. Il convient par conséquent d'analyser plus profondément la nature politique de l'objectif d'unité du statut familial.

Section 2 La nature politique de l'objectif

400. D'après la formule consacrée, l'Union européenne « s'est donné pour objectif de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. Pour la mise en place progressive de cet espace, [l'Union européenne] doit adopter, entre autres, des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant des incidences transfrontalières,

¹⁵¹⁰ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 35.

notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »¹⁵¹¹. Nous venons pourtant de voir que ni la libre circulation des personnes en son sens traditionnel, ni le bon fonctionnement du marché intérieur, ne sauraient justifier pertinemment l'objectif d'unité du statut familial. Les interventions de la part du législateur européen étant néanmoins une réalité, il convient d'identifier les véritables objectifs susceptibles de justifier l'action de l'Union européenne.

401. Placée nécessairement en dehors du domaine économique, cette recherche implique d'éliminer dans un premier temps les objectifs envisageables, mais qui ne fondent qu'imparfaitement l'objectif d'unité du statut familial (I). De ce travail d'élimination résulte que le concept de citoyenneté de l'Union est le seul qui puisse justifier pleinement l'objectif d'unité du statut familial, ce qui suppose alors d'analyser les conséquences qu'a cet objectif à la fois sur la notion de citoyenneté de l'Union et, plus généralement, sur l'ordre juridique de l'Union européenne (II).

I Un objectif supposant la nature politique de l'Union européenne

402. La citoyenneté européenne n'est pas le seul concept que l'espace de liberté, de sécurité et de justice se propose de réaliser et qui pourrait à ce titre servir de fondement à l'objectif d'unité du statut familial. Pourtant les objectifs alternatifs que l'on peut assigner à cet espace ne sauraient être retenus comme fondement de l'objectif d'unité du statut familial (A), ce qui laisse dès lors subsister la citoyenneté de l'Union comme seul fondement possible de celui-ci (B).

A La difficile recherche du fondement de l'objectif d'unité du statut familial

403. L'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fait apparaître surtout trois objectifs présentant un lien éventuel avec l'objectif d'unité du statut

¹⁵¹¹ Voy. les considérants 1^{ers} des règlements Bruxelles II *bis* et 4/2009 sur les obligations alimentaires. Les règlements Rome III et 650/2012 sur les successions la reprennent également par leurs considérants 1^{ers}, mais en tenant compte du traité de Lisbonne en prévoyant en insérant le fameux « notamment », qui s'est transformé en « en particulier » pour le règlement Rome III.

familial. Le paragraphe 1 insiste sur « le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires »¹⁵¹², dont par ailleurs le programme de Tampere a fait « la pierre angulaire » de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁵¹³ et que le paragraphe 2 mentionne en premier lieu parmi les objectifs de la coopération judiciaire en matière civile. Parmi la liste du paragraphe 2 peuvent ensuite être évoqués « la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence » et l'« accès effectif à la justice »¹⁵¹⁴. L'importance de ce dernier objectif est d'ailleurs renforcée par l'article 67, quatrième paragraphe, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui le mentionne également expressément¹⁵¹⁵. A côté de ces objectifs directement connectés à l'espace de sécurité, de liberté et de justice, il convient en outre d'analyser la pertinence d'autres objectifs non-économiques que l'Union européenne poursuit désormais et qui pourraient, en raison de leur généralité, avoir une influence sur l'objectif d'unité du statut familial. Il s'agit des objectifs importants de l'interdiction des discriminations tirée de l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du respect des droits fondamentaux résultant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Aucune de ces notions ne saurait cependant en définitive justifier l'objectif d'unité du statut familial. Les objectifs directement alloués à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sont en effet trop contingents pour pouvoir en déduire un objectif général d'unité du statut familial (1). Le principe de non-

¹⁵¹² Art. 81, para. 1 TFUE :

« 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. »

¹⁵¹³ Cf. *supra*, n° 332.

¹⁵¹⁴ Art. 81, para. 2 TFUE :

« 2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer :

- a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution ;
- b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
- c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ;
- d) la coopération en matière d'obtention des preuves ;
- e) un accès effectif à la justice ;
- f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ;
- g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ;
- h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice. »

¹⁵¹⁵ Article 67, quatrième paragraphe TFUE :

« 4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile. »

discrimination est quant à lui insusceptible de fonder l'objectif d'unité du statut familial en raison de la contradiction logique qui fait que pour pouvoir intervenir, il suppose que l'objectif d'unité du statut familial soit déjà reconnu (2). L'existence d'un éventuel droit fondamental à la reconnaissance de l'unité du statut familial présente quant à elle une trop grande généralité pour consacrer un objectif d'unité du statut familial spécifiquement au sein de l'Union européenne (3).

1 L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur les objectifs spécifiquement liés à la création de l'espace de sécurité, de liberté et de justice

404. Deux types d'objectifs sont à distinguer au sein de ceux liés par le traité à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En premier lieu, les objectifs généraux poursuivis par l'espace de liberté, de sécurité et de justice, secondement ceux particulièrement poursuivis en matière de coopération judiciaire en matière civile. En ce qui concerne les premiers, seul l'article 67, paragraphe 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est intéressant au regard de l'objectif d'unité du statut familial, en prévoyant que « l'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ». Même si l'on a pu mettre en exergue que la réalisation d'un accès effectif à la justice est « de la plus grande importance si l'Union européenne veut que ses citoyens aient confiance en elle »¹⁵¹⁶, on voit aussi tout de suite que cet objectif n'implique pas la reconnaissance de l'objectif d'unité du statut familial. Tout au plus implique-t-il de ne pas refuser l'accès au juge à un ressortissant d'un autre Etat membre, voire l'adoption de règles de compétence directe uniformes qui garantissent l'accès au juge à l'ensemble des citoyens de l'Union européenne au sein du territoire de l'Union. En ce qu'elle rendrait possible la confiance mutuelle entre ordres juridiques, l'adoption de telles règles de compétence directe est en outre souvent présentée comme un élément indispensable facilitant la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères¹⁵¹⁷, que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relie directement à la question de l'accès effectif à la

¹⁵¹⁶ « Is of the utmost importance if the European Union is to be trusted by its citizens » ; F. FRATTINI, « European Area of Civil Justice : has the Community reached the Limits? », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2006.225- 235, 233.

justice¹⁵¹⁸. Le problème vient cependant de ce qu'un trop grand nombre de situations familiales existe en dehors de toute intervention d'une autorité judiciaire. La question de l'accès à la justice ne se pose pas encore dans ce cadre. Quant à une reconnaissance limitée aux décisions judiciaires, nécessaire pour garantir l'effectivité du recours judiciaire¹⁵¹⁹, elle serait insuffisante pour fonder de façon générale l'objectif d'unité du statut familial en ce qu'elle ne permet pas de garantir la reconnaissance des situations familiales manifestées en dehors du contexte judiciaire. Et on voit aussi l'inutilité du recours au concept de « libre circulation des décisions au sein de l'Union »¹⁵²⁰ qui caractériserait l'objectif de la reconnaissance mutuelle, puisque l'objectif d'unité du statut familial implique justement la libre circulation du « statut familial » dans son ensemble, et pas seulement du « statut familial résultant d'une décision judiciaire ».

405. En second lieu, pour ce qui concerne les objectifs directement liés à la coopération judiciaire en matière civile visée à l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, leur caractère également trop contingent s'oppose de la même manière à en faire le fondement de l'objectif d'unité du statut familial. Construite autour notamment de « la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution », de « la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence » et de l'« accès effectif à la justice »¹⁵²¹, la coopération judiciaire en matière civile « vise à simplifier l'environnement judiciaire des citoyens européens en encourageant la compatibilité des règles relatives aux conflits de lois et des règles sur la compétence judiciaire, en éliminant les obstacles au bon

¹⁵¹⁷ Voy. p. ex. A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, PULIM, Limoges, 2000, spéc. p. 26-27.

¹⁵¹⁸ Par l'article 67, paragraphe 4 TFUE.

¹⁵¹⁹ Qui fait partie du droit d'accès à la justice, en vertu de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, intitulé « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial » et qui stipule que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ». La CEDH intègre également l'exécution du jugement dans les exigences du procès équitable (CEDH, 19 mars 1997, requête n° 18357/91 *Hornsby c. Grèce*).

¹⁵²⁰ Que les traités ne mentionnent d'ailleurs pas ; voyez sur ce point : J. Lelieur et L. Sinopoli, *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle en débat*, LPA, 22 févr. 2010, n° 37, pp. 7-18, spéc. p. 8. La commission dans sa communication intitulée « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux » énonce que les règles de reconnaissance et d'exécution retenues visent à assurer la libre circulation des décisions au sein de l'Union, COM (2011) 125 final, spéc. point 6.3 ; voy. égal. A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse de doctorat, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, 2011, spéc. p. 373.

¹⁵²¹ Article 81, § 2, points c) et e) TFUE.

fonctionnement des actions civiles dans l'espace judiciaire européen et en assurant la libre circulation des décisions judiciaires et extrajudiciaires civiles en Europe. En résumé, elle tend à protéger l'exercice des droits civils des citoyens européens quel que soit l'Etat membre dans lequel ils se trouvent »¹⁵²². L'objectif d'unité du statut familial va pourtant plus loin. Ce n'est en effet pas seulement l'exercice des droits civils qui est en cause, mais aussi leur détermination, ce qui est bien plus important. Le problème est dès lors double. D'une part, il faut trouver la source permettant à l'Union européenne d'intervenir sur la détermination des droits civils en matière familiale. D'autre part, il faut cerner les finalités des mesures à adopter dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile, puisque le traité n'évoque que le bon fonctionnement du marché intérieur, dont nous avons déjà vu qu'il ne pouvait fonder l'objectif d'unité du statut familial¹⁵²³. L'adverbe « notamment » donne en effet très peu d'éléments pour déterminer les autres objectifs qui sont désormais poursuivis. Et rien dans les traités concernant la coopération judiciaire civile ne reprend à son compte la nécessité de garantir un statut familial unique. Au contraire, le paragraphe 3 de l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne encadre la procédure législative pour les mesures relatives au droit de la famille dans un sens qui limite l'importance de la matière familiale pour la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁵²⁴. Les objectifs assignés à la coopération judiciaire en matière civile restent donc trop soit trop vagues, soit trop contingents à l'égard de la matière familiale, ce qui révèle bien que l'espace de liberté, de sécurité et de justice n'est pas à lui seul en mesure de justifier l'objectif d'unité du statut familial.

406. Ce qui peut justifier une acception générale de l'objectif d'unité du statut familial n'est donc pas à trouver dans les articles relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Tout au plus cette justification résulterait-elle du lien qu'entretient l'espace de liberté, de sécurité et de justice avec d'autres objectifs généraux poursuivis par l'Union européenne. Dès lors, il est nécessaire de continuer à rechercher quels autres objectifs européens peuvent avoir une influence sur la justification et le fondement de l'objectif d'unité du statut familial. Avant d'analyser l'influence éventuelle des droits de l'homme, il est nécessaire d'étudier l'influence éventuelle du principe de non-discrimination.

¹⁵²² A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, préc., note 1530, spéc. p. 81.

¹⁵²³ Cf. *supra*, n° 390 et s.

¹⁵²⁴ En exigeant l'unanimité et en limitant le rôle du Parlement européen, cf. *supra*, n° 320 et s.

2 *L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur le principe de non-discrimination*

407. Dans un premier temps, il convient ainsi de déterminer ce que recouvre exactement la notion de non-discrimination¹⁵²⁵. D'après la Cour de justice, les ressortissants des Etats membres doivent pouvoir invoquer leur statut de citoyen de l'Union qui doit permettre à ceux parmi eux « se trouvant dans la même situation d'obtenir dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »¹⁵²⁶. Une inégalité de traitement est dès lors « contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler »¹⁵²⁷. La discrimination réside donc dans l'inégalité du traitement juridique accordé à deux situations comparables. Autrement dit, pour que l'on puisse parler d'une discrimination, il faut qu'une personne soit injustement privée d'un droit. L'existence de la discrimination est donc dans la dépendance directe de l'existence d'un droit subjectif. Or, tant que le droit de l'Union européenne ne s'intéresse qu'à certains effets résultant d'une relation familiale, il ne consacre pas un droit subjectif à l'existence d'un statut familial uniforme. Loin de là, il se contente d'intervenir sur certains effets familiaux, qui peuvent dès lors justifier l'intervention du droit de l'Union si le ressortissant d'un autre Etat membre est injustement privé de cet effet familial, mais sans toucher à la question de l'existence de la relation familiale. Dès lors, le fait qu'un ressortissant national n'ayant pas fait usage de la liberté de circulation bénéficie de façon certaine d'un statut familial unique n'entraîne pas un droit parallèle du ressortissant de l'Union ayant fait usage de la libre circulation des personnes à bénéficier de façon certaine d'un statut familial unique. Pour que l'on puisse parler de discrimination en cas de discontinuité de son statut familial parce qu'une personne est ressortissante d'un autre Etat membre ou parce qu'elle a exercé son droit à la libre circulation, il faut nécessairement ériger la continuité de traitement, c'est-à-dire l'unité du statut familial, en droit dont serait privé cette personne. Où l'on voit clairement que le principe de discrimination ne peut pas servir de fondement à l'objectif d'unité du statut familial, puisque

¹⁵²⁵ Voy. sur ce point not. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille (PUAM), Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 2003.

¹⁵²⁶ GarciaAvello, point 23, + D'Hoop, point 28, + arrêt du 20 septembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, point 31

¹⁵²⁷ C-224/98 - D'Hoop, point 35. + Affaire C-224/02 Pusa, point 18 et 20.

pour que la discrimination puisse exister, il faut déjà avoir reconnu le droit de bénéficier, et donc l'objectif, de l'unité du statut familial. Fonder l'objectif sur une notion qui ne peut intervenir que si l'objectif est reconnu comporte à l'évidence une contradiction logique menant à une aporie qui interdit de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur le principe de non-discrimination.

408. Cette analyse est confirmée par l'étude de la jurisprudence de la Cour. La Cour de justice, prenant appui sur la consécration de la notion de citoyenneté de l'Union par les traités, a commencé à faire produire des effets à ce concept en matière de reconnaissance du statut personnel, ce qui pose ensuite la question de l'extension de cette solution à la reconnaissance des situations familiales. L'hypothèse de départ de l'arrêt « fondateur » *Garcia Avello* est bien connue, c'est-à-dire que deux enfants nés et résidant en Belgique et de double nationalité belge et espagnole portent le nom « Garcia Avello » au regard de l'ordre juridique belge et « Garcia Weber » au regard de l'ordre juridique espagnol. Leurs parents ayant sollicité un changement de nom par les autorités belges afin que les enfants y portent le nom porté en application du droit espagnol, la question se pose de savoir si le changement de nom est imposé par le droit de l'Union. La Cour affirme alors, en bouleversant au passage la solution traditionnelle apportée au conflit de nationalités lorsque l'une des nationalités en cause est celle du for, que les enfants « peuvent se prévaloir du droit, prévu à l'article 12 CE, de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité au regard des règles régissant leur nom de famille »¹⁵²⁸. Un premier point fondamental de la solution réside dans le fait que le droit de l'Union peut potentiellement étendre son champ d'application à l'infini, puisqu'à chaque fois que les Etats membres exercent une compétence qui leur est propre, ils doivent respecter le droit de l'Union, « en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »¹⁵²⁹, mais également l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. L'arrêt n'évoque en effet pas directement l'existence d'une entrave au droit de circuler et de séjourner librement, mais raisonne par rapport à l'existence ou non d'une discrimination, notamment en constatant qu'« il est constant que pareille situation de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé »¹⁵³⁰, ce dont résulte que « les ressortissants belges, porteurs de divers

¹⁵²⁸ Voy. le point 29 de l'arrêt de l'arrêt *Garcia Avello*.

¹⁵²⁹ Voy. le point 25 de l'arrêt de l'arrêt *Garcia Avello*.

¹⁵³⁰ Voy. le point 36 de l'arrêt de l'arrêt *Garcia Avello*.

noms de famille en raison des différentes lois auxquelles ils se rattachent par la nationalité, peuvent invoquer des difficultés propres à leur situation et qui les distinguent des personnes ayant la seule nationalité belge »¹⁵³¹. Sans le dire expressément, la Cour considère donc que les enfants binationaux ont été traités moins favorablement que les enfants uniquement belges, puisque ces derniers portent en principe un nom de famille unique au regard de l'ensemble des ordres juridiques potentiellement concernés, alors que les enfants belgo-espagnols ne bénéficient pas d'une telle unicité du nom de famille.

409. Dès lors, et après avoir écarté les motifs susceptibles de justifier la réglementation en cause, la Cour estime que les articles 12 et 17 TCE, relatifs respectivement à l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité et le statut du citoyen de l'Union, s'opposent à ce qu'un Etat membre « refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre ». Autrement dit, il y a bel et bien une discrimination fondée sur la nationalité. Mais pour qu'il y ait discrimination, il faut encore caractériser le droit dont est privée la victime de la discrimination. Or en l'espèce ce qui distingue les situations du national et du binationnel est le fait que le premier bénéficie de l'unité du nom de famille, mais que le second en est privé. En filigrane, mais toujours sans qu'il n'y ait la moindre consécration expresse, la Cour érige donc l'unicité du nom de famille en droit du citoyen de l'Union. Du moins en tant que ce droit est reconnu au national n'ayant pas fait usage de son droit de libre circulation, et qui bénéficie donc par définition d'un statut unique, n'étant soumis qu'à un droit unique. Pour généraliser et en termes de droit international privé, on dirait que la continuité de traitement international fait désormais partie du statut du citoyen de l'Union. Là où le national bénéficie de ce droit, le double national qui peut être confrontée à une discontinuité de traitement doit également pouvoir en bénéficier. Où l'on voit clairement qu'il faut d'abord reconnaître l'existence du droit, en l'occurrence celui de bénéficier de l'unité du statut personnel, avant de pouvoir constater l'existence d'une discrimination.

¹⁵³¹ Voy. le point 37 de l'arrêt de l'arrêt *Garcia Avello*.

410. La Cour de justice a d'ailleurs conscience de cette problématique et suit un raisonnement rigoureux en la matière. Elle relève ainsi bien l'exigence de caractériser d'abord l'existence d'un droit tiré du droit de l'Union, à travers la nécessité de se placer « dans le domaine d'application *ratione materiae* du traité »¹⁵³². La question préalable à l'existence éventuelle d'une discrimination est donc la détermination du champ d'application du droit de l'Union. Celui-ci peut certes être conçu de façon extensive, comme le fait désormais la Cour en estimant que « parmi les situations relevant du champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire figurent celles relatives à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité, notamment celles relevant de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres telle que conférée par [l'article 18 CE, mettre art actuel] »¹⁵³³. Mais cela n'en déconnecte pas moins la détermination du champ d'application du droit de l'Union européenne de la question de la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité. Et la recherche de la justification de l'objectif d'unité du statut familial est justement la recherche de la détermination du champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union européenne. Si la question de l'unité du statut familial, dans le sillage de l'unité du statut personnel, devait donc intégrer le champ d'application du droit de l'Union européenne, ce ne serait pas au titre du principe de non-discrimination, mais à un autre titre, notamment celui de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire de l'Union européenne. Si l'on est capable de trouver une justification pertinente à l'objectif d'unité du statut familial, alors il peut faire partie du champ d'application du droit de l'Union européenne. La notion de discrimination ne pourra avoir une incidence qu'en tant que conséquence, mais pas en tant que cause. On ne peut pas en effet fonder l'objectif d'unité du statut familial sur la notion de discrimination elle-même, car on ne peut logiquement pas se servir de la notion de discrimination pour élargir le champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union européenne. Cela n'empêche pas que si l'on reconnaît à un autre titre l'objectif d'unité du statut familial comme fondant un droit de bénéficier d'une continuité de traitement européenne, le principe de non-discrimination jouera évidemment un rôle très important, puisque dans ce cas-là il permettra de faire bénéficier tout citoyen européen de ce droit. Evacuer le principe de non-

¹⁵³² Voy. le point 23 de l'arrêt *Garcia Avello*, faisant références aux arrêts du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, point 31, et du 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C-224/98, Rec. p. I-6191, point 27.

¹⁵³³ Voy. le point 24 de l'arrêt *Garcia Avello*, faisant références à l'arrêt du 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, C-274/96, Rec. p. I-7637, points 15 et 16, et aux arrêts précités *Grzelczyk*, point 33, et *D'Hoop*, point 29. Cette solution revient en cela partiellement sur celle résultant de l'arrêt *Johannes*, qui avait encore retenu une vision plus restrictive du champ d'application matériel du droit de l'Union européenne.

discrimination en tant que fondement ne lui enlève donc pas son importance une fois l'objectif établi sur un fondement différent ! Encore qu'il reste à trouver cet autre fondement.

411. Dans un second temps, le recours au principe de non-discrimination en raison de la nationalité serait inopportun d'un point de vue de politique législative. La Cour rappelle en effet dans son arrêt fondateur en la matière que « le principe de non-discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale »¹⁵³⁴. Elle en déduit que le fait d'avoir une double nationalité, dont l'une est celle du for, place les personnes, résidant sur le territoire de l'Etat du for, qui peuvent l'invoquer dans une situation différente de celle des personnes n'ayant que la nationalité du for. Cela oblige ensuite l'Etat du for à traiter ces personnes de façon différente. On penserait donc qu'*a fortiori* l'Etat du for serait obligé de traiter de façon différente les personnes résidant sur son territoire qui n'ont qu'une nationalité étrangère, puisque ces personnes sont dans une situation encore plus différente que celles qui ont une nationalité étrangère, mais aussi celle du for ! Or de ce raisonnement découle une importance excessive pour un élément de rattachement spécifique, c'est-à-dire le rattachement par la nationalité, puisque entendue correctement, on pourrait avoir l'impression qu'un Etat a l'obligation de traiter un national d'un autre Etat membre d'après le droit national de cet autre Etat membre. Autrement, s'il traite les personnes ayant une nationalité étrangère de façon identique à ses nationaux, il ne respecterait pas l'obligation faite de traiter de manière différente des situations différentes¹⁵³⁵. Et c'est bien une des faiblesses de la jurisprudence *Garcia Avello*. Elle faisait dépendre le bénéfice du droit à l'unité du statut personnel de l'existence d'une discrimination, sans caractériser le lien avec l'exercice du droit de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union, mais en le faisant dépendre de l'existence d'une nationalité d'un autre Etat membre. Indirectement, c'était donc un rattachement par la nationalité qui était consacré en matière de nom de famille, alors que d'autres rattachements, tels le domicile ou la résidence habituelle par exemple, sont concevables et peuvent entraîner tout autant une discontinuité de traitement¹⁵³⁶.

¹⁵³⁴ Voy. le point 31 de l'arrêt *Garcia Avello*, faisant référence à l'arrêt du 17 juillet 1997, *National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, Rec. p. I-4559, point 6.

¹⁵³⁵ Ou que l'on consacre une extension de l'autonomie de la volonté, ce qui serait cependant une immixtion du droit de l'Union européenne dans le domaine du droit matériel de la famille ; cf. sur ces points *infra*.

¹⁵³⁶ La préférence d'un élément de rattachement à un autre sera d'ailleurs combattue plus tard par l'avocat général Sharpston dans les conclusions de l'affaire *Grunkin Paul*, voy. notamment les points 65 à 67 de ces conclusions.

412. En outre, le droit à l'unicité du nom de famille n'était qu'indirectement consacrée par le droit de l'Union, c'est-à-dire uniquement dans la mesure où un national en bénéficierait. Or les « sérieux inconvénients » décrits et décriés par l'arrêt existent tout autant à l'égard du national qui serait privé de l'unité de son statut personnel, en raison notamment de l'exercice de son droit de libre circulation, qu'à l'égard du ressortissant de l'Union bénéficiant de la jurisprudence *Garcia Avello*. Mais le raisonnement en termes de discrimination n'est d'aucune utilité à l'égard du national. La préférence pour un certain rattachement, la nationalité, limiterait dès lors trop fortement la nécessaire liberté d'action politique dont doivent jouir les législateurs nationaux et européen, notamment au détriment du principe d'égalité de traitement qui est à l'évidence également très important pour la construction européenne¹⁵³⁷. Fonder l'objectif d'unité du statut familial sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité reviendrait donc à ériger la nationalité en élément de rattachement prédominant en vue de la détermination du statut familial, et ce alors que d'autres rattachements sont au moins tout aussi adaptés. L'avocat général Sharpston se demande ainsi dans ses conclusions de l'affaire *Grunkin et Paul* « si le principe d'égalité de traitement n'exige pas d'accorder un même poids au critère de la résidence habituelle [...] et à celui de la nationalité »¹⁵³⁸. Entre résidence habituelle commandée par le principe d'égalité de traitement et nationalité commandée par le principe de non-discrimination, on ne voit guère où donner de la tête. D'autant que, et à juste titre, l'avocat général Sharpston relève en même temps que la Cour « devrait prendre garde de ne pas s'ingérer inutilement dans la compétence des Etats membres en matière de droit international privé »¹⁵³⁹, que la décision du critère de rattachement qui « est le "meilleur" et [qui] doit avoir la prépondérance [est] la tâche du législateur communautaire, pas celle de la Cour » et que « tant qu'il n'existera pas de règle uniforme, il appartiendra aux Etats membres de décider quel est l'élément de rattachement qu'ils utiliseront »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁷ Voy. notamment les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Garcia Avello* qui y affirme qu'« [il récuse] par ailleurs l'argument selon lequel le principe de non-discrimination vise essentiellement à assurer l'intégration des citoyens migrants dans l'Etat membre d'accueil. La notion de « liberté de circulation et de séjour sur le territoire des Etats membres » ne repose pas sur l'hypothèse d'un seul déplacement d'un Etat membre à l'autre, suivie par l'intégration dans ce dernier. Elle vise au contraire à autoriser la circulation libre, le cas échéant répétée ou même permanente, dans un espace unique "de liberté, de sécurité et de justice", dans lequel tant la diversité culturelle que l'absence de discrimination sont assurées ».

¹⁵³⁸ Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Grunkin Paul*, spécialement point 65.

¹⁵³⁹ Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Grunkin Paul*, spécialement point 46.

¹⁵⁴⁰ Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Grunkin Paul*, spécialement point 66.

413. Face à la question de savoir si le national qui est confronté à une discontinuité de traitement concernant son nom de famille bénéficie du droit à l'unicité du nom de famille la Cour a donc dû se prononcer sur le maintien du recours au principe de non-discrimination. De façon très pertinente, la Cour a alors décidé que « la détermination du nom [conformément à la loi nationale] ne saurait constituer une discrimination en raison de la nationalité »¹⁵⁴¹. Cela n'a pas empêché la Cour de constater la violation du droit de l'Union européenne en raison du refus de reconnaissance du nom déterminé et enregistré dans un autre Etat membre de l'Union sur le fondement de l'entrave à la liberté de circulation. Mais cela signifie clairement que le fondement de l'objectif d'unité du statut familial est à chercher ailleurs que dans le principe de non-discrimination.

414. En vue de la justification de l'objectif d'unité du statut familial, le principe de non-discrimination est donc doublement condamnable : théoriquement incohérent en tant que fondement de l'objectif d'unité du statut familial, il est aussi politiquement inopportun, car il restreint excessivement la marge de manœuvre du législateur national ou européen. La justification de l'objectif d'unité du statut familial qui légitimerait l'intervention du droit de l'Union reste donc à trouver. Et ce d'autant plus que le recours à l'existence éventuelle d'un droit fondamental de bénéficier de l'unité du statut familial ne permet pas non plus d'y parvenir.

3 L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur un éventuel droit fondamental international

415. Depuis l'acquisition d'une valeur normative certaine par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour a pris l'habitude de commencer ses raisonnements en matière de statut personnel par le rappel de la nécessité du respect de la protection de la vie privée et familiale consacrée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵⁴². Or, en acceptant le principe de la reconnaissance des situations

¹⁵⁴¹ Voy. l'arrêt dans l'affaire *Grunkin Paul*, point 20.

¹⁵⁴² Voy. notamment les arrêts dans les affaires *Sayn Wittgenstein*, point 52, et *Vardyn*, point 66 dans lesquels la Cour affirme qu'« il convient de relever, à titre liminaire, que le prénom et le nom de famille d'une personne sont un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950. Même si

personnelles et familiales dans toute sa potentialité, tel que suggéré par une partie croissante de la doctrine¹⁵⁴³, le problème vient dépasser le cadre de la seule Union européenne. Si l'on considère en effet qu'il y a un droit fondamental et individuel à la reconnaissance du statut familial résultant de la consécration de ce statut juridique par un ordre juridique étranger, le problème ne se poserait plus d'une façon particulière pour les relations européennes. La reconnaissance d'un tel droit fondamental rendrait inutile de consacrer l'objectif d'unité du statut familial au sein de l'Union européenne, car il existerait déjà un droit fondamental à l'unité du statut familial. Comme les droits fondamentaux ont une vocation à l'universalité, et donc à l'application à des situations extra-européennes, le problème ne se poserait pas de façon particulière pour l'ordre juridique de l'Union européenne. Et si ce droit existait sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tous les Etats membres ayant à la respecter et à la mettre en œuvre, l'intervention du législateur européen serait dépourvue de sens, le système conventionnel suffisant à atteindre cet objectif.

416. Si néanmoins l'ordre juridique européen devait avoir vocation à intervenir, il faudrait savoir avec quelle légitimité l'ordre européen, plutôt que les ordres juridiques nationaux, pourrait formuler un tel droit à l'unité « universelle » du statut familial, alors que la question de l'intégration d'une relation privée internationale est une question mettant directement en cause des politiques législatives d'un ordre juridique donné. La formulation d'un droit fondamental à la reconnaissance du statut familial ne peut en effet se faire que par un ordre juridique qui est légitime à définir la balance délicate entre ouverture aux relations privées internationales et défense de certaines valeurs du for. A l'heure actuelle les ordres juridiques nationaux sont, en raison de leur antériorité et de leur souveraineté, les seuls à pouvoir trouver ce délicat équilibre, dont la CEDH a d'ailleurs pleinement conscience¹⁵⁴⁴. Fixer un tel objectif au niveau de l'Union européenne nécessiterait donc au préalable un transfert de souveraineté portant sur ces points. La même remarque de l'absence de transfert de souveraineté peut évidemment être faite aussi bien en ce qui concerne l'unité

l'article 8 de cette convention ne le mentionne pas explicitement, le prénom et le nom de famille d'une personne n'en concernant pas moins la vie privée et familiale de celle-ci en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille », en faisant référence notamment aux arrêts de la CEDH *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n° 280 B, p. 28, § 24, et *Stjerna c. Finlande* du 25 novembre 1994, série A n° 299 B, p. 60, § 37.

¹⁵⁴³ Voy. p. ex. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620, spéc. p. 114- 130 et 381- 389. ; Cf. également *infra*.

« européenne » du statut familial que l'unité « universelle » du statut familial. Mais l'unité européenne du statut familial se retrouve dans les traités, bien que de façon très prudente¹⁵⁴⁵, alors que l'unité universelle du statut familial ne s'y retrouve pas, ni n'est consacré à titre de droit fondamental par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁵⁴⁶. Il est au demeurant peu probable que face à la question très sensible de l'immigration, on vienne un jour à consacrer un droit à la libre circulation « mondiale », alors que le droit de circuler librement au sein de l'Union européenne est le moteur évident de l'objectif d'unité « européenne » du statut familial. Le transfert de souveraineté en ce qui concerne l'unité européenne du statut familial serait donc la conséquence logique de la consécration de cet objectif par le droit de l'Union. Mais ce transfert de souveraineté ne saurait en aucune manière s'étendre à la consécration éventuelle d'une unité universelle du statut familial. Comme l'unité du statut familial se veut, comme nous le verrons, le corollaire de la citoyenneté de l'Union, elle ne concerne que les ressortissants des Etats membres de l'Union¹⁵⁴⁷. Cela enlève donc toute universalité aux droits qui lui sont attachés pour ne couvrir que les relations intégrées à l'Union.

417. En ce qui concerne l'émergence d'un éventuel droit à l'unité universelle du statut familial sur le fondement d'un principe de reconnaissance, il faut par ailleurs insister sur les particularités avec lesquelles ce principe intervient dans le contexte de l'Union européenne. La reconnaissance mutuelle est en effet fondée sur le principe de la confiance mutuelle qui implique l'appartenance à certaines valeurs partagées et que l'on ne retrouve certainement pas à l'égard de tous les ordres juridiques du monde. Sont donc seuls susceptibles d'être concernés par ce principe de reconnaissance mutuelle les situations, actes ou jugements consacrés émanant d'un ordre juridique en qui l'Etat d'accueil peut institutionnellement avoir confiance, c'est-à-dire émanant d'un des Etats membres de l'Union. L'efficacité du principe suppose encore une intégration certaine de la situation familiale à l'Union et entraîne l'absence de toute prétention à l'universalisation de l'objectif d'unité du statut familial. Ces considérations n'empêchent pas la consécration éventuelle d'un droit fondamental à la reconnaissance d'un statut familial unique. Seulement cette consécration ne

¹⁵⁴⁴ Voy. notamment l'affaire *Harroudj contre France* (CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09) et les références fréquentes à l'absence de consensus ; cf. également *infra*.

¹⁵⁴⁵ Cf. *supra*, n° 304 et s.

¹⁵⁴⁶ Cf. *supra*, n° 415 et s.

¹⁵⁴⁷ Conformément à l'article 20, § 1 TFUE, d'après lequel « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre ».

pourra venir que d'un ordre juridique légitime pour y procéder, c'est-à-dire à l'heure actuelle les ordres juridiques nationaux, le cas échéant sous la pression de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Cour de Strasbourg. Mais l'approfondissement ou l'aboutissement du droit fondamental à la reconnaissance d'un statut familial unique ne peut pas servir de fondement à la consécration d'un droit à l'unité du statut familial tiré spécialement du droit de l'Union européenne. Et l'Union européenne ne peut pas procéder à la consécration d'un droit à l'unité du statut familial qui se veut universel. La seule dimension au niveau de laquelle l'Union européenne peut chercher à consacrer l'objectif d'unité du statut familial est ainsi la dimension européenne, et non internationale ou universelle, de l'objectif¹⁵⁴⁸.

418. L'objectif d'unité du statut familial ne peut donc se déduire ni d'un objectif particulier attaché à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ni du principe de non-discrimination, ni de l'existence d'un droit fondamental tiré de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pourtant sa justification est nécessaire si l'on ne veut pas priver l'ensemble de la construction législative en ce domaine de sa légitimité et de sa raison d'être. Reste donc à vérifier si la dernière notion invoquée au soutien de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, c'est-à-dire la citoyenneté de l'Union européenne, est de nature à justifier l'objectif d'unité du statut familial.

B Un objectif ne pouvant se fonder que sur la notion de citoyenneté européenne

419. Il peut paraître surprenant de rattacher la question de l'unité du statut familial à la notion de citoyenneté européenne, certains auteurs, pourtant parmi les plus qualifiés, affirmant que « sur tous [les textes intéressant le droit international privé européen de la famille], la citoyenneté n'a pas d'influence, [...] puisque la base juridique utilisée, l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est autonome et indépendante de la

¹⁵⁴⁸ Cf. *supra*, n° 21, le débat sur l'exclusion des relations extra-européennes. Cela ne signifie pas que l'Union européenne ne puisse pas œuvrer dans le sens d'une harmonie internationale des solutions, ni adopter des règles à vocation universelle. Mais cela signifie que l'objectif d'unité du statut familial se retrouve au sein de l'Union européenne avec une intensité particulière qui le distingue très nettement de l'objectif de continuité de traitement international que poursuit traditionnellement le droit international privé.

citoyenneté communautaire »¹⁵⁴⁹. Il semble pourtant réducteur de vouloir écarter le lien entre le contenu de la citoyenneté européenne et la construction d'un droit international privé de la famille européen en raison d'arguments tirés de l'articulation des articles des traités. L'interprétation dynamique qui a été faite des dispositions pertinentes des traités, notamment celles relatives à la citoyenneté de l'Union, par les instances de l'Union européenne est en effet injustifiable si elle ne s'appuie pas sur la nécessité de permettre la réalisation d'un objectif supérieur. Sauf à voir celui-ci dans la nécessité pour les instances bureaucratiques de justifier leur activité, ce qui ne saurait au demeurant s'appliquer à la Cour de justice, cet objectif ne peut être, par élimination, que la réalisation effective de la citoyenneté européenne. La conscience existe désormais que « le concept de citoyenneté européenne pourrait être à l'avenir appelé à avoir une influence [...] sur le droit de la famille »¹⁵⁵⁰. Les citoyens de l'Union ne sont en effet plus appréhendés « exclusivement comme consommateurs, mais comme des personnes avec des droits qui leur sont propres », ce qui, sans conférer une nouvelle compétence à l'Union, conduit à concevoir le cadre légal du droit de l'Union européenne en matière familiale de façon plus compréhensive¹⁵⁵¹. Le contexte a donc radicalement changé. Les citoyens de l'Union sont considérés « en tant que personne[s] et non plus, comme précédemment, en tant qu'opérateurs économiques qui se voient reconnaître ce droit parce qu'il est la condition de l'accomplissement de finalités économiques »¹⁵⁵². L'objectif d'unité du statut familial, qui implique la reconnaissance pour l'ensemble de l'Union européenne d'une même situation familiale, semble donc pouvoir trouver son fondement dans la notion de citoyenneté européenne, et uniquement dans celle-ci. L'exigence d'unicité du statut familial est ainsi à rapprocher de l'exigence de l'unicité de l'état civil, qui est « un des éléments de consolidation de la citoyenneté de l'Union »¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁹ Même si « elle est, certes, parfois invoquée incidemment pour justifier les réformes adoptées ou envisagées. Pour autant, elle est techniquement inutile pour les fonder, puisque la base juridique utilisée, l'article 81 TFUE, est autonome et indépendante de la citoyenneté communautaire », E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. p. 52.

¹⁵⁵⁰ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. p. 52.

¹⁵⁵¹ « Die Unionsbürger werden nicht mehr ausschließlich als Verbraucher gesehen, sondern als Personen mit eigenen Rechten. Dies bedeutet nicht, dass die Gemeinschaft nun über eine familienrechtliche Rechtsgrundlage verfügt, kann aber dazu führen, dass bestehende Regelungen breiter ausgelegt werden » Walter PINTENS, « Die Rolle der Wissenschaft bei der Europäisierung des Familienrechts », in *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, 2004, p. 1339 à 1352, spéc. p. 1344.

¹⁵⁵² R. KOVAR, « le droit du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1049 et s., spéc. p. 1065.

¹⁵⁵³ J.-M. FLAUSS, *Etat civil et droit communautaire*, préc., note 1494 à la page 1480.

420. La Cour de justice a clairement exprimé sa position dans l'affaire *Grunkin Paul*. Après avoir exclu l'existence d'une discrimination, elle rappelle qu'« une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 21, paragraphe 1, TFUE à tout citoyen de l'Union »¹⁵⁵⁴ et que « le fait d'être obligé de porter, dans l'Etat membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré [l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres »¹⁵⁵⁵. L'évolution est importante, car « force est bien de constater qu'en s'appuyant sur la citoyenneté, [...] et indépendamment de toute considération économique, la Cour vient ici poser un important jalon pour l'éventuelle émergence d'un droit européen de la famille »¹⁵⁵⁶. Si elle peut poser un tel jalon, cela est dû en premier lieu à « l'effet combiné des [articles 20 et 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui] signifie qu'il n'est plus nécessaire aujourd'hui d'établir un lien économique pour démontrer l'existence d'une atteinte au droit de libre circulation »¹⁵⁵⁷. En second lieu, cela est dû à la réalité de l'entrave constituée par la discontinuité du statut familial. Se révèle ainsi « cette formidable machine à broyer les entraves à la libre circulation des personnes qu'est la citoyenneté européenne »¹⁵⁵⁸. La Cour de justice reprend cette idée à son compte lorsqu'elle insiste sur le fait que « pareille situation de diversité [de statut, en l'occurrence de noms de famille,] est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnels que privé »¹⁵⁵⁹. Si la notion de citoyenneté a donc

¹⁵⁵⁴ Voy. l'arrêt dans l'affaire *Grunkin Paul*, point 21, faisant référence aux arrêts du 18 juillet 2006, De Cuyper, C 406/04, Rec. p. I 6947, point 39, et du 22 mai 2008, Nerkowska, C 499/06, point 32 ; c'est nous qui soulignons.

¹⁵⁵⁵ Voy. l'arrêt dans l'affaire *Grunkin Paul*, point 22.

¹⁵⁵⁶ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. p. 60, l'auteur ajoute « relativement à une question hors du champ d'application du droit européen », ce qui est selon nous une erreur d'analyse, dont nous nous expliquons justement dans la présente section.

¹⁵⁵⁷ Voy. les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Garcia Avello*, dans lesquelles il affirme notamment que « dans la présente espèce, la Commission soutient que l'introduction de la citoyenneté de l'Union, avec la jouissance, qui l'accompagne, de tous les droits conférés par le traité - y compris, par conséquent, le droit de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité - est un nouvel élément permettant à la Cour de statuer dans cette affaire sur une base plus large qu'elle ne l'a fait dans l'affaire *Konstantinidis*, précitée. Nous sommes également d'avis que l'article 17 CE rend plus évident le fait que le principe de non-discrimination est applicable à toutes les situations relevant du domaine du droit communautaire, sans qu'il soit nécessaire d'établir une entrave particulière à une liberté économique donnée », position qu'il confirmera dans ses conclusions dans l'affaire *Standesamt Stadt Niebüll*, spécialement au point 54.

vocation à intervenir en matière de statut familial, c'est pour la même raison que celle pour laquelle elle est intervenue en matière de nom : il s'agit de remédier aux « sérieux inconvénients » qui constituent une entrave à la liberté du citoyen de circuler, et ce sans égard pour l'exercice d'une liberté de circulation économique¹⁵⁶⁰. Or ces sérieux inconvénients se retrouvent *a fortiori* en matière familiale, ce qui est certainement de nature à justifier l'objectif d'unité du statut familial.

421. Sous l'impulsion de la notion de citoyenneté de l'Union, on assiste donc à un élargissement très important du champ d'application *ratione materiae* du droit de l'Union, puisque celui-ci appréhende désormais toute entrave à la libre circulation, et non seulement les entraves aux libertés économiques. En cela, l'objectif d'unité du statut familial peut contribuer à donner une dimension nouvelle aux objectifs traditionnels de l'Union européenne, qui s'affranchissent clairement des objectifs économique initiaux. Ce qu'il est important de garder à l'esprit est que cette extension peut résulter directement des traités, et qu'il n'y a donc pas nécessairement une usurpation de pouvoir de la part de la Cour de justice ou des autorités de l'Union européenne lorsqu'elles retiennent une interprétation large et dynamique de la notion de citoyenneté de l'Union. Quant à la question de savoir si cette justification est adaptée, la réponse dépend de la réalité avec laquelle on rencontre ces « sérieux inconvénients », et ce même lorsqu'ils ne sont pas de nature économique. La notion de citoyenneté de l'Union confère donc potentiellement une justification convaincante à l'objectif d'unité du statut familial.

422. On pourrait certes objecter que les solutions de la Cour de justice rendue en matière de reconnaissance du nom de famille n'ont pas vocation à s'étendre à une question aussi générale que la reconnaissance d'un statut familial unique. A vrai dire, cet argument trouve même un appui non négligeable dans les conclusions de l'avocat général Sharpston

¹⁵⁵⁸ Paul LAGARDE, « Citoyenneté et droits européens – Der Bürger und Europarecht », in *Droit privé européen : l'unité dans la diversité ; Convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, édité par Christian BALDUS et Peter-Christian MÜLLER-GRAFF, Sellier, Munich, 2011, p. 11 à 20, spéc. p. 19.

¹⁵⁵⁹ Voy. l'arrêt dans l'affaire *Garcia Avello*, point 36.

¹⁵⁶⁰ Voy. les arrêts dans les affaires *Garcia Avello*, point 36, *Grunkin Paul*, points 23 à 28, *Sayn Wittgenstein*, points 55 à 70 et *Runevic*, points 74 à 78, encore que de dernier arrêt vienne affaiblir quelque peu la sévérité de la jurisprudence de la Cour de justice en considérant qu'« il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si le refus des autorités compétentes d'un État membre de modifier, en application de la réglementation nationale, le certificat de mariage d'un couple de citoyens de l'Union afin que le nom de famille commun aux deux conjoints soit transcrit, d'une part, de façon uniforme et, d'autre part, dans une forme fidèle aux règles de graphie de l'État membre d'origine du conjoint dont le nom de famille est en cause est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé ».

dans l'affaire *Grunkin Paul* qui souligne que « si la détermination du nom d'une personne relève du champ d'application des lois relatives au statut des personnes, il s'agit d'un aspect assez particulier au sein de ce domaine [et qu'il n'est pas certain] qu'une décision portant sur les noms devrait nécessairement être étendue par extrapolation à ces autres matières [relevant du statut ou de la capacité juridiques] »¹⁵⁶¹. Pourtant, la généralisation de la solution dégagée dans *Grunkin Paul* sur la conception extensive du champ d'application du droit de l'Union européenne en matière de droit de la famille reste nécessaire, en raison de deux arguments tirés l'un du parallèle avec les droits fondamentaux, l'autre du caractère aggravé de l'entrave en matière familiale par rapport à la problématique du nom.

423. Concernant le premier argument, bien que la Cour de justice n'ait pas attendu l'acquisition d'une valeur normative certaine de la part de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle n'en insiste pas moins désormais sur la nécessité de la protection de l'identité et de la vie privée d'une personne consacrée par les articles 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or les conséquences qu'elle en tire se situent au niveau du nom des personnes, qui n'a que tardivement intégré le champ d'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵⁶². A plus forte raison sa jurisprudence doit-elle donc s'appliquer à des questions relevant originellement et naturellement de ces articles, en premier lieu bien sûr la protection de la vie familiale. Il y a là donc un premier élément justifiant l'extension de la jurisprudence de la Cour à la question de l'objectif d'unité du statut familial. Mais nous avons vu aussi que la justification de cet objectif ne peut pas être trouvée dans les droits fondamentaux, et que ceux-ci ne peuvent donc pas être la raison pour laquelle l'Union européenne a vocation à intervenir en matière familiale. La justification est donc à chercher dans l'atteinte aux droits conférés par le statut de citoyen européen, atteinte caractérisée par l'existence de sérieux inconvénients constituant une entrave à la liberté de circulation du citoyen.

424. Concernant le second argument, force est de constater que « le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul. Le droit

¹⁵⁶¹ Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Grunkin Paul*, spécialement point 93.

communautaire primaire devrait donc produire des reflets également par rapport à d'autres aspects caractéristiques du statut personnel et familial de la personne »¹⁵⁶³. La question est donc de savoir si l'absence d'unité d'autres éléments du statut familial que celui du nom est susceptible de constituer une entrave au droit du citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement au sein de l'Union européenne. Or la Cour a décidé que l'existence d'une entrave est subordonnée à la mise en évidence de « sérieux inconvénients » constitutifs d'une ingérence dans la liberté de mouvement et/ou de résidence. D'après une formule devenue rituelle, une « situation de diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients tant d'ordre professionnel que privé résultant, notamment, des difficultés à bénéficier dans un Etat membre [...] des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu dans un autre Etat membre »¹⁵⁶⁴. Les sérieux inconvénients apparaissent donc potentiellement lorsqu'une situation de diversité de statut entraîne des difficultés à bénéficier dans un Etat membre des effets juridiques d'une situation reconnue dans un autre Etat membre. Et dans ce cadre, il serait incompréhensible de considérer que la diversité de noms cause de sérieux inconvénients en raison de la difficulté de bénéficier des mêmes effets juridiques, alors que la diversité du statut familial, autrement dit, une situation boiteuse telle une filiation ou un mariage reconnus dans un Etat mais refusés dans un autre, ne le ferait pas. Les inconvénients sont à l'évidence bien plus sérieux lorsque le refus de reconnaissance ne porte pas que sur un élément accessoire, tel celui du nom, pour lequel les difficultés peuvent encore dans une certaine mesure être surmontées par des tracasseries administratives, mais atteint radicalement la situation familiale elle-même. Dans ce cas, les « difficultés à bénéficier dans un Etat membre des effets juridiques d'actes ou de documents établis dans un autre Etat membre » se retrouvent *a fortiori*, puisque c'est l'ensemble des effets juridiques attachés au statut familial qui serait refusé. En pratique, on voit très bien qu'une telle situation serait un obstacle majeur à l'exercice de la liberté de circulation de la personne concernée. La solution dégagée par la Cour de justice en matière de

¹⁵⁶² Voy. notamment les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Konstantinidis* qui anticipaient même la position de la CEDH, spécialement les points 31 à 41 (v. également sur ce jeu d'influence réciproque entre les deux droits européens, Bersolle, p. 135 à 137), cf. également note *supra*.

¹⁵⁶³ « Par son soutien à l'unité du nom, la jurisprudence de la Cour vise à donner son effet au droit fondamental de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Cette liberté est atteinte si la personne doit l'exercer en se voyant confrontée à une diversité de son nom et, partant, de son identité. Or, le nom constitue certes un élément central de l'identité de la personne, mais il n'est pas le seul. Le droit communautaire primaire devrait donc produire des reflets également par rapport à d'autres aspects caractéristiques du statut personnel et familial de la personne » A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, spéc. p. 371.

¹⁵⁶⁴ Voy. l'arrêt dans l'affaire *Garcia Avello*, point 36 et l'exposé et la discussion détaillés dans l'arrêt dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, points 55 à 71.

nom implique donc nécessairement la reconnaissance de l'objectif d'unité du statut familial, pour lequel les raisons qui ont pu fonder la solution de la Cour en matière de nom de famille se retrouvent *a fortiori*.

425. Le recours à la notion de citoyenneté européenne est donc une justification adéquate de l'objectif d'unité du statut familial. Mais il faut aller plus loin dans l'analyse, pour déterminer, à l'instar de ce que nous avons fait pour découvrir que les libertés de circulation en leur sens économique traditionnel n'impliquaient pas la consécration de cet objectif, si la citoyenneté européenne a réellement besoin de cet objectif, ou si elle peut se réaliser sans consacrer celui-ci. Autrement dit, tout en gardant à l'esprit que le droit de l'Union économique traditionnel peut très bien se passer de l'objectif d'unité du statut familial, une fois établie que la consécration de l'objectif d'unité du statut familial repose nécessairement sur la citoyenneté européenne, il reste à savoir si, réciproquement, la citoyenneté européenne implique aussi l'unité du statut familial.

II Un objectif révélant la nature politique de l'Union européenne

426. L'apparition de l'objectif d'unité du statut familial est due à une dynamique dépassant la seule libre circulation des travailleurs ou des personnes. Et en réalité, c'est bien la consécration du concept de citoyenneté de l'Union européenne, combinée au changement profond des finalités du concept, qui ont évolué d'une logique de circulation à une logique de protection des droits individuels¹⁵⁶⁵, qui, comme nous l'avons vu, sert de fondement à une extension considérable, opérée par étapes successives¹⁵⁶⁶, des objectifs de l'Union en matière familiale. Le changement de nature de l'Union européenne opéré peut avoir des conséquences très importantes en matière de droit de la famille en raison du changement radical de perspective induit par le concept de citoyenneté de l'Union européenne, puisque ce concept permet la reconnaissance de droits propres tirés de l'application du droit de l'Union européenne qui peuvent aller au-delà des seuls droits économiques reconnus à l'origine. Ainsi, même si l'objectif de la libre circulation des personnes reste primordial, le concept de

¹⁵⁶⁵ A la suite des arrêts de la Cour de justice en matière de reconnaissance du nom, on peut en effet affirmer que « l'enjeu, en réalité, n'est plus celui de la circulation, il est celui du contenu juridique de la citoyenneté », voy. sur ce point : Etienne PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 44.

¹⁵⁶⁶ Par les traités de Maastricht de 1992, d'Amsterdam de 1997 et de Lisbonne de 2009, cf. *supra*, n° 305 et s.

citoyenneté permet la création de droits, d'une part, qui visent à rendre cette liberté de circulation plus effective, d'autre part, qui vont au-delà de ce qui est nécessaire ou strictement lié à la libre circulation des personnes. Le traité d'Amsterdam a tiré les conséquences pratiques de ce que le nouveau concept de citoyenneté de l'Union permettait d'envisager, à travers la volonté de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures commun à l'ensemble de l'Union européenne et qui est clairement lié par le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au concept de citoyenneté de l'Union¹⁵⁶⁷. La question est donc de savoir quelles conséquences doit avoir la nouvelle citoyenneté européenne, reconnue « indépendamment de tout rapport avec les objectifs économiques de [l'Union] », en tant que « droit subjectif personnel »¹⁵⁶⁸ pour le droit de la famille. Dans ce cadre, il apparaît que si l'on cherche à obtenir une réalisation complète et effective de la citoyenneté de l'Union européenne, il est nécessaire de consacrer l'objectif d'unité du statut familial (A), ce qui constituerait alors un approfondissement considérable de l'ordre juridique de l'Union européenne dans le sens d'un fédéralisme plus marqué (B).

A La nécessité de l'objectif d'unité du statut familial en vue de la pleine réalisation de la citoyenneté européenne

427. La conscience de l'importance de l'unité du statut familial pour la réalisation des objectifs de l'Union européenne n'est pas nouvelle. Comme a pu l'observer de façon fort éloquente l'avocat général La Pergola dans ses conclusions dans l'affaire *Dafeki*¹⁵⁶⁹, « on ne saurait admettre que le statut de l'individu, compris comme sa condition juridique à l'intérieur de l'ordre juridique considéré – à savoir en l'espèce l'ordre juridique communautaire –, soit différemment apprécié selon l'ordre juridique de l'État dans lequel il réside ou travaille à l'intérieur du territoire de la Communauté. Si tel était le cas, un même droit du particulier serait reconnu ou nié au gré du traitement que les autorités nationales réservent aux événements pertinents pour la définition du statut de l'intéressé. Or, cela heurte la logique du

¹⁵⁶⁷ En affirmant que l'Union européenne « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice », voy. le Préambule de la Charte, § 2.

¹⁵⁶⁸ R. KOVAR, « le droit du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres », in *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1049 et s., spéc. p. 1065.

¹⁵⁶⁹ C-336/94, 2 décembre 1997.

traité »¹⁵⁷⁰. La Cour de justice a également mis en exergue dès 1992 le « principe de l'unicité" du statut du ressortissant communautaire »¹⁵⁷¹. Dans les affaires plus récentes relatives au nom de famille, la Cour s'est cependant gardée de reprendre une telle consécration expresse d'un principe d'unité ou d'unicité du statut du citoyen de l'Union, tout en consacrant néanmoins implicitement celui-ci.

428. Nous verrons alors que l'objectif d'unité du statut familial est primordial aujourd'hui, tant du moins que l'on cherche à permettre à l'Union européenne de se réaliser en dehors du domaine économique (1), et que l'on promeut une conception de la citoyenneté qui insiste autant sur les droits du citoyen que sur ses devoirs (2).

1 Une nécessité pour la dimension non-économique de l'Union européenne

429. Il y a un choix politique à opérer, puisque la citoyenneté européenne n'implique pas nécessairement un prolongement incluant l'unité du statut familial. Tout est en effet fonction du projet politique poursuivi. Si l'on a une vision de l'Union européenne qui est celle d'une Union qui « place la personne au cœur de son action »¹⁵⁷², celle d'« une Europe qui place les citoyens au cœur de son projet stratégique »¹⁵⁷³, la citoyenneté européenne doit s'étendre à la question de l'unité du statut familial, pour éviter que la citoyenneté européenne ne soit pas ravalée au rang de « slogan politique à peu près vide de contenu juridique précis »¹⁵⁷⁴. Le législateur européen peut donc parfaitement faire le choix d'étendre la citoyenneté européenne dans le sens de la consécration de « ce droit fondamental [qu'est le

¹⁵⁷⁰ Voy. les conclusions dans l'affaire *Dafeki*, spécialement point 6. Et qui continue en affirmant que la logique du traité « veut que les droits que les particuliers tirent du droit communautaire fassent l'objet d'une égale reconnaissance, c'est-à-dire qu'ils puissent être invoqués au même titre, dans tout État membre de la Communauté. En d'autres termes, le caractère invariable de l'état des personnes - chaque fois, bien entendu, que celui-ci se présente comme un élément ou une condition préalable du droit de l'individu - découle de la nécessité d'assurer uniformément la configuration concrète et la sauvegarde de situations subjectives d'ordre communautaire : il serait contraire à l'idée même d'intégration qu'un droit existe et puisse être invoqué dans un État membre mais pas dans un autre État du seul fait que l'état civil de l'intéressé - précisément l'âge, qui constitue une condition d'ouverture de ce droit - fait l'objet d'appréciations différentes à l'intérieur de la Communauté, alors que celle-ci est conçue, notamment dans le domaine qui nous occupe, comme un espace unique sans frontières intérieures ».

¹⁵⁷¹ Ce principe a été déjà affirmé par la Cour dans l'affaire *Micheletti* e.a..

¹⁵⁷² Voy. le Préambule de la Charte, § 2.

¹⁵⁷³ Viviane REDING, « Justice et citoyens : mettre le citoyen au cœur du projet européen », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 83 à 87, spéc. p. 83, qui reprend la formule du Président de la Commission.

droit à l'identité et qui] est au cœur du statut personnel et familial des citoyens de l'Union européenne dans le contexte de leur migration intracommunautaire »¹⁵⁷⁵. Les traités laissent la latitude nécessaire¹⁵⁷⁶. En intervenant, voire en utilisant les procédés permettant d'adopter les instruments d'après la procédure législative ordinaire¹⁵⁷⁷, il indique plus ou moins clairement que pour lui la citoyenneté européenne implique un droit à l'unité du statut familial. C'est en cela que l'adoption d'instruments visant à atteindre l'objectif d'unité du statut familial est révélatrice de la nature politique de l'Union européenne, parce que cette adoption suppose que la nature politique soit étendue au domaine du droit de la famille. Pour éviter les reproches d'usurpation de pouvoirs¹⁵⁷⁸, il faut donc considérer que la citoyenneté européenne, interprétée de façon dynamique et constructive¹⁵⁷⁹, inclut l'objectif d'unité du statut familial. Ainsi, même si les auteurs des traités n'avaient certainement pas l'intention de consacrer l'objectif d'unité du statut familial, en consacrant le concept de citoyenneté européenne et en soumettant celui-ci à l'interprétation constructive de la Cour de justice, ils avaient l'intention de permettre l'extension de ce concept aux domaines qui se révéleraient à l'avenir indispensable, aux yeux de la Cour¹⁵⁸⁰, à la construction européenne. L'inverse signifierait que la Cour de justice, par sa jurisprudence en matière de noms de famille, a fait « rentrer par la fenêtre des droits attachés à la citoyenneté de l'Union un domaine de compétence que les Etats ont pourtant refusé de voir entrer dans le champ d'application du droit de l'Union par la

¹⁵⁷⁴ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 28.

¹⁵⁷⁵ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, spéc. p. 377, sur le droit à l'identité *Ibid* p. 114-130.

¹⁵⁷⁶ Notamment autour d'une lecture combinée des articles 20, 21, 67 et 81 TFUE, ensemble avec la Charte des droits fondamentaux.

¹⁵⁷⁷ C'est-à-dire en faisant usage de la possibilité offerte par l'article 81 § 3 TFUE, non en dénaturant la notion de « mesures relatives au droit de la famille » tel que cela a été le cas pour le règlement n° 650/2012 sur les successions, sur ce point, cf. *supra*, n° 17.

¹⁵⁷⁸ Formulées de façon quasi-récurrente par une partie importante de la doctrine, voyez p. ex. G. LARDEUX, « L'introduction de règles de conflit de lois », in : *Actualité du droit international privé de la famille*, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre KAYSER le 21 décembre 2007, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp 91 à 124, spécialement pp. 96 à 99. Au final, il n'est pas sûr que les autorités communautaires agissent dans les limites des compétences qui leur ont été accordées. L'activisme de la Commission ne semble pas s'embarasser de ces questions. Sans doute estime-t-elle que « la compétence appartient à celui qui la prend » (H. FULCHIRON, « Vers la communautarisation des règles de conflit de lois en matière de divorce ? », préc., p. 42).

¹⁵⁷⁹ Ce dont les Etats membres étaient nécessairement pleinement conscients au moment de la ratification du traité de Lisbonne, et ce que la notion de citoyenneté implique donc certainement en son sens actuel et juridiquement consacré.

¹⁵⁸⁰ Et sous réserve d'une modification du traité, naturellement. Encore que ces modifications sont bien hypothétiques, en raison de l'exigence d'unanimité. Ce qui ne signifie pas que la Cour de justice n'est pas sensible aux revendications nationales, et notamment celles des diverses cours constitutionnelles des Etats membres.

porte du traité FUE »¹⁵⁸¹. Il nous semble juridiquement impossible et politiquement très dangereux de permettre à la Cour de justice de procéder à un tel élargissement des compétences d'attribution de l'Union européenne. Ce reproche n'est cependant pas encouru si l'on considère que la citoyenneté de l'Union inclut un droit à l'unité du statut familial, puisque dans ce cas, la protection de l'unité du statut familial trouve bien son origine directe dans le traité et est donc pourvue d'une légitimité certaine. Cela n'implique d'ailleurs pas nécessairement que les Etats membres soient privés de toute compétence en matière de droit international privé de la famille¹⁵⁸², mais signifie certainement que « l'exercice de cette compétence [est] soumis au respect des dispositions fondamentales du traité, libertés économiques et droits de la citoyenneté »¹⁵⁸³.

430. L'objectif d'unité du statut familial est donc révélateur de la nature politique de l'Union européenne et de la franchise avec laquelle on l'assume. En affirmant que l'Union européenne a une dimension politique et humaine dépassant les considérations économiques, on affirme en même temps que les traités constitutifs de l'Union lui donnent une compétence pour poursuivre l'objectif d'unité du statut familial découlant du concept de citoyenneté de l'Union¹⁵⁸⁴. L'article 21 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en stipulant que « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application », doit donc être compris dans le sens de la consécration de la volonté de faire aboutir une liberté de circulation des personnes non-économique. Et là où le paragraphe 2 du même article aurait conféré une compétence à l'Union pour réaliser cette libre circulation du citoyen européen¹⁵⁸⁵, l'article 81, ensemble

¹⁵⁸¹ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Economica, 2010, p. 340.

¹⁵⁸² Encore que de toute façon l'article 81 TFUE confère indiscutablement une compétence en matière de droit international privé de la famille, même si elle s'exerce à l'unanimité. La compétence peut ensuite évidemment être exercée de façon partagée, voire restée réservée aux Etats membres, ce qui n'empêcherait pas que leur exercice soit encadré par l'exigence du respect du droit de l'Union européenne.

¹⁵⁸³ Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.*, 2008, p. 29 et s. spéc. p.39.

¹⁵⁸⁴ La source formelle de cette compétence, qui est une compétence partagée, est à trouver dans l'article 4, § 2, point j) TFUE, une fois acquis que l'espace de liberté, de sécurité et de justice vise à placer, au même titre que la citoyenneté de l'Union, « la personne au cœur de [l']action [de l'Union] » (préambule de la Charte), l'article 81 règle alors la façon dont est exercée cette compétence, à titre de disposition spéciale par rapport à l'article 21 § 2, qui aurait conduit à une compétence s'exerçant d'après la procédure législative ordinaire.

¹⁵⁸⁵ « Si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1 », ce qui aurait donc impliqué le recours à la procédure législative ordinaire.

avec les articles 4, § 2, point j)¹⁵⁸⁶ et 67¹⁵⁸⁷ du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, attribuée à titre de *lex specialibus* une compétence, qui limite par ailleurs institutionnellement les pouvoirs de l'Union¹⁵⁸⁸. Mais la compétence de l'Union en vue de la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial découlant du concept de citoyen de l'Union européenne ne fait pas de doute, tant du moins que l'on assume un rôle humain et politique nouveau de la part de l'Union européenne. En cantonnant à l'inverse l'Union européenne à son rôle économique traditionnel, la citoyenneté ne saurait suffire à fonder l'objectif d'unité du statut familial, et l'Union européenne serait radicalement privée de compétence en ce domaine, fût-ce pour encadrer l'exercice de leur compétence par les Etats membres¹⁵⁸⁹.

431. Consacrer explicitement l'objectif d'unité du statut familial impliquerait donc de tirer les conséquences de la « modification profonde du fondement même sur lequel repose le statut de citoyen »¹⁵⁹⁰, d'autant plus nécessaire que la Cour de justice se fait pour le moment « une idée un peu étroite de ce qui constitue "le statut fondamental" des citoyens européens »¹⁵⁹¹. La question posée est celle du contenu juridique de la citoyenneté, afin de contribuer, autour de la notion de citoyenneté européenne, à la construction d'un « statut fondamental, unique et juridiquement cohérent »¹⁵⁹². Le seul renvoi à la nécessité du respect des droits fondamentaux n'est pas suffisant à donner un contenu suffisamment précis de la citoyenneté européenne. La consécration par la Cour de justice dans l'affaire *McCarthy*¹⁵⁹³

¹⁵⁸⁶ Article 4 « 2. Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : [...] j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

¹⁵⁸⁷ Article 67 :

« 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres.

[...]

4. L'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile.

¹⁵⁸⁸ Notamment à travers l'exigence de l'unanimité : Article 81 « 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

[...]

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen ».

¹⁵⁸⁹ Puisque dans cette hypothèse, la référence/dépendance à l'égard des droits nationaux suffirait pour réaliser les objectifs du droit de l'Union, cf. *supra*, n° 384 et s.

¹⁵⁹⁰ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. p. 44.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, en reprenant la formule traditionnelle de la Cour de justice, affirmée pour la première fois dans l'arrêt *Grzelscyk*.

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ C-434/09, 5 mai 2011.

d'une solution qui semble difficilement conciliable avec les exigences du respect de la vie familiale le souligne, autant que le caractère trop vague des droits fondamentaux en matière familiale¹⁵⁹⁴. L'enjeu est de permettre « aux européens d'y gagner un sentiment d'identité, universellement partagé au sein de l'espace de [liberté, de sécurité et de justice], source de cohésion et de dynamisme et contribuer ainsi à l'émergence d'une réelle citoyenneté européenne »¹⁵⁹⁵. La citoyenneté européenne, qui est une « coquille disponible mais en quête de contenu »¹⁵⁹⁶ a dans ce cadre un évident et important besoin de concrétisation.

432. Le problème est que la Commission semble manquer au plus haut niveau d'une vision claire de ce que doit recouvrir la notion de citoyenneté de l'Union, tombant ainsi dans l'écueil consistant à donner « une force centrifuge »¹⁵⁹⁷ à la notion de citoyenneté européenne, ce qui est dangereuse pour la notion de citoyen elle-même, « laquelle pourrait se diluer, voire se brouiller »¹⁵⁹⁸. Hormis d'« apporter plus de sécurité juridique »¹⁵⁹⁹, de faire bénéficier « d'une sécurité juridique et d'une souplesse juridique accrue »¹⁶⁰⁰, de conférer un contenu visible et précis aux droits fondamentaux en « apportant ainsi plus de sécurité juridique aux citoyens »¹⁶⁰¹, et en invoquant des chiffres comme si souvent pour le moins douteux¹⁶⁰², la Commission « souhaite donner à la citoyenneté de l'Union un véritable sens (*sic*) en garantissant la jouissance pleine et entière des droits des citoyens, et ce, de manière concrète »¹⁶⁰³, et en accompagnent le citoyen européen » à jouir complètement de ses droits, à les exercer pleinement »¹⁶⁰⁴. Autrement dit, à un moment où l'on souligne justement la

¹⁵⁹⁴ Sur ce point cf. *infra*, n° 469 et s.

¹⁵⁹⁵ Jean-François SAGAUT, « Le citoyen et sa famille à l'heure de l'Europe », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 124, et en termes quasiment identiques : Jean TARRADE, « L'émergence du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 79, formulée autour de l'application [du principe de la reconnaissance mutuelle, la remarque vaut également pour l'objectif d'unité du statut familial en général.

¹⁵⁹⁶ Etienne Pataut, *L'invention du citoyen européen*, La vie des idées., 2 juin 2009.

¹⁵⁹⁷ Vassilios SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 89 à 102, spéc. p. 102.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ Viviane REDING, « Justice et citoyens : mettre le citoyen au cœur du projet européen », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 83 à 87.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ *Ibid.*

¹⁶⁰² D'après les chiffres cités par la Commission, 40 000 partenariats enregistrés au sein de l'Union en 2011 ont une dimension internationale, ce dont la Commission déduit qu'un partenariat sur cinq serait international, alors que rien qu'en France pour l'année 2011 ont été célébrés 152 169 pactes civil de solidarité (d'après les chiffres de l'INSEE, consultables sous : http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF02327). Il est pourtant assez douteux que la France soit le pays dans lequel ont été célébrés 80% des partenariats civils de l'Union européenne en 2011...

¹⁶⁰³ ¹⁶⁰³ Viviane REDING, « Justice et citoyens : mettre le citoyen au cœur du projet européen », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 83 à 87.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, et d'ailleurs là où la citoyenneté est peut-être sur le point de se concrétiser, c'est-à-dire le droit d'initiative citoyenne, Mme Reding émet tout de suite une réserve à l'égard d'initiatives dérangeantes qui

nécessité de donner enfin un contenu précis à la notion de citoyenneté, la Commission ne trouve comme contenu que la notion elle-même, et qui constitue une finalité d'autant plus importante à atteindre qu'elle est vide de signification. C'est un écueil répandu que d'insister sur la nécessité de l'approfondissement de la construction européenne qui serait une finalité en elle-même, sans savoir quelle finalité plus lointaine et réelle il faut poursuivre. Or appliquée au concept de citoyenneté, cette approche est des plus dangereuses, car elle prive une notion, qui, encore fragile, est néanmoins déjà importante et destinée à un avenir encore plus important, des assises qui peuvent permettre de la concrétiser et la rendre tangible. Le travail d'approfondissement tant appelé de ses vœux par les instances de l'Union européenne implique donc de se prononcer d'abord sur le contenu qu'il convient de donner à la notion et non, comme le fait pour le moment la Commission européenne dans une étonnante fuite en avant, de chercher à approfondir tout en évitant d'entamer la recherche de son contenu, de peur des résistances politiques ou des clarifications qui limiteraient mécaniquement le champ d'action de la bureaucratie bruxelloise. La Commission cherche donc à approfondir sans savoir ce qu'elle approfondit. Cela ne fait que rendre encore plus délicat le travail d'identification de ce qu'est la citoyenneté européenne. La notion risque donc de se trouver totalement brouillée, ce qui s'opposerait de façon définitive à ce que la citoyenneté devienne un jour concrète et effective. La Commission commet de façon évidente l'erreur consistant à utiliser le concept de citoyenneté de l'Union comme une notion « attrape-tout »¹⁶⁰⁵, alors même qu'elle a été mise en garde qu'il est « non seulement inutile mais également préjudiciable de charger la notion de citoyenneté européenne trop lourdement »¹⁶⁰⁶. Ce caractère difficilement saisissable de la notion de citoyenneté européenne est certainement l'explication de l'existence d'« un paradoxe, presque un hiatus, entre l'utilisation politique de la notion [de citoyenneté de l'Union] et son contenu juridique précis »¹⁶⁰⁷. Pourtant il faut que la construction de la citoyenneté européenne en matière familiale soit engagée au niveau législatif, car il n'appartient pas à la Cour de justice de donner de telles impulsions politiques¹⁶⁰⁸.

seraient le résultat de « [détournements] par des groupes d'influence très organisés », ce qui est d'autant plus absurde qu'il faut être très bien organisé pour faire aboutir une initiative citoyenne européenne !

¹⁶⁰⁵ Vassilios SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 89 à 102, spéc. p. 102.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », in *La citoyenneté européenne*, sous la direction de Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD, préc., p. 27 à 61, spéc. p. 27.

¹⁶⁰⁸ Il faut espérer dans ce cadre que « la Cour continuera à aborder avec beaucoup de doigté cette rencontre éminemment sensible entre le statut personnel et la liberté de circulation au sein de l'Union » (Vassilios SKOURIS, « La citoyenneté européenne devant la Cour de justice de l'Union européenne », in *La citoyenneté*

433. L'Union européenne est donc à un moment clé de son histoire. Comme un auteur l'a fort bien résumé, « le processus est [...] essentiel. Ce qui est en jeu ici est bien l'abandon du modèle abstrait, économique et désincarné de l'agent de production au profit de la figure concrète et humaine de l'europeen, soumise aux aléas de l'existence et des passions ordinaires. C'est dans cette construction progressive du régime juridique de cet europeen ordinaire que réside l'importance du processus juridique en cours ; c'est dans cette construction que réside l'invention du citoyen europeen »¹⁶⁰⁹. Si l'Union européenne veut permettre la réalisation effective du statut de citoyen europeen, elle doit l'accepter dans toute sa dimension, y compris sa dimension non-économique, et doit donc consacrer l'objectif d'unité du statut familial du citoyen europeen.

434. Pourtant, l'objectif d'unité du statut familial n'est pas seulement indispensable en vue de la réalisation effective d'une citoyenneté politique. Il est aussi nécessaire si l'on veut donner au concept de citoyenneté de l'Union un contenu qui en fait véritablement une « citoyenneté », en ce qu'elle s'accompagne non seulement de droits, mais également de devoirs.

2 Une nécessité pour la promotion d'une citoyenneté active

435. Justifié par la volonté de dépasser la dimension économique de l'Union européenne, le rattachement de l'objectif d'unité du statut familial à la citoyenneté européenne l'est également par le rôle tout à fait pertinent que la notion de citoyenneté est en mesure de jouer en matière de droit de la famille. Le concept de citoyenneté est en effet conçu dans une dépendance étroite avec la volonté d'une recherche du bien commun. Or le droit de la famille est lui aussi construit autour de l'idée de bien commun, ou du moins d'intérêt social, à défaut de laquelle la notion de droit de la famille perdrait son sens et sa raison d'être pour ne plus être qu'un « lieu banalisé d'hédonisme personnel »¹⁶¹⁰. Etre membre d'une famille est en effet aussi être citoyen, car l'idée de responsabilité commande bien ces deux statuts. Etre responsable à l'égard des membres de sa famille, au sens d'avoir des

europeenne, préc., p. 89 à 102, spéc. p. 100), voyez également les conclusions dans l'affaire Grunkin Paul, points 45 et 46.

¹⁶⁰⁹ E. PATAUT, « L'invention du citoyen europeen », in *La citoyenneté europeenne*, préc., p. 27 à 61, spéc. p. p. 61.

¹⁶¹⁰ J. HAUSER, « La famille, le temps et la durée », *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylant, 1999, n° 1-2, p. 191; voy. sur cette question notamment les passages ci-dessus (cf. *supra*, n° 223 et s.).

devoirs à leur égard, est donc une façon de remplir des devoirs à l'égard de la société¹⁶¹¹. Vouloir fonder le droit de la famille de l'Union européenne sur la citoyenneté européenne est donc de fait indispensable, car c'est le seul moyen de garantir l'efficacité des devoirs familiaux qui font partie des devoirs sociaux, lesquels sont au cœur de la notion de citoyenneté. Ne pas recourir à la notion de citoyenneté condamne à ne raisonner qu'en termes de droits subjectifs. On a pourtant déjà mis en garde contre le risque que « cette nouvelle forme d'appartenance habermassienne [qu'est la citoyenneté européenne] fondée sur la protection des droits [...] fabriquera [...] davantage des ayants droit que des citoyens »¹⁶¹². Raisonner en termes de citoyenneté permet de dépasser cette vision restrictive de la citoyenneté et de raisonner en termes de devoirs sociaux autant qu'en termes de droits subjectifs.

436. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en son article 20 § 2 prévoit d'ailleurs clairement cette dimension active de la citoyenneté tenant à l'existence des devoirs, en stipulant que « les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités ». Seulement, la suite du traité, tout comme la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, n'évoque que les droits du citoyen et ne mentionne aucun devoir... La vision actuelle du droit de l'Union est donc loin encore d'une conception de la citoyenneté tenant dûment compte de la nécessité de faire respecter les devoirs du citoyen. Mais ne pas placer le droit de la famille de l'Union européenne sur le terrain de la citoyenneté ne ferait qu'aggraver cette situation en enfermant l'action de l'Union européenne dans un cadre intellectuel néo-libéral nécessairement individualiste et égoïste¹⁶¹³. Le droit international privé de la famille joue ainsi un rôle fondamental et révélateur sur le sens que

¹⁶¹¹ Ce qui est confirmé par les sanctions auxquelles on est exposé en cas de non-respect, voy. p. ex. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux: réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012.

¹⁶¹² Anne-Marie LE POURHIET - *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-23/la-citoyennete.51806.html> : « Reste à savoir si cette nouvelle forme d'appartenance habermassienne [qu'est la citoyenneté européenne] fondée sur la protection des droits ne fabriquera pas davantage des ayants droit que des citoyens ».

¹⁶¹³ Il est donc indispensable de fonder le droit de la famille de l'Union européenne sur le concept de citoyenneté de l'Union pour être capable de le concevoir de façon sociale et responsable, tout en retenant une conception adéquate de la notion de citoyenneté. Il y a ainsi des conceptions de la citoyenneté qui doivent être combattues le plus fermement possibles, telle par exemple la conception « post-moderne » de la citoyenneté incluant à la citoyenneté le concept d'« intimité », qui n'est en réalité, en ce que concrètement elle impliquerait « l'accès égal à tout ce qui est en lien avec nos désirs les plus intimes, nos plaisirs et notre façon d'être au monde » (Georges EID, « Entre intimité et parentalité : La famille postmoderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, sous la direction de Pascale BOUCAUD, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1 à 11, spéc. p. 10) que l'affirmation d'un droit à l'autosatisfaction et d'un égoïsme exaspérés.

l'Union européenne entend donner à la citoyenneté en matière de droit civil. Si l'on entend par citoyenneté de l'Union une citoyenneté passive, dans laquelle le citoyen est simplement récepteur de droits qu'il peut invoquer à l'égard de l'Etat, voire des autres membres de la société, nul besoin de faire du droit de la famille de l'Union européenne une priorité. La réalisation de ce dernier ne serait de toute façon qu'un élément accessoire de réalisation de la citoyenneté européenne. Si l'on cherche au contraire à promouvoir une citoyenneté active, dans laquelle le citoyen est un acteur qui, au-delà des droits dont il bénéficie, est également redevable de devoirs à l'égard de l'Etat, de la société et des autres membres de la société, en premier lieu les membres de sa famille, alors la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial devient indispensable en vue de la réalisation effective de la citoyenneté de l'Union européenne.

437. Il faut donc donner un sens à la citoyenneté européenne qui en fasse un outil contraignant pour son destinataire par des devoirs qui peuvent aller à l'encontre de ses désirs individuels lorsque l'intérêt social le commande. Il faut en effet veiller à ce que la citoyenneté européenne ne devienne pas qu'un outil de satisfaction de tous les égoïsmes¹⁶¹⁴, mais aussi un outil de responsabilisation et de réalisation de la socialité. Puisque l'Union européenne cherche à promouvoir l'émergence d'une société européenne, il y va d'ailleurs de son intérêt. On a pu souligner en effet que le caractère politiquement indécis de l'Europe risque fort de s'opposer à ce qu'elle devienne un jour « un authentique espace civique »¹⁶¹⁵. Or en faisant sienne la nécessité du respect des devoirs résultants du droit de la famille, l'Union européenne érige le respect des devoirs sociaux en un de ses objectifs primordiaux. Et il semble difficile de concevoir un espace de liberté, de sécurité et de justice sans cette composante civique. Refuser de consacrer l'objectif d'unité du statut familial comme élément de concrétisation des

¹⁶¹⁴ Ce qu'elle semble être pour le moment, notamment par l'incitation à la décomposition des familles opérée par le règlement Bruxelles II *bis*. Nous verrons cependant que les instruments ultérieurs permettent une lecture sans doute plus optimiste, encore que c'est bien évidemment celle qui devra ensuite être adoptée par la pratique et la jurisprudence, ce qui est loin d'être acquis (cf. *infra*, la partie 3, n° 594 et s.).

¹⁶¹⁵ Claude Canet, « Introduction » à *Construire une citoyenneté européenne*, édité par Claude CANET, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 2007, p. 3 à 23, spéc. p. 4 : « l'Europe est une entité fort indécise au niveau politique : ce n'est ni un Etat, ni une nation, ni une fédérations d'Etats, mais une virtualité ... dont on est en droit de se demander s'il deviendra un jour un authentique espace civique européen ». (ouvrage soulevant p. 141 (Henri DEL PUP, « Peut-il exister une citoyenneté européenne », p. 133-148) la nécessité du recours aux « régions [...] comme l'unité de base d'un Etat européen en construction [...] et comme l'outil de contournement de l'Etat-nation par une Union européenne qui se met sur pied en termes de structure *supranationale* ». L'heureuse impossibilité de faire aboutir cette « Europe des régions », au-delà du fait qu'elle est totalement contraire à la structure institutionnelle actuelle de l'Union européenne, a été mis en exergue par les échecs des référendums au traité constitutionnel aux PB et en France. Mais elle accroît la nécessité d'identifier clairement le contenu et les contours de la citoyenneté européenne, qui ne saurait être l'expression d'un « patriotisme constitutionnel » habermasien et qui reste fortement tributaire de la souveraineté nationale.

devoirs du citoyen risque de mener à un individualisme absolu qui serait hautement préjudiciable, y compris d'ailleurs à l'ordre juridique européen. On voit en effet mal comment on pourrait vouloir construire une société européenne sur la base d'un tel individualisme. Car si cet individualisme est à même de détruire les sociétés nationales, il n'est pas en mesure de permettre la reconstruction d'une société européenne¹⁶¹⁶. Or on a pu justement mis en exergue que « l'idée de citoyenneté européenne porte en elle l'aspiration à une "société civile" qui ne soit pas seulement un territoire économique, mais aussi un espace civique. Elle appelle à passer de la société civile d'Adam Smith, sphère autonome des échanges, à celle de Tocqueville, lieu de la vie sociale où la citoyenneté politique prend racine »¹⁶¹⁷

438. L'intervention du législateur européen en matière de droit international privé de la famille est d'ailleurs d'autant plus nécessaire que l'absence d'intervention serait une prime à l'individualisme, contrevenant non seulement à l'idée de citoyenneté européenne, mais aussi aux citoyennetés nationales. Le problème tenant à la volonté d'un individu de pouvoir se défaire d'une situation familiale qu'elle ne veut plus assumer en jouant sur la multiplicité des ordres juridiques existe de façon classique en droit international privé. Mais ce risque est accru au sein de l'Union européenne en raison des facilités de circulation offertes, qui confèrent le droit de s'installer dans un autre Etat membre. Cette faculté de circulation est bien moins importante dans le cadre des relations internationales classiques, et le risque de contournement de l'impérativité de l'ordre juridique du for plus limité. Mais au sein de l'Union européenne, les libertés de circulations, ne fussent-elles qu'économiques, offrent des facilités de circulation qui risquent bien d'amoindrir considérablement l'impérativité des règles de droit de la famille des Etats membres. L'intervention au niveau européen est donc nécessaire pour garantir l'efficacité des ordres juridiques nationaux dont à défaut l'impérativité pourrait trop facilement être contournée par les personnes qui se servent des libertés de circulation qui existent déjà. La citoyenneté européenne revêt donc ici un aspect très important, qui est celui du respect des citoyennetés nationales, c'est-à-dire du respect de l'impérativité attachée par les Etats nationaux aux statuts familiaux qu'ils

¹⁶¹⁶ Ce qui fait penser à Tocqueville. Nous assistons dans la situation contemporaines à des remises en cause de l'idéal européen qui trouvent justement leur source dans l'égoïsme des Etats qui n'est autre chose que le projetcion de l'égoïsme de la philosophie individualiste dans les relations institutionnelles. C'est ici que le titre de la partie I sur la famille trouve une traduction concrète au niveau de l'Union européenne.

¹⁶¹⁷ Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, spécialement page 230, les droits politiques conférés par la citoyenneté européenne sont des acquis importants dans la consécration d'une telle conception sociale de la citoyenneté, voyez les développements du même auteur, *Ibid.* p. 230 et s.

reconnaissent aux personnes relevant du champ d'application de leur droit de la famille. La dépendance à l'égard de la nationalité des Etats membres dans la façon dont s'acquiert la citoyenneté européenne¹⁶¹⁸ est d'ailleurs un signe fort de cette relation de réciprocité qui existe entre citoyenneté de l'Union et nationalité d'un Etat membre. Le droit de la famille de l'Union européenne doit donc révéler un aspect fondamental de la citoyenneté de l'Union, qui est que cette citoyenneté a vocation à contribuer au plein épanouissement des citoyennetés nationales dans le cadre de l'Union européenne. Si la citoyenneté européenne est ainsi une « citoyenneté au-delà des nationalités »¹⁶¹⁹, ce n'est pas une citoyenneté ignorant ou amoindrissant les nationalités, mais intégrant et respectant celles-ci, voire une citoyenneté renforçant les nationalités dans le contexte d'un ordre juridique européen au sein duquel la libre circulation des personnes est garantie.

439. L'importance de l'objectif d'unité du statut familial pour la réalisation de la citoyenneté européenne va d'ailleurs plus loin encore. Dans une analyse très pertinente de l'actualité de la théorie kantienne de la justice, un auteur a ainsi pu souligner que « si l'on fait abstraction du "fonctionnement du marché intérieur", expression à laquelle on reproche à juste titre de trop insister sur la dimension de l'échange économique qui n'est désormais plus systématiquement prédominante, reste, pour expliquer la passation des États membres à l'Union européenne du pouvoir d'en coordonner l'action dans la sphère des relations privées internationales, l'objectif, précisément, d'assurer aux justiciables un "espace de liberté, de sécurité et de justice". N'est-ce pas là, jusque dans les formules, la mission qu'assigne au Droit la tradition kantienne : garantir à chaque sujet un espace de liberté sûr et protégé – dont le défaut constitue la "plus grande injustice" – pour qu'il puisse s'épanouir en suivant sa loi intérieure, par laquelle se manifeste son humanité ? »¹⁶²⁰. Il apparaît donc que la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et partant la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial, est nécessaire pour permettre à l'Union européenne d'éviter l'injustice qui résulte nécessairement de l'existence de décisions inconciliables rendues par deux ordres

¹⁶¹⁸ Art. 20, para.1 TFUE :

« Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas. »

¹⁶¹⁹ Gilles Rouet, *Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques*, sous la direction de Gilles Rouet, p. 10.

¹⁶²⁰ Gian Paolo ROMANO, « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *Clunet*, 2012, doctrine 3, spécialement n° 47, en faisant référence à l'intitulé du Titre V du TFUE et l'ouvrage d'Emmanuel KANT, *Doctrine du droit*, AA, 6 ; 351 ; cf. AA, 6 : 344 (cité d'après G. P. ROMANO).

juridiques distincts, et qui constitue « une sorte de déni international de justice »¹⁶²¹, un « déni de droit »¹⁶²². Comment pourrait-on concevoir un ordre juridique proche des citoyens dans une telle situation de violation des principes élémentaires de l'Etat de droit, dont l'Union européenne fait à juste titre un de ses piliers constitutifs¹⁶²³ ? On doit donc regretter qu'hormis le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de l'Union européenne, les textes constitutifs et le droit dérivé n'affirment pas clairement le lien entre l'espace de liberté, de sécurité et de justice et la citoyenneté de l'Union. Aucun des règlements adoptés ou projetés ne mentionne ainsi le terme de citoyenneté. Au contraire, les règlements les plus récents cherchent à « accroître la mobilité des citoyens »¹⁶²⁴ et à « permettre aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur »¹⁶²⁵. Il y a certes des éléments qui vont dans le sens d'une prise de conscience de la nécessité de garantir un cadre juridique cohérent garantissant le respect de la justice, tel le considérant 9 du règlement Rome III qui soulève la nécessité d'un « cadre juridique clair et complet » dans lequel un époux ne peut pas unilatéralement s'octroyer un avantage exorbitant en initiant la procédure judiciaire¹⁶²⁶ ou l'évocation d'un « espace européen de justice » par le règlement n° 650/2012 sur les successions¹⁶²⁷. L'affirmation d'un objectif tel celui de « la protection des droits des héritiers, des légataires et des autres personnes proches du défunt, ainsi que des créanciers de la succession »¹⁶²⁸ va également dans le bon sens. Mais il conviendrait d'inclure plus clairement de tels objectifs soulignant l'aspect actif de la citoyenneté au sein de l'espace judiciaire européen dans les futurs règlements relatifs au droit international privé de la famille pour clairement marquer la volonté de faire respecter un concept de justice commune, ce que les projets proposés par la

¹⁶²¹ *Ibid.*, spécialement n° 36.

¹⁶²² L'auteur traduisant le terme « *Rechtsverweigerung* », *Ibid.*, spécialement n° 36.

¹⁶²³ L'article 2 du traité sur l'Union européenne affirme que l'« L'Union est fondée sur les valeurs de respect [...] de l'État de droit [...] ».

¹⁶²⁴ Voy. le considérant 15 du règlement Rome III.

¹⁶²⁵ Voy. le considérant 38 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

¹⁶²⁶ Voy. le considérant 9 du règlement Rome III, qui affirme que « le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse, et empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts », ce qui est paradoxal en ce que cette solution, pourtant contraire aux sentiments les plus élémentaires de justice, est celle qui résulte du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire du règlement Bruxelles II *bis*.

^{Voy.} le considérant 7 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

¹⁶²⁸ Voy. le considérant 80 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

Commission ne font pourtant pas¹⁶²⁹. L'importance d'un véritable espace de justice au sein de l'Union européenne, possible grâce à la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ne fait en effet aucun doute si l'on veut que l'Union européenne se construise en matière familiale dans le respect de l'Etat de droit et des exigences élémentaires de la justice.

440. La nécessité de faire émerger un sentiment commun de justice sur la base d'une citoyenneté tenant dûment compte des devoirs du citoyen rejoint d'ailleurs une autre réflexion dont l'importance est également capitale. Comme on a pu le remarquer, « pour l'instant, l'Europe ne s'est faite qu'à partir des droits de l'individu, depuis les quatre grandes libertés communautaires jusqu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour faire progresser la solidarité entre les peuples européens, il faudra bien à un moment donné penser en termes d'obligations »¹⁶³⁰. Il convient donc d'analyser désormais l'apport de l'objectif d'unité du statut familial à la construction européenne et à l'étude de la nature de l'ordre juridique de l'Union européenne.

B La contribution de l'objectif d'unité du statut familial à l'approfondissement du fédéralisme européen

441. L'objectif d'unité du statut familial, en tant que droit découlant de la citoyenneté européenne, s'inscrit indéniablement dans l'approfondissement du fédéralisme européen, puisque « c'est par les libertés et les droits individuels que le fédéralisme européen a progressé »¹⁶³¹. Cela traduit une évolution fondamentale, compte tenu du fait que « la spécificité du fédéralisme résiderait dans le fait que son vecteur d'application devient l'individu, sujet direct de droits attribués par la Fédération, exactement comme aujourd'hui l'individu devient sujet direct de droits en vertu de conventions internationales sur les droits

¹⁶²⁹ Il est fort regrettable que les projets régimes matrimoniaux et partenariats enregistrés ne le fassent pas, pour se contenter des objectifs de « la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, la possibilité donnée aux époux [ou aux partenaires] d'organiser leurs rapports patrimoniaux entre eux et à l'égard des tiers durant la vie du couple comme au moment de la liquidation de ses biens, une plus grande prévisibilité et sécurité juridique » ; voy. le considérant 31 de la proposition en matière de régimes matrimoniaux le considérant 27 de la proposition en matière d'effets patrimoniaux des partenariats.

¹⁶³⁰ E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, 294, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, 2003, spéc. p. 154.

¹⁶³¹ E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, préc., note 1631, spéc. p. 153)

de l'homme »¹⁶³². A cet égard, comme pour d'autres questions, l'Union européenne a une nature hybride, internationale et fédérale. Ne s'adressant qu'indirectement aux individus, faute d'immédiateté de la médiation démocratique et juridictionnelle, l'Union européenne est une organisation internationale. Mais par les droits individuels qu'elle accorde et l'efficacité institutionnelle avec laquelle elle les défend, elle est bien plus qu'une organisation internationale, et « le droit international entre Etats européens est engagé à des degrés divers dans un processus fédéral de sorte qu'il n'est plus tout à fait international, mais bien fédéral, donc constitutionnel »¹⁶³³ et relève bien d'une « théorie du fédéralisme »¹⁶³⁴. Il est donc nécessaire d'étudier dans quelle mesure l'objectif d'unité du statut familial influence le processus de fédéralisation de l'Union européenne avant d'envisager, dans une perspective plus générale qui conclura le présent titre, l'apport de cet objectif à la délicate question de la légitimité du droit de l'Union européenne.

442. En ce qui concerne l'apport de l'objectif au processus de fédéralisation de l'Union européenne, nous avons vu que l'objectif d'unité du statut familial est nécessaire en vue de la réalisation de la dimension non-économique de l'Union européenne, puisqu'il garantit pleinement la liberté de circulation des citoyens au sein de l'Union européenne. Cet élément permet alors de souligner la nature fédérale de l'Union européenne, puisque cet aspect signale « que ce ne sont pas seulement les Etats, mais aussi les peuples des Etats membres qui se sont unis [et que c']est précisément ici, dans cette association qui inclut également les peuples des Etats fédérés que gît l'élément fédéral, qui manque de manière exemplaire aux organisations internationales »¹⁶³⁵. Cette dimension politique ne doit certes pas conduire à minorer l'importance de l'élément économique dans le succès de l'entreprise fédérale, comme le montrent les exemples américain et suisse¹⁶³⁶. Mais il faut garder à l'esprit

¹⁶³² O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, 2^e éd., Presses Universitaires de France - PUF, Paris, 2009, spéc. p. 197.

¹⁶³³ E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, préc., note 1631, spéc. p. 155.

¹⁶³⁴ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635.

¹⁶³⁵ « La nature fédérale (*föderale*) de l'union d'Etats est ici produite par la défense commune ou par la liberté de circulation entre les Etats membres. Ces deux aspects signalent ainsi que ce ne sont pas seulement les Etats, mais aussi les peuples des Etats membres qui se sont unis (*verbunden*). C'est précisément ici, dans cette association qui inclut également les peuples des Etats fédérés que gît l'élément fédéral, qui manque de manière exemplaire aux organisations internationales » (C. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger, Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 268, traduit par Beaud et cité par ce dernier p. 271). L'Union européenne ayant les plus grandes difficultés de mettre en place un système de défense commune, seul l'aspect de la liberté de circulation lui permet d'approfondir cette nature fédérale.

¹⁶³⁶ Sur lesquels, voy. l'exemple du pacte fédératif américain de 1777 qui organisait une intégration économique insuffisante qui a rendu nécessaire un approfondissement des liens par la Constitution de 1787 ; « ce précédent est éclairant puisqu'il montre que la question économique est au centre des préoccupations des réformateurs qui

qu'il est impossible de « séparer les deux formes, économique et politique, d'union. [...] Pour qu'une Fédération soit prospère économiquement, il faut abolir au maximum les cloisons et les frontières qui opposent les Etats membres entre eux »¹⁶³⁷. La réalisation de l'objectif d'unité du statut familial est donc fondamentale pour l'Union européenne si elle veut véritablement se muer en une union politique d'Etats, ce qui est aussi la condition de la pérennité de l'union économique.

443. L'Union européenne doit donc pleinement assumer que « les membres d'une Fédération dans les Temps modernes sont à la fois les Etats et les individus »¹⁶³⁸. Il est primordial qu'elle s'adresse directement aux individus pour se réaliser en tant que Fédération. A cet égard la défense de la liberté et des droits des individus doit jouer un rôle important¹⁶³⁹, tout autant que la réalisation uniforme de leurs devoirs. La citoyenneté de l'Union européenne et l'unité du statut familial sont de tels éléments par lesquels l'Union européenne s'adresse aux individus. L'importance de la citoyenneté européenne à côté des citoyennetés nationales confirme donc la nature politique que revêt désormais l'Union européenne et la conclusion que « l'on peut ranger [cette dernière] dans la catégorie des Fédérations d'Etats »¹⁶⁴⁰. Nous pensons cependant qu'il est indispensable que cette nature politique entraîne pour les

souhaitent renforcer l'union fédérale afin d'éviter le retour aux souverainetés isolées et l'éclatement du lien fédéral » (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 305 ; sur l'expérience américaine, *ibid.* p. 303-306) ; et l'exemple suisse (*ibid.*, spéc. p. 306-309) : « l'exemple suisse est très intéressant pour quiconque étudie la politique économique d'une Fédération car il contient au moins deux leçons de grande portée. La première, c'est le lien intrinsèque entre la liberté de commerce intérieur – et il faut entendre par intérieur, ce qui est interne à la fédération – et la nécessaire défense des intérêts économiques de toute Fédération vis-à-vis de l'étranger qui passe par une union douanière. [...] A partir du moment où l'on étend le territoire et que l'on considère que le territoire d'un Etat membre ne se suffit plus à lui seul pour gérer une politique, il faut "fédéraliser" la compétence pour être en mesure de mieux la gérer. La seconde est d'ordre institutionnel, et elle porte sur la difficulté de réaliser une telle politique fédérale si les Etats membres restent prisonniers de leurs égoïsmes et de leurs vues stato-centrées. Il faut donc accroître les compétences de la Fédération et assouplir le mode de votation pour arriver à une politique économique "fédérale" qui soit cohérente » (*ibid.*, p. 309).

¹⁶³⁷ L'union politique classique, vue d'un point de vue militaire, ne peut perdurer dans les Temps modernes où l'économie joue un rôle déterminant dans l'évolution de la société, que si elle est liée à un projet économique. [...] Pour qu'une Fédération soit prospère économiquement, il faut abolir au maximum les cloisons et les frontières qui opposent les Etats membres entre eux. De ce point de vue, le maintien de la souveraineté des Etats membres est évidemment un obstacle à la prospérité économique de l'ensemble. L'on retrouve alors la tension qui existe entre le désir de conservation de l'unité politique des Etats et leur aspiration à l'extension » O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 312.

¹⁶³⁸ « [Le] but de prospérité concerne autant les unités fédérées (en tant qu'Etats) que leurs concitoyens. Cela n'a rien d'étonnant si l'on prend conscience que les membres d'une Fédération dans les Temps modernes sont à la fois les Etats et les individus » ; O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 320.

¹⁶³⁹ et il nous semble injustifié d'écarter ce but d'une axiomatique des fins communes de la Fédération en arguant de son « caractère contingent » (comme le fait pourtant Olivier BEAUD, *ibid.* p. 320), voy. sur cette question notamment E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, préc., note 1631, spéc. p. 118 et 149 à 155.

¹⁶⁴⁰ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Economica, 2010, p. 68.

individus également des devoirs. L'approche fédérale retenue à l'égard de l'Union européenne souffre en effet fréquemment d'une incohérence, tenant au fait qu'il n'est guère satisfaisant de vouloir affirmer la nature « fédéraliste » sur la base des droits que les individus peuvent invoquer au sein de la fédération, mais de nier en même temps la réalisation, à l'échelle de l'ordre juridique de la fédération, des devoirs des individus.

444. L'objectif d'unité du statut familial serait donc un élément qui distinguerait radicalement l'Union européenne d'une simple organisation internationale qui « n'est pas, et n'est jamais une union des peuples, elle n'est qu'un groupement institutionnalisé d'Etats. A l'inverse, la Fédération, a pour caractéristique éminente d'être une union des Etats et des peuples »¹⁶⁴¹. L'intervention européenne ne serait pas pour autant un élément qui bouleverserait totalement le rôle des Etats nationaux, car si « la Fédération est une entité politico-juridique autonome qui se distingue donc de l'Etat et qui lui fait même un peu concurrence dans la catégorie faiblement remplie des "formes politiques" [, qu']elle est un "ordre juridique en soi" pour reprendre la formule qu'emploie Santi Romano pour décrire une institution »¹⁶⁴², elle n'est pas un nouvel Etat qui se substitue ou se superpose à ses Etats membres. Tout au plus « cette idée d'une désétatisation de la Fédération implique[-t-elle] d'admettre l'autonomisation du droit fédéral »¹⁶⁴³. Mais le constat de Phocion Francescakis adressé à l'égard des Communautés européennes garde toute son actualité : « Puisqu'il n'est pas (ou pas encore ?) permis de matérialiser la Communauté en la pensant en termes de super-Etat aux structures se rapprochant des types connus du fédéralisme, on la hisse au niveau d'abstraction de l'ordre juridique »¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴¹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1643, spéc. p. 271.

¹⁶⁴² « La Fédération est une entité politico-juridique autonome qui se distingue donc de l'Etat et qui lui fait même un peu concurrence dans la catégorie faiblement remplie des "formes politiques". En effet, elle est un "ordre juridique en soi" pour reprendre la formule qu'emploie Santi Romano pour décrire une institution » O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 423

¹⁶⁴³ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 423.

¹⁶⁴⁴ Sur l'actualité de Santi Romano à l'égard de l'Union européenne, voyez également P. FRANCESCAKIS, « Introduction à l'édition française », préc., note 916, spéc. p. XVII-XVIII :

« Non seulement [le droit des Communautés européennes] est sans objection couramment désigné du terme ordre juridique, mais les représentations mentales que ce terme suscite sont du genre de celles que propose Santi Romano. Puisqu'il n'est pas (ou pas encore ?) permis de matérialiser la Communauté en la pensant en termes de super-Etat aux structures se rapprochant des types connus du fédéralisme, on la hisse au niveau d'abstraction de l'ordre juridique. Celui-ci ne fait pas évoquer seulement des règles ou un système de règles mais aussi des organes avec leurs pouvoirs plus ou moins souverains, le tout dominé par un esprit, une mentalité, à la conviction il est vrai variable sinon aux humeurs changeantes, mais perçu en tout cas précisément comme un tout et mis en rapport avec ces autres globalités que sont les ordres juridiques des Etats membres. »

445. A la différence de l'organisation internationale, « la Fédération est une union politique qui unit les peuples et touche directement ses citoyens »¹⁶⁴⁵. L'Union européenne renforcerait donc considérablement sa nature fédérale en poursuivant et atteignant de façon plus efficace l'objectif d'unité familial, puisque cet objectif est un outil clé par lequel l'Union peut s'adresser aux citoyens européens. Cela pourrait ensuite déclencher un processus plus profond de fédéralisation, autour de l'élément central d'une démocratie européenne qui fait encore défaut pour le moment. Comme on a pu le remarquer, la « disparition [de la raison d'être du fédéralisme suite au succès de l'Etat fédéral¹⁶⁴⁶] n'est pas attestée, comme on le croit trop souvent, par une modification de la répartition des compétences, mais par des changements souvent plus diffus, qui font que, progressivement, l'unité politique de référence devient la fédération en même temps que celle-ci se transforme en "tutrice" bienveillante de "ses" Etats membres. Ce genre d'évolution se produit de façon lente et insidieuse, et c'est seulement quand le processus s'est achevé que l'on s'aperçoit que la Fédération s'est muée en un Etat »¹⁶⁴⁷. La nature de la construction européenne est à cet égard dans une phase de permanente tension entre le modèle fédéral et confédéral¹⁶⁴⁸, et il est évident que la consécration de l'objectif d'unité du statut familial renforcerait considérablement la dimension fédérale de l'Union.

¹⁶⁴⁵ A la différence de l'organisation internationale, qui est «un instrument à la fois diplomatique et technique qui n'a pas besoin du soutien populaire pour avoir un sens » ; O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 270.

¹⁶⁴⁶ Relevé par Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, p. 495-596, cité par O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 424.

¹⁶⁴⁷ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1643, spéc. p. 424- 425.

¹⁶⁴⁸ Voy. sur ce point également la position de François OST, pour qui la nature de la construction européenne relève à la fois du modèle fédéral et confédéral, ce qui rend l'Union européenne à la fois autonome et dépendante de traités dont les États restent maîtres (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 69 et s.).

Conclusion du titre : L'objectif d'unité du statut familial et la légitimité de l'Union européenne

446. Si l'Union européenne veut se concevoir comme autre chose qu'une simple union de nature économique, la réalité de l'objectif d'unité du statut familial ne fait aucun doute, malgré l'ambiguïté de l'affirmation de cet objectif au niveau politique. L'objectif d'unité du statut familial est dès lors intimement lié à l'importance attachée à la dimension politique de la citoyenneté de l'Union. Cela requiert d'assumer la citoyenneté de l'Union comme une véritable citoyenneté qui est construite aussi autour des devoirs du citoyen. Par sa contribution à la citoyenneté de l'Union, l'objectif d'unité du statut familial est alors non seulement un élément nécessaire du droit international privé européen de la famille. Il est également un élément permettant de mieux comprendre la nature de l'ordre juridique de l'Union européenne en tant que « fédération d'Etats de nature fédérale »¹⁶⁴⁹. Cet objectif approfondit en effet la dimension fédérale de l'Union européenne, en renforçant sa dimension politique et ses liens avec les citoyens européens. Tout comme un refus de cet objectif impliquerait de limiter fortement la nature fédérale de l'Union européenne, et *vice versa*. Un prolongement de cette réflexion est la question de l'apport de l'objectif d'unité du statut familial pour la construction européenne dans son ensemble. Nous concluons donc notre réflexion sur l'unité du statut familial par une étude, nécessairement sommaire, des implications de l'objectif à l'égard de la légitimité de l'ordre juridique fédéral qu'est l'Union européenne.

447. Il est utile dans ce contexte de revenir brièvement sur les discussions qui ont accompagné le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Lors des débats précédant le référendum en France sur la ratification du traité constitutionnel, un des arguments avancés en faveur du traité était en effet qu'« une citoyenneté européenne ne saurait exister sans l'existence et sans l'application d'une Constitution pour l'Europe »¹⁶⁵⁰. Le raisonnement *a contrario* qui s'impose suite à l'échec du projet constitutionnel est

¹⁶⁴⁹ Par analogie avec la formule utilisée par M. Christoph Schönberger qui évoque « la nature fédérale de l'Union d'Etats » ; C. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger, Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 268, traduit par Beaud p. 271.

évidemment assez restrictif quant à l'éventualité d'une Union européenne politique. Et s'il est indéniable que cet échec a été, dans l'immédiat, un frein à la construction européenne, il n'a pas empêché l'Union européenne de poursuivre ses efforts en vue de la construction d'une Union politique s'adressant directement aux citoyens. Cette volonté de former un corps de citoyens européens qui serait à même de constituer une communauté politique de référence est d'ailleurs logique face à l'originalité de l'Union européenne par rapport aux organisations internationale. On a souligné en effet que l'« on pourrait également démontrer que les organisations internationales ne constituent pas une unité politique parce qu'il leur manque une communauté politique de référence »¹⁶⁵¹ et cette idée semble être d'une importance première pour l'Union européenne. Si pour le moment l'existence d'une telle communauté politique de référence paraît très douteuse au sujet de l'Union européenne, l'approfondissement de la citoyenneté européenne peut certainement être un outil par lequel les peuples des Etats membres participent assez directement à la vie de l'Union européenne, et donc un outil par lequel l'Union européenne acquiert une certaine légitimité. Cet approfondissement permettrait ainsi à l'Union européenne de se doter d'une communauté politique de référence, qui est une condition pour mener la construction européenne de façon respectueuse des principes de l'Etat de droit et de la démocratie¹⁶⁵². Cette communauté serait ensuite également, comme nous l'avons déjà vu¹⁶⁵³, un moteur important du droit international privé de l'Union européenne.

448. L'objectif d'unité du statut familial dote ainsi la citoyenneté européenne d'une dimension nouvelle qui est primordiale dans le cadre du processus de légitimation de l'Union européenne. Traditionnellement, la citoyenneté européenne avait vocation, en sus des libertés de circulation qui n'ont pas attendu le concept de citoyenneté pour être consacré, de « compléter la citoyenneté nationale d'un Etat membre en offrant aux citoyens de l'Union européenne un cadre supplémentaire de référence permettant d'exercer des droits civiques au

¹⁶⁵⁰ C. CANET et H. DEL PUP, « Conclusion » à *Construire une citoyenneté européenne*, édité par Claude CANET, Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 2007, p. 257-273, spéc. p. 272.

¹⁶⁵¹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 271.

¹⁶⁵² Respect de la démocratie qui est évidemment mis à mal par le refus de respecter les votes des populations nationales qui s'expriment sur certains points de la construction européenne. Ce refus a cependant aujourd'hui des conséquences, y compris en termes électoraux, puisqu'il conduit assez logiquement ces populations à se prononcer de plus en plus en faveur de partis politiques « anti-européens ».

¹⁶⁵³ Cf. *supra*, n° 40 et s. et n° 211 et s., sur l'influence du sentiment de communauté sur la conception du droit international privé.

sein de la vie démocratique de l'Union européenne »¹⁶⁵⁴. En cela, « la citoyenneté de l'Union européenne représente une source potentielle de légitimité pour le processus d'intégration en entier [et] est donc bien plus qu'un symbolisme vide de sens »¹⁶⁵⁵. Mais les très faibles taux de participation aux élections européennes illustrent que si elle est une source potentielle de légitimité, elle n'a pas encore su réaliser cette potentialité. On a alors proposé de découvrir la légitimité de l'Union européenne dans la thèse du « patriotisme constitutionnel (postnational) », fondée sur l'identification populaire avec les valeurs incarnées dans les documents constitutifs de l'Union européenne, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁶⁵⁶. Or cette thèse est simplement démentie par les faits : le refus explicite des traités constitutifs par les peuples français et néerlandais, l'acceptation ultérieure des textes de substitution de façon bien moins populaire et le refus de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par le Royaume-Uni, la Pologne et la République tchèque sont tous autant d'éléments illustrant la défiance des peuples nationaux à l'égard de l'Union européenne. On a pu mettre en exergue de façon très cruelle ce déficit de patriotisme à l'égard de l'Union européenne, en soulignant que « dans la perspective de la construction d'une identité et d'une citoyenneté européenne » les Etats et l'Union européenne n'ont pas su mettre en place les éléments « qui permettraient de susciter de l'attachement, de la confiance et de la loyauté [à l'égard de l'Europe] »¹⁶⁵⁷. Et pour cause, pour reprendre la formule de Jacques Delors, « on ne tombe pas amoureux d'un marché unique »¹⁶⁵⁸. Face à l'impossibilité de fonder la légitimité de l'Union européenne sur l'identification populaire avec les textes constitutifs de l'Union européenne, il y a donc un besoin primordial pour la construction européenne de recourir à cette « source complémentaire » de légitimité qu'est « la réalisation au jour le jour des droits des citoyens européens »¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁴ Grzegorz Pozarlik, La citoyenneté européenne, nouvelle construction sociale. Implications pour le développement d'une identité collective dans l'Europe contemporaine, in *Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques*, sous la direction de Gilles Rouet, p. 129.

¹⁶⁵⁵ Rey Koslowski, « EU Citizenship : Implications for Identity and Legitimacy », in *Legitimacy and the European Union*, sous la direction de Thomas F. Banchoff et Mitchell P. Smith, Londres, Routledge, 1999.

¹⁶⁵⁶ J. HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*. Paris, Fayard, 1998.

¹⁶⁵⁷ Sébastien Schehr, « Peut-on être loyal à l'Union européenne ? La loyauté à l'épreuve des transformations de l'Etat-nation », in *Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques*, sous la direction de Gilles Rouet, p. 201.

¹⁶⁵⁸ Trouvée in Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, spécialement page 230.

¹⁶⁵⁹ Grzegorz Pozarlik, Collective identity and the challenge of axiological pluralism in the new Europe, in Zdzislaw Mach et Magdalena Gora (éditeurs), *Collective Identity and Democracy*, RECON Report 12, ARENA, Oslo, 2010.

449. C'est justement à ce « vide de légitimité » que l'objectif d'unité du statut familial peut apporter une réponse. Le droit de la famille de l'Union européenne ne serait évidemment pas le seul élément permettant de donner un sens concret à l'Union européenne et de doter celle-ci d'un début de légitimité. L'ensemble du statut lié à la citoyenneté européenne doit contribuer à faire de la citoyenneté une « réponse constitutionnelle au déficit démocratique »¹⁶⁶⁰. Mais la reconnaissance de l'objectif d'unité du statut familial n'en permettrait pas moins à l'Union européenne de s'adresser directement à ses citoyens, de protéger leurs droits en matière familiale, et d'espérer en retour que ceux-ci se sentent « européens ». Il ne faut pas perdre de vue que « la véritable force d'une fédération est dans le degré d'attachement de ses citoyens à l'union qu'elle constitue »¹⁶⁶¹. L'attachement du citoyen européen à l'Union européenne est aujourd'hui bien faible. Donner un contenu concret à la citoyenneté européenne dans des domaines aussi importants que le droit de la famille permettrait de ressusciter l'attachement des peuples européens pour l'Europe. C'est en cela que l'objectif d'unité du statut familial est un élément indispensable pour la construction de l'Union européenne.

¹⁶⁶⁰ Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, spécialement pages 129 et suivantes ; encore qu'il ne faut évidemment pas travestir le sens de la citoyenneté en en faisant une « stratégie subreptice d'intégration » de la part des institutions de l'Union, notamment de la Commission, *idem.*, spécialement pages 133 et s.

¹⁶⁶¹ E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, préc., note 1631, spéc. p. 152.

Titre 2 L'objectif de diversité des statuts familiaux

450. A côté du principe de reconnaissance mutuelle, ayant pour corollaire, en matière familiale, l'objectif d'unité du statut familial, le droit de l'Union européenne insiste sur un autre aspect fondamental pour la construction de l'espace judiciaire européen, qui est celui du respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres¹⁶⁶². Le droit international privé européen de la famille doit donc tenir compte de cet autre fondement politique, qui se prolonge au regard du droit de la famille par un objectif de respect de la diversité des droits nationaux de la famille que nous avons qualifié d'« objectif de diversité des statuts familiaux »¹⁶⁶³. Cet objectif s'inscrit dans un contexte tendu. Alors que « l'homogénéisation, la standardisation, l'anonymisation tendent à détruire les diversités culturelles et à faire perdre les racines »¹⁶⁶⁴, l'on constate effectivement en même temps qu'« il y a un besoin de ressourcement, de réenracinement, qu'il faut comprendre [et que] le ressourcement identitaire est la tendance mondiale généralisée de la crise de la fin du millénaire »¹⁶⁶⁵. Face à l'impression de ne pas sortir de cette crise, l'objectif de diversité des statuts familiaux peut alors être un outil permettant d'apporter une réponse à ce besoin de réenracinement¹⁶⁶⁶.

451. L'analyse des droits au sein de l'Union européenne et du droit de l'Union européenne est donc nécessaire pour connaître la vigueur avec laquelle est affirmé l'objectif de diversité des statuts familiaux (chapitre 1) avant d'étudier le bien-fondé de l'objectif de diversité des statuts familiaux compte tenu des objectifs poursuivis par l'Union européenne en matière de droit de la famille (chapitre 2).

¹⁶⁶² Voy. not. l'art. 67 TFUE.

¹⁶⁶³ Cf. *supra*, n° 450 et s.

¹⁶⁶⁴ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 54.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ Ce qui le rapproche des débats sur le respect de la diversité culturelle, tout en gardant à l'esprit que ce débat sur la diversité des statuts familiaux doit être mené sans excès. L'on doit en effet transposer au débat sur la diversité du droit de la famille une remarque importante faite par Edgar Morin à propos de la diversité culturelle, consistant à dire qu'« il y a quelque chose de désespérant dans les débats sur la diversité culturelle : le choc des abstractions, signalées par les termes en "isme" – universalisme contre relativisme, républicanisme contre communautarisme – évoque une progression chaotique dans une sorte de palais des glaces, à la fois sans issue discernable et, à tout prendre, en décalage avec les réalités » ; *ibid.*

Chapitre 1 L'affirmation de l'objectif de diversité

452. Partant du constat de la diversité, à la fois des droits matériels de la famille et des droits internationaux privés de la famille des Etats européens (section 1), le législateur européen n'a pas manqué de marquer son attachement à l'objectif du respect de la diversité des droits nationaux de la famille, que ce soit par les traités de l'Union européenne ou par les instruments juridiques adoptés pour leur mise en œuvre (section 2).

Section 1 Le constat de la diversité

453. La diversité des statuts familiaux se pose d'abord comme un fait (I), qui n'est pas remis en cause par le droit européen ou international, quelle que soit sa source (II).

I La diversité des droits de la famille nationaux

454. La diversité familiale en Europe n'est pas propre au droit de la famille, puisque l'on la découvre également du point de vue anthropologique face aux structures et systèmes familiaux présents en Europe¹⁶⁶⁷, « quatre systèmes familiaux principaux se partageant l'espace européen »¹⁶⁶⁸. Il n'est dès lors guère surprenant que les approches sociales des familles soient juridiquement diverses parmi les Etats européens. Cette diversité est aisément constatable s'agissant des règles de droit matériel (A), mais se retrouve également au sujet des règles de droit international privé de la famille (B).

¹⁶⁶⁷ Sur cette question, voy. Emmanuel Todd, *L'invention de l'Europe, spéc.* p. 35 et ss, et du même auteur, *La diversité du monde, spéc.* p. 26-31.

¹⁶⁶⁸ Emmanuel Todd, *L'invention de l'Europe*, p. 35. L'auteur distingue ainsi ces quatre systèmes familiaux : La famille nucléaire absolue, « un système familial dans lequel les relations entre parents et enfants sont de type libéral, les relations entre frères de type non égalitaire », la famille nucléaire égalitaire, « un système familial dans lequel les relations entre parents et enfants sont de type libéral et les relations entre frères de type égalitaire », la famille souche, « un système familial dans lequel les relations entre parents et enfants sont de type autoritaire, les relations entre frères de type non égalitaire », et enfin la famille communautaire, « un système familial dans lequel les relations entre parents et enfants sont de type autoritaire, les relations entre frères de type égalitaire ».

A La diversité des règles de droit matériel

455. La diversité en matière de droit de la famille au sein des pays de l'Union européenne est trop importante pour qu'il soit possible d'en dresser ici un inventaire complet. Notre tour d'horizon, nécessairement limité aux constatations juridiques, se contentera de quelques questions principales autour desquelles se construit la présente étude, c'est-à-dire le mariage, le divorce, les partenariats, l'établissement de la filiation, les effets de la filiation et l'adoption. La diversité peut d'ailleurs avoir des causes diverses, et donc être révélatrice de différents enseignements. Mais l'élément culturel joue à l'évidence un rôle très important dans l'apparition et le maintien de la diversité des droits de la famille européens¹⁶⁶⁹.

456. En matière de mariage, deux sortes d'oppositions doivent se combiner avec un très important noyau commun partagé par l'ensemble des Etats européens. Le mariage est ainsi partout possible pour les couples hétérosexuels, monogamiques et exogames. Cette unité se trouve d'ailleurs révélée et confortée par différents instruments internationaux, à commencer par le droit de se marier et de fonder une famille consacrée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que, plus implicitement, par la convention de La Haye de 1978 sur la reconnaissance des mariages¹⁶⁷⁰. Cette unité ne doit cependant pas cacher une première source de diversité qui existe depuis longtemps, tenant à l'implication idéologique du droit du mariage. Le degré d'implication idéologique est ainsi très variable au sein des pays européens¹⁶⁷¹. Deux tendances s'opposent, consistant soit à détacher le plus possible le mariage de considérations idéologiques, soit à reconnaître le rôle de ces implications idéologiques traditionnelles. Parmi cette dernière tendance doit certainement être classée l'affirmation que « même sécularisée, le mariage a une gravité religieuse qui doit être prise en considération »¹⁶⁷². D'où des attitudes très variables des Etats européens sur la possibilité de faire produire ou non des effets civils à des mariages religieux¹⁶⁷³. En outre, l'« idéologie

¹⁶⁶⁹ Voy. parmi d'autres Charlotte BUTRUILLE-CARDEW, « La construction européenne du droit du divorce et l'approche culturelle », *AJ Famille*, 2012, p. 376 et s.

¹⁶⁷⁰ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

¹⁶⁷¹ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939 : « The present state of affairs is that the level of de-ideologisation of marriage remains quite different throughout Europe ».

¹⁶⁷² J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, LGDJ, Paris, 2001, spéc. p. 137.

¹⁶⁷³ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 303, qui en dresse la liste.

religieuse » n'est pas la seule qui puisse être poursuivie. Dès la fin du XIXe siècle, Friedrich Engels avait ainsi pu pronostiquer la fin de la monogamie, du mariage à vie et de la famille comme conséquence du changement des moyens de production, un remplacement de l'éducation et de l'entretien familiaux par une éducation et un entretien étatiques rendant mariage et famille superflus, et la seule subsistance de relations entre deux personnes fondées sur un amour émancipatoire¹⁶⁷⁴. Finalement étonnamment proche du langage utilisé à l'heure actuelle des participants d'une soi-disant « désidéologisation » du mariage, le caractère fortement idéologique de ce discours ne peut guère être contesté lorsque l'on sait que son auteur a pris une place centrale dans l'idéologie soviétique¹⁶⁷⁵. L'Etat soviétique ne tardait d'ailleurs pas à mettre rapidement en œuvre des réformes du droit de la famille que l'on qualifie encore aujourd'hui de modernes¹⁶⁷⁶, mais clairement dans l'objectif de dynamiser la famille afin de renforcer l'adhésion individuelle à l'appareil soviétique¹⁶⁷⁷. Il faut donc rester méfiant à l'égard de discours tendancieux qui se disent idéologiquement neutres, mais qui poursuivent en réalité des objectifs idéologiques des plus dangereux. Ce danger est d'ailleurs clairement perçu par la plupart des Etats européens. La famille bénéficie en effet dans de nombreux Etats européens d'une protection constitutionnelle, différemment entendue¹⁶⁷⁸, mais ayant clairement pour but d'ériger la famille à la fois en institution que l'Etat doit promouvoir, et en institution à protéger de l'Etat, c'est-à-dire en outil de défense des libertés individuelles face à un pouvoir excessif de l'Etat¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁴ H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, préc., note 939, spéc. p. 682.

¹⁶⁷⁵ Lénine appréciant particulièrement l'ouvrage contenant ces affirmations, « *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat* » (voy. sur ce point HATTENHAUER, *Ibid.*).

¹⁶⁷⁶ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939.

¹⁶⁷⁷ H. HATTENHAUER, *Europäische Rechtsgeschichte*, préc., note 939, spéc. p. 682.

¹⁶⁷⁸ Voy. par exemple en Allemagne l'article 6 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949, en Espagne les articles 19-1 et 39 de la Constitution du 29 décembre 1978, en Grèce les articles 9 et 21 de la Constitution du 11 juin 1975, en Irlande l'article 41 de la Constitution du 1^{er} juillet 1937, en Italie l'article 29 du 27 décembre 1947 et au Portugal les articles 36 et 67 de la Constitution du 25 avril 1976. En France, cette protection est bien moins clairement affirmée, mais le Conseil constitutionnel a tout de même prudemment déduit le « droit de mener une vie familiale normale » du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (voyez les décisions n° 93-325 DC du 13 août 1993, spécialement points 69 et 70, et n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, spécialement point 29 ; Voy. également Joël-Benoist D'Onorio, « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », R.T.D. civ. 1988, pp. 1-29, Eric MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille », in : *Code civil et constitution(s)*, dir. Michel VERPEAUX, Economica, Paris, 2005, p. 65-81, Jean HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

¹⁶⁷⁹ Ce qui est particulièrement marquant en Allemagne, Voy. sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand, principalement Hans-Jürgen PAPIER, « Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG », NJW 2002, 2129, et Rüdiger ZUCK, « Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeistes », NJW, 2009, 1449.

457. A côté de cette première source de diversité tenant aux implications idéologiques du mariage, et qui n'est pas près de disparaître en Europe¹⁶⁸⁰, vient s'ajouter une seconde source de diversité tenant à la condition de différence de sexe, plus récente, bien plus connue, et tout autant vouée à persister encore longtemps¹⁶⁸¹. On s'y attardera donc moins, encore que le parallèle avec l'idéologie sous-tendant le droit du mariage mériterait certainement des développements plus longs¹⁶⁸². La possibilité reconnue à deux personnes de même sexe de se marier divise ainsi fortement et clairement les Etats européens. Si un nombre croissant d'Etats reconnaît cette possibilité¹⁶⁸³, une majorité de pays membres de l'Union européenne y reste toujours hostile¹⁶⁸⁴, marquant son attachement à la définition traditionnelle du mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme en vue d'une communauté de vie conçue pour durer »¹⁶⁸⁵. Ces différences de position sur le mariage homosexuel ne laissent en réalité qu'éclater à la vue de tous un constat d'une portée plus générale, qui est que « les différences dans les droits du mariage des pays européens restent en réalité significatives »¹⁶⁸⁶. Pour reprendre la formule d'un autre auteur, qui a qualifié la société des années 1970 en ce domaine de « musée des différentes conceptions du mariage »¹⁶⁸⁷, force est de constater que le mariage homosexuel a ravivé la flamme des oppositions idéologiques et que si musée il y a, c'est un musée très vivant, preuve de la vitalité du droit de la famille¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁰ Dans le même sens, M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 301.

¹⁶⁸¹ L'opposition au mariage entre personnes de même sexe dans certains pays européens apparaît en effet bien insurmontable à l'heure actuelle, d'autant que cette opposition ne devrait pas pouvoir être surmontée par la décision d'une cour de justice. Ce qui n'a pas été le cas aux Etats-Unis, voy. *Obergefell voy. Hodges*, en ligne : <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/obergefell-v-hodges/>>.

¹⁶⁸² Mais certainement plus périlleux aussi, puisque cette étude mettrait probablement justement en avant, sous le couvert de l'apparente désidéologisation du mariage, et non s'en plaise le discours ambiant et politiquement correct, une idéologie individualiste et destructrice de l'institution de la famille propre à mettre en péril les structures nécessaires d'une démocratie fonctionnant correctement.

¹⁶⁸³ Aujourd'hui, 14 pays européens (dont 12 membres de l'Union européenne) reconnaissent le mariage homosexuel : les Pays-Bas (depuis 2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède (2009, avec une disposition obligeant l'Eglise à trouver un pasteur pour célébrer les mariages religieux), la Norvège (2009), le Portugal (2010), l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France (2013), la Grande-Bretagne (Angleterre et Pays de Galles en 2013, Ecosse en 2014), le Luxembourg, la Slovénie, la Finlande et **l'Irlande** (2015) ; voyez sur ce point, régulièrement mis à jour et contenant des références supplémentaires : <http://www.touteurope.eu/index.php?id=5560>.

¹⁶⁸⁴ Tous les autres, dont 9 pays de l'Union européenne qui ne reconnaissent aucune forme d'union pour les couples homosexuels : Italie, Grèce, Chypre, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Bulgarie, Pologne (source : <http://www.touteurope.eu/index.php?id=5560>).

¹⁶⁸⁵ Pour utiliser la formule utilisée par le Tribunal constitutionnel allemand (« die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft »), BVerfG, 1 BvF 1/01 vom 17.7.2002, Absatz-Nr. (1 - 147), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20020717_1bvf000101.html, spécialement § 87.

¹⁶⁸⁶ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 312, qui constate que « the differences within the marriage laws of the European countries remain rather significant ».

¹⁶⁸⁷ Mary Ann Glendon, *Power and Authority in the Family : New Legal Patterns as Reflection of Changing Ideologies*, 1975, p.2.

458. Le même constat vaut d'ailleurs dans le domaine proche des partenariats enregistrés et concubinages. Ainsi même si du point de vue sociologique, on constate une évolution parfois comparable, ou en tout cas se prêtant à une certaine systématisation commune¹⁶⁸⁹, le traitement des situations de couples non mariés reste toujours très inégal en Europe¹⁶⁹⁰. La reconnaissance d'effets juridiques à ces situations de vie en couple non maritale est donc très différente d'un Etat à un autre, et il n'y a dès lors rien de surprenant à ce que les effets juridiques soient extrêmement variables au sein des Etats membres de l'Union européenne¹⁶⁹¹, voire souvent au sein d'un même pays¹⁶⁹². La possibilité de conclure des partenariats enregistrés est ainsi reconnue dans dix-neuf Etats membres¹⁶⁹³, tandis qu'un Etat qui reconnaissait antérieurement cette possibilité l'a supprimée¹⁶⁹⁴. Au sein de ces Etats, qui ouvrent tous le partenariat enregistré aux couples homosexuels, quatre Etats le permettent également aux couples hétérosexuels¹⁶⁹⁵, tandis que trois admettent parallèlement la

¹⁶⁸⁸ L'on peut également prendre ici à témoin les débats actuels sur l'admission éventuelle du mariage entre personnes du même sexe, ou les débats plus anciens sur l'exigence d'une cérémonie religieuse, qui montrent bien que la recherche de consensus au niveau européen est très délicate, sinon impossible, en ce domaine.

¹⁶⁸⁹ Voy. p. ex. Kathleen KIERNAN, *The Rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe*, spéc. p. 3, distinguant quatre phases sociologiques menant à l'acceptation du couple non marié. La première est celle où le concubinage est un « deviant avant-garde phenomenon practiced by a small group [of progressive intellectuals] ». La seconde correspond à celle où le concubinage est conçu comme « a prelude or a probationary period » en vue d'un éventuel mariage ou d'enfants communs. Dans la troisième phase, le couple non marié devient « acceptable as an alternative to marriage », pendant que le fait d'avoir un enfant n'est plus considéré comme une raison pour se marier. La quatrième enfin est celle où mariage et concubinage deviennent « indistinguishable » quant aux effets sur les enfants et l'acceptabilité sociale.

¹⁶⁹⁰ Voy. déjà M. Kreyenfelt et D. Konietzka, *Rechtstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen*, 2005, spéc. p. 45-77 et le tableau des pages 69 à 73 ; ce même constat a été fait au niveau mondial par la Conférence de La Haye,

¹⁶⁹¹ Voy. entre autres Kees Waldijk et Eric Fassin, *Droit conjugal et unions de même sexe. Mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, 2008, qui a comparé la législation de neuf pays européens autour du concept de « niveaux de conséquences juridiques » développé aux fins de l'étude menée pour l'Institut national d'études démographiques (document de travail n°125, Paris, 2005, accessible sous : http://www.same-sex.ined.fr/intro_pub.htm).

¹⁶⁹² Prenant simplement la France et la Belgique à témoin, où les couples ont le choix entre un concubinage « simple », un partenariat juridiquement reconnu, PACS ou cohabitation légale, et le mariage, donc dans chaque pays trois formes de couple avec des « niveaux de conséquences juridiques » très divers. Le cas de l'Espagne est également à noter, où l'absence de législation fédérale a fait naître une multitude de législations régionales ; voy. sur ce dernier point M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 397 et s.

¹⁶⁹³ 19 pays de l'Union européenne autorisant une forme d'union civile pour les couples homosexuels, avec des effets juridiques cependant très variés : le Danemark (1989), la Suède (1995), l'Espagne (1998), les Pays-Bas (1998), la France (1999), la Belgique (2000), l'Allemagne (depuis 2001, le contrat de vie commune accorde aux couples homosexuels des droits similaires à ceux du mariage, sauf en matière fiscale et d'adoption), le Portugal (2001), la Finlande (2002), le Royaume-Uni (2005), la Hongrie (depuis 2007, le statut de "concubin" permet d'obtenir un crédit, de faire valoir des droits à un héritage et accorde des abattements fiscaux), la République tchèque (2006), le Luxembourg (2010), la Slovaquie (2010), l'Irlande (2010), l'Autriche (2010), Malte (avril 2014), la Croatie (juillet 2014), l'Estonie (octobre 2014) ; source : <http://www.touteurope.eu/index.php?id=5560>).

¹⁶⁹⁴ La Suède, comme conséquence de l'introduction du mariage homosexuel.

possibilité d'un mariage et d'un partenariat enregistré pour les personnes de même sexe¹⁶⁹⁶. Face aux changements sociaux qui ont conduit à une consécration juridique des formes de couples non mariés, les réactions des différents Etats membres sont donc très diverses, en sorte que « la parenté entre ces institutions [existant au niveau européen] est insuffisante pour les considérer comme tout à fait équivalentes »¹⁶⁹⁷. Les règles juridiques qui *a priori* devaient faire face à un problème social identique sont extrêmement diverses, ce qui illustre encore la diversité du droit de la famille en Europe. En raison des implications politiques et idéologiques de ces questions, la diversité des droits nationaux a certainement vocation à persister en ce domaine¹⁶⁹⁸.

459. La diversité des règles matérielles nationales est en outre particulièrement frappante en matière de divorce, où cette diversité juridique est certainement beaucoup plus marquée que dans d'autres domaines où l'on retrouve une meilleure communauté juridique entre les Etats membres. Ainsi, même si le principe du divorce est désormais admis par tous les Etats, puisque le peuple maltais a approuvé par référendum l'admission de cette forme de séparation du couple, de très fortes divergences sur la manière dont celui-ci peut être obtenu existent. Certains sont très restrictifs, comme par exemple l'Irlande, qui prévoit une longue période de séparation assortie d'une marge d'appréciation laissée au juge quant à l'absence de réconciliation possible et de l'obligation de trouver un accord sur le sort des enfants. D'autres droits nationaux sont au contraire très libéraux, comme ceux des pays scandinaves, qui ne subordonnent même plus l'obtention du divorce à l'existence d'une cause de divorce, et qui laissent subsister seulement une période de réflexion pour encadrer la procédure¹⁶⁹⁹. Entre ces extrêmes, tout un éventail de législations nationales plus ou moins libérales se présente, les unes permettant le divorce par consentement mutuel, pour faute, pour rupture irrévocable du lien conjugal ou pour séparation de fait, d'autres combinant certaines ou toutes ces causes de

¹⁶⁹⁵ Belgique, France, Luxembourg et les Pays Bas.

¹⁶⁹⁶ Belgique, Pays-Bas et désormais la France

¹⁶⁹⁷ Alain DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, préface Hugues Fulchiron, LGDJ, Paris, 2004, p. 8.

¹⁶⁹⁸ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 440-441, qui pour arriver à la même conclusion ne met cependant en avant que le facteur politique, tout en écartant « anything that could be attributed to specific historical, cultural or religious aspects of the countries concerned – or even to a different level of acceptance of homosexuality in general ». Ce que l'auteur semble omettre est l'influence nécessaire et indispensable que ces facteurs historiques, culturels et religieux ont sur les choix politiques qu'exprime un peuple à travers les élections. L'oublier, c'est avoir une vision très particulière de la politique dans une démocratie. Exclure ces facteurs pour n'expliquer les différences du droit de la famille en ce domaine que par des choix politiques différents n'a donc pas de sens.

¹⁶⁹⁹ Cas de la Suède et de la Finlande.

divorce, et ce en les hiérarchisant de façon variée¹⁷⁰⁰. Les durées de séparation prévues divergent également, tout comme les degrés de gravité de la faute requise pour permettre le divorce. A ces divergences s'ajoutent encore des différences procédurales considérables, qui conduisent notamment à ce que les pouvoirs du juge varient très sensiblement d'un ordre juridique à l'autre. Et en matière de conséquences du divorce, en termes de maintien de l'obligation alimentaire ou de responsabilité parentale par exemple, apparaissent de semblables divergences, qui se retrouvent également dans les règles relatives à la séparation de corps¹⁷⁰¹ et à l'annulation du mariage¹⁷⁰². On est donc en réalité loin de la convergence du droit du divorce invoquée par certains auteurs¹⁷⁰³, puisque le noyau commun n'est aucunement plus large qu'il ne l'a été il y a 50 ans¹⁷⁰⁴. La diversité des droits nationaux semble donc avoir en la matière encore de beaux jours devant elle.

460. Par conséquent, il n'est pas utile de faire ici la liste de l'ensemble des différences ou d'essayer de les systématiser en différents groupes, voire de rechercher les principes communs, ce qui de toute façon n'aboutirait qu'à un résultat purement artificiel, à l'image des autoproclamés « Principes de droit européen de la famille sur le divorce et les pensions alimentaires entre époux divorcés »¹⁷⁰⁵. Nous nous contenterons donc simplement sur ces aspects d'un renvoi aux documents préparatoires publiés par la Commission¹⁷⁰⁶. Toutefois, ces différences montrent bien que le droit de la famille a une dimension socio-culturelle indéniable et soulignent que les traditions et cultures nationales au sein de l'Union

¹⁷⁰⁰ Voy. sur tous ces points : Commission staff working paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, Bruxelles, 14.3.2005, SEC (2005) 331, accessible sous : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX :52005SC0331 :FR :NOT>.

¹⁷⁰¹ Impossible (en Autriche, en République tchèque, à Chypre, en Estonie, en Finlande, en Allemagne, en Grèce, en Hongrie, en Lettonie, en Slovaquie, en Slovénie et en Suède), simplement possible (en Irlande, à Malte, aux Pays-Bas, en Pologne et au Royaume-Uni) ou possible et convertible en divorce (en Belgique, au Danemark, en France, en Italie, en Lituanie, au Luxembourg, au Portugal et en Espagne).

¹⁷⁰² impossible (en Finlande et en Suède), possible (dans tous les autres Etats membres), avec, le cas échéant le tempérament de la putativité (les pays de *Common Law* ignorant en principe la putativité ; par ailleurs certains Etats ne font produire aucun effet rétroactif à l'annulation, voy. sur ce point : *Commission staff working paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters* (SEC/2005/0331 final), p. 6.).

¹⁷⁰³ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 359.

¹⁷⁰⁴ M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe : a historical perspective*, préc., note 939, spéc. p. 361.

¹⁷⁰⁵ Elaborés en 2001 par la *Commission permanente pour le Droit européen de la Famille (Commission on European Family Law - CEFL)*, site Internet : <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/> ; principes accessibles sous : <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/Reports/Principles%20-%20French.pdf>.

¹⁷⁰⁶ Voy. Commission staff working paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, précité.

européenne restent très diversifiées¹⁷⁰⁷. Cela est évidemment cause de difficultés pour l'ordre international, les différences entre ordres nationaux rendant l'objectif d'harmonie internationale des solutions plus malaisé à atteindre. Mais c'est là aussi la preuve de la richesse culturelle existant au sein de l'Union européenne, et la preuve qu'il n'y a pas qu'un système unique permettant d'organiser les rapports sociaux. Bien au contraire, il y a là une confirmation de l'idée forte d'Henri Batiffol d'après laquelle « tout système juridique [...] n'est jamais qu'une solution déterminée de problèmes qui dans leur tréfonds sont universels »¹⁷⁰⁸. On retrouve cette même idée, illustrée à merveille, dans le droit de la filiation. Tous les Etats européens s'accordent pour garantir à l'enfant une filiation et organiser les effets de la filiation de façon à garantir *a priori* l'intérêt de l'enfant, ainsi qu'à permettre à l'enfant de bénéficier d'une nouvelle filiation à travers l'adoption si les circonstances l'exigent. Mais la façon particulière d'organiser juridiquement les solutions données à ces problèmes universels varie très fortement d'un Etat à un autre. Et cela sans évoquer les problématiques particulières de l'adoption par des parents de même sexe¹⁷⁰⁹ ou de la gestation pour autrui.

461. Ainsi, même si la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice renforce l'objectif d'harmonie internationale des solutions, cet objectif ne saurait être atteint en sacrifiant les cultures et des traditions nationales¹⁷¹⁰. Le législateur européen semble l'avoir compris, puisqu'il n'envisage pas d'unifier ou d'harmoniser ouvertement le droit

¹⁷⁰⁷ L'affaire Johnston c. Irlande 1986 est topique à cet égard ; cf. absence d'influence de la Conv. EDH, aussi en raison des difficultés politiques (référendum en Irlande et valeur constitutionnelle du droit du divorce)

¹⁷⁰⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, t.I, 8^e édition, 1993, n° 297.

¹⁷⁰⁹ Sur adoption par des couples de même sexe : BVerfG, BVerfG, 1 BvL 1/11 vom 19.2.2013, Absatz-Nr. (1 - 110), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20130219_1bvl000111.html, point 56 :

« Eine gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare ist derzeit in Belgien, Dänemark, den Niederlanden, Schweden, Spanien, im Vereinigten Königreich, in Island und Norwegen möglich. In denselben Staaten ist auch die Sukzessivadoption für gleichgeschlechtliche Paare möglich. Stiefkindadoptionen des leiblichen Kindes des Lebenspartners lassen neben Deutschland und den acht genannten Staaten auch Finnland und Slowenien zu. Neben Deutschland erlauben Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Polen, Rumänien, die Slowakei, Slowenien, Ungarn, England und Wales, Kroatien, Monaco und die Türkei Einzeladoptionen durch homosexuelle Personen. Eine entsprechende Entwicklung ist in der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts (vgl. einerseits BVerfGE 6, 389 und andererseits BVerfGE 105, 313 ; 124, 199) wie auch der europäischen Gerichte erkennbar (vgl. zur rechtlichen Gleichstellung eingetragener Lebenspartner im Allgemeinen EuGH, Urteil vom 1. April 2008 - C-267/06 - Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen, EuZW 2008, S. 314 ff. ; zur Einzeladoption durch eine homosexuelle Person einerseits früher EGMR, Urteil vom 26. Februar 2002 - 35615/97 - Fretté/Frankreich, FamRZ 2003, S. 149 ff. ; andererseits jetzt EGMR, Urteil vom 22. Januar 2008 - 43546/02 - E.B./Frankreich, NJW 2009, S. 3637 ff.) ».

¹⁷¹⁰ Dont le respect est imposé par l'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne ; voy. également, parmi beaucoup d'autres : S. POILLOT PERUZZETTO, « Les enjeux de la communautarisation », dans *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale* ; Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 13- 37.

matériel de la famille au sein de l'Union européenne¹⁷¹¹. Par conséquent, les risques de *forum shopping*, d'imprévisibilité et de situations « boiteuses »¹⁷¹² liés aux différences entre les règles matérielles potentiellement applicables subsistent, mais cela paraît être une atteinte nécessaire aux objectifs de l'ordre international ou européen, afin de préserver les richesses culturelles, les traditions, et ainsi l'intégrité des ordres juridiques nationaux. Cela est d'autant plus le cas que les objectifs de l'ordre international peuvent être atteints d'une autre façon, plus respectueuse des ordres juridiques nationaux. Les difficultés particulières en matière de droit de la famille ne résident en effet non seulement dans la diversité des règles matérielles, mais également dans le fait qu'une situation familiale internationale ne se verra pas forcément soumise à la même loi par les différents ordres juridictionnellement compétents pour connaître de cette situation. Où l'on voit que la diversité des règles de droit international privé est un obstacle à la réalisation de l'unité du statut familial potentiellement aussi important que la diversité des règles matérielles. Il convient donc d'étudier désormais les manifestations de la diversité des règles de droit international privé.

B La diversité des règles de droit international privé

462. La diversité des règles de conflit de lois ne surprend guère dans certains domaines du droit de la famille, en raison des divergences de fond considérables et de la transposition, conformément à ce qu'a pu systématiser Bartin¹⁷¹³, des concepts internes à l'ordre international. Il en va ainsi des règles de désignation de la loi applicable à la désunion, que le règlement Rome III n'a unifiée que de façon très incomplète, puisqu'il ne couvre que, d'une part, géographiquement, quatorze Etats membres¹⁷¹⁴ et, d'autre part, matériellement, que les questions du divorce et de la séparation de corps, mais non l'annulation du mariage¹⁷¹⁵. On trouve dès lors toujours au sein de l'Union européenne des systèmes de droit

¹⁷¹¹ Voy. *Programme de la Haye*, point 3.4.2., où il est précisé que « des règles de droit matériel uniforme ne devraient être introduites qu'en tant que mesure d'accompagnement, lorsque cela est nécessaire pour concrétiser la reconnaissance mutuelle des décisions ou pour améliorer la coopération judiciaire en matière civile », in : *Note du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne aux délégations*, précité, p. 31.

¹⁷¹² Au sens de différence de statut juridique d'une même personne d'un pays à l'autre (p. ex. mariée dans un Etat A, divorcée dans un Etat B).

¹⁷¹³ Voy. E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143.

¹⁷¹⁴ La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lituanie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovaquie.

¹⁷¹⁵ Voy. le considérant 10 du règlement Rome III.

international privé très divers à côté de celui résultant du règlement Rome III¹⁷¹⁶, certains ordres juridiques faisant application systématique de la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du juge saisi¹⁷¹⁷, d'autres retenant un système hiérarchisé, plus ou moins proche de l'« échelle de Kegel »¹⁷¹⁸ selon les cas¹⁷¹⁹. Puis s'opposent au sein des ordres juridiques retenant une règle de conflit bilatérale le rattachement par le domicile ou la résidence habituelle et le rattachement par la nationalité. Ces différences s'expliquent ici encore par l'importance socio-culturelle du droit de la famille, laquelle influe fortement sur l'application classique du droit international privé, tel que l'on peut la trouver par exemple en droit des contrats. Cette influence considérable du droit matériel interne sur le droit international privé était déjà perçue par Savigny, qui préconisait une compétence juridictionnelle exclusive du juge du lieu où se trouve le domicile du mari et une application systématique ensuite de la loi du juge saisi, non pas en raison d'une coïncidence des critères de rattachement, mais parce que la matière était tellement sensible sur le plan social et politique que le juge ne pouvait appliquer un droit étranger¹⁷²⁰. Aujourd'hui cette sensibilité n'a pas disparu, dans la mesure où soit les juges appliquent systématiquement ou quasi systématiquement la *lex fori*, soit les exceptions à

¹⁷¹⁶ Qui permet aux époux de choisir la loi applicable parmi certaines lois suffisamment proches de leur relation (art. 5 du règlement Rome III) et prévoit à défaut de choix un système hiérarchisé de critères de rattachement (art. 8 du règlement Rome III).

¹⁷¹⁷ La Chypre, le Danemark, la Finlande, l'Irlande, la Suède et le Royaume-Uni ; voy. sur ce point : *Commission staff working paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, précité, p. 17-18. Seule la Lettonie a accepté l'abandon systématique de la *lex fori* en adhérant au règlement Rome III.

¹⁷¹⁸ Voy. aussi l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953, *Grands arrêts*, n° 26.

¹⁷¹⁹ Il s'agit, outre les pays liés par le règlement Rome III, de la République tchèque, de la Grèce, de la Pologne et de la Slovaquie ; *Commission staff working paper*, précité, p. 17-18. Cette situation est d'autant plus surprenante que ces systèmes sont assez proches, en ce qui concerne la règle de conflit objective, du règlement Rome III, ce qui montre à quel point l'effort d'unification effectuée par le règlement Rome III était menée d'une façon qui n'incluait pas tous les pays qui auraient assez facilement pu accepter une règle de conflit commune (sans doute en raison de la prévalence de la règle de conflit subjective, l'acceptation du rôle de la volonté des époux sur un point aussi important que la loi applicable au divorce étant loin d'aller de soi ; cf. sur ce point *infra*). Les autres pays qui prévoyaient un système hiérarchisé ont adhéré au règlement Rome III (cas notamment de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de l'Estonie, de l'Italie, de la Lituanie, du Luxembourg et du Portugal). Le règlement Rome III aura au moins eu le mérite de supprimer ou de tempérer les systèmes de droit international privé qui mélangeaient le *lex fori* et l'unilatéralisme avec le bilatéralisme. La Belgique et les Pays-Bas prévoyaient ainsi une règle de conflit favorisant l'application de la loi du for à travers une possibilité de choix de loi en faveur de la *lex fori* (système maintenu par le règlement Rome III, mais de façon édulcorée ; voy. l'art. 5 du règlement Rome III), la France à travers l'ancien article 309 du Code civil, la Hongrie à travers la règle qu'en l'absence de nationalité commune la loi hongroise s'applique si un époux a la nationalité hongroise. Par ailleurs de nombreux systèmes imposent l'application de la *lex fori* lorsque la loi étrangère normalement applicable ne permet pas l'obtention du divorce (voy. l'art. 10 du règlement Rome III et *Commission staff working paper*, précité, p. 17-18).

¹⁷²⁰ Savigny précise ainsi que « le divorce se distingue des institutions relatives aux biens [...] en ce que les lois sur cette matière se rattachent à l'élément moral du mariage, et dès lors ont le caractère de lois rigoureusement obligatoires. Ainsi donc le juge appelé à prononcer sur un divorce ne peut que suivre les lois de son pays, sans égard aux autres rapports des époux. Mais ce principe nous renvoie à la loi en vigueur au domicile du mari ; car là seulement se place la juridiction compétente pour connaître du divorce », in : F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, préc., note 177, spéc. § 379, p. 333.

l'application normale de la règle de conflit de lois, à travers l'exception d'ordre public, ou à travers la reconnaissance de droits fondamentaux ou constitutionnels, jouent un rôle particulièrement important, ce qui revient toujours à un unilatéralisme très marqué. Or, qui dit unilatéralisme, dit risque de discontinuité de traitement des situations internationales, et partant de *forum shopping* et d'imprévisibilité pour les époux. L'échec du règlement Rome III conduisant à son adoption par la voie de la coopération renforcée, par un nombre au demeurant assez limité d'Etats, s'explique évidemment par ces raisons. Le règlement est donc loin de mettre un terme à la diversité des règles de droit international privé relatives à la désunion du couple au sein de l'Union européenne.

463. Dans certains domaines, les concepts matériels internes gardent ainsi une très forte influence sur les règles de conflit de lois, avec tous les inconvénients que cela entraîne pour l'ordre international. L'ouverture du mariage et des partenariats civils aux couples de même sexe en est également une excellente illustration, tendant de manière similaire vers un unilatéralisme peu compatible avec les exigences propres au droit international privé, et différemment conçu d'un ordre juridique à un autre. L'évolution législative s'est en effet nécessairement accompagnée de l'adoption de règles de droit international privé sur la célébration ou la création de ce type d'union et sur la reconnaissance des unions étrangères. Les divergences entre ces règles n'est guère une surprise et confirme l'irréductible diversité des réponses nationales à des problématiques sociales prétendument convergentes.

464. A côté de ces différences entre les règles de droit international privé, découlant directement de la différence des concepts du droit matériel, existe une autre source de diversité, qui intervient pour expliquer les différences du droit international privé lorsque les concepts matériels sont pourtant proches. Ainsi tous les Etats membres qui connaissent le concept de régime matrimonial reconnaissent l'importance de la volonté des époux dans l'organisation des effets patrimoniaux de leur union. Au niveau des principes de droit matériel, il y a donc une certaine convergence. Mais les divergences restent grandes au niveau des règles matérielles qui traduisent concrètement les principes pourtant communs¹⁷²¹. Mais sur le fond de ces principes matériels communs aurait dû pouvoir émerger un droit international privé assez proche. Pourtant, cinq Etats ne reconnaissent pas, ou seulement un

¹⁷²¹ Voy. notamment la liste des régimes légaux dressés par Mariel REVILLARD dans son ouvrage de référence, *Droit international privé et communautaire : Pratique notariale*, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, 2010, 7^e édition, pp. 233 à 237.

rôle très limité, à l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi applicable au régime matrimonial¹⁷²². La diversité des règles de droit international privé se révèle donc ici également difficile à surmonter, sans même s'intéresser à la question de la détermination de la loi applicable à défaut de choix¹⁷²³ et au-delà des exigences formelles du choix de loi¹⁷²⁴. Décidément, pour reprendre l'idée de Lerebours-Pigeonnière, « toutes les institutions de droit privé sont naturelles dans leur principe parce qu'elles pourvoient à la satisfaction des besoins de l'homme vivant en société, mais particulières dans leur agencement concret parce qu'elles reçoivent de chaque ordre juridique une configuration originale »¹⁷²⁵. Par conséquent, tant que subsistera la multiplicité des ordres juridiques, subsistera aussi la multiplicité des systèmes de droit international privé.

465. Nous trouverons une dernière illustration de cette diversité dans les tentatives d'unification internationale, qui, loin d'apporter les simplifications espérées, n'ont souvent fait qu'aggraver la complexité juridique en entraînant un enchevêtrement inextricable de normes juridiques, au mieux difficilement déterminables, au pire inconciliables entre elles. Ainsi, au niveau international, « on peut énumérer un grand nombre de conventions sur la loi applicable, dont la réussite a cependant été beaucoup plus modeste, voire inexistante »¹⁷²⁶. Et pour cause, « le rapprochement de systèmes très disparates qui ont une vision radicalement différente des institutions en question conduit à l'adoption de règles d'une rare complexité et dont le domaine d'application est laissé à l'appréciation de chaque juge national, ce qui ruine l'unification que l'on se proposait de réaliser »¹⁷²⁷. Cette « jungle parfois inextricable des conventions internationales de droit privé »¹⁷²⁸ a transformé le droit international privé en « un écheveau de règles nationales et internationales dont la complexité est telle que le sens de l'architecture d'ensemble est en passe d'être complètement perdu »¹⁷²⁹.

¹⁷²² Cf. document préparatoire p. 19.

¹⁷²³ Au sujet de laquelle ressurgissent les difficultés du choix entre nationalité et domicile ou résidence habituelle des époux.

¹⁷²⁴ Elles aussi extrêmement variables.

¹⁷²⁵ Précis, 4^e éd°, n° 167, (cité d'après GADIP, p.185).

¹⁷²⁶ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, p. 37.

¹⁷²⁷ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, coll. RCADI, Leyde, 1994, p. 227, évoquant également l'idée que les conventions internationales « poussent comme des champignons depuis la seconde guerre mondiale », idée formulée par Kegel, et citée par Batiffol, *Choix d'articles*, 1976, p. 126.

¹⁷²⁸ B. DUTOIT et F MAJOROS, « Le laci des conflits de conventions en droit international privé et leurs solutions possibles, *RCDIP*, 1984, p. 565.

¹⁷²⁹ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, préc. p. 230.

466. Que ces difficultés puissent apparaître au niveau des conventions internationales classiques s'explique sans doute assez bien, face à l'absence de société internationale, et donc d'ordre juridique en mesure de coordonner efficacement les différences nationales. Qu'elles se retrouvent cependant de la même manière au sujet de l'Union européenne peut être une source de plus grand étonnement, voire d'inquiétude quant à l'aptitude de l'Union européenne à s'affirmer comme un véritable ordre juridique. L'approfondissement du processus de codification du droit international privé mène en effet à « une catalogue du droit unifié »¹⁷³⁰, dont le lien est de plus en plus décousu. Pour prendre une autre image, la mosaïque du droit international privé de l'Union européenne commence à être constituée de tesselles de plus en plus nombreuses et de plus en plus difficiles à coordonner. Aux statuts particuliers du Danemark et de l'Irlande et du Royaume-Uni doit désormais être ajoutée la coopération renforcée mise en œuvre au sujet du règlement Rome III¹⁷³¹. Des difficultés comparables sont prévisibles pour les projets à venir et en particulier la proposition de règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Il faut d'ailleurs ajouter à cette source de complexité et de diversité interne à l'Union européenne la possibilité de conclusions de conventions internationales par les Etats membres, qui impliquent d'importants problèmes de coordination¹⁷³². En outre, la mise en œuvre concrète des instruments européens requiert bien souvent des mesures nationales, ce qui est évidemment une autre source de diversité et ne facilite guère la compréhension du système européen prétendument unifié.

467. Face à cette diversité nationale, il n'en reste pas moins que les intérêts de l'ordre purement interne doivent être pondérés avec les intérêts de l'ordre international ou européen. La construction de l'espace judiciaire commun semble justifier ici dans une certaine mesure une atteinte aux ordres juridiques nationaux plus grande qu'en matière de relations classiquement internationales. Au sein de l'espace européen, le besoin d'harmonie internationale se fait en effet sentir de façon particulièrement forte, comme le montrent notamment le principe de reconnaissance mutuelle et les règles de reconnaissance et

¹⁷³⁰ Un « Flickenteppich des Einheitsrechts »; formule de H.-P. MANSEL, K. THORN et R. WAGNER, « Europäisches Kollisionsrecht 2012 : Voranschreiten des Kodifikationsprozesses : Flickenteppich des Einheitsrechts », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2013.1- 36.

¹⁷³¹ Qui implique que ce règlement, pourtant le prolongement logique du règlement Bruxelles II *bis* applicable à tous les Etats membres à l'exception du Danemark, n'est applicable que parmi quinze Etats membres (suite à la décision de la Commission européenne du 21 novembre 2012 par laquelle la Lituanie l'a également intégré en sus des quatorze Etats membres qui ont participé originellement).

d'exécution des décisions. Parallèlement, la volonté d'intervention de l'ordre juridique du for est affaiblie, en raison de l'internationalité de la situation, qui entraîne une impérativité moindre des règles nationales. La place éventuellement laissée à l'application de concepts étrangers augmente donc. Une intervention européenne, à condition de ne pas être trop attentatoires aux différents concepts nationaux des Etats membres, semble alors *a priori* envisageable. L'ordre juridique européen est en effet très intéressé à ce qu'une meilleure continuité de traitement soit trouvée à travers l'adoption de règles de conflit communes, tandis que les Etats membres peuvent accepter une telle européanisation qui ne s'occuperait pas du droit matériel. Ainsi pourrait être obtenu un compromis satisfaisant pour l'ensemble des ordres juridiques concernés. L'atteinte aux concepts de droit interne resterait proportionnée et justifiée, tout comme une meilleure harmonie « européenne » des situations pourrait être trouvée, avec les avantages que cela entraîne pour les justiciables, destinataires finaux des règles de droit.

468. Avant de nous intéresser à la place qu'occupe l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux au sein du droit de l'Union européenne, il convient cependant d'analyser la façon dont la diversité du droit de la famille serait éventuellement canalisée et encadrée par des principes internationaux et européens communs. Nous verrons alors que cet encadrement, bien que réel au niveau européen, reste en réalité assez prudent.

II L'encadrement mesuré par des principes européens communs

469. Une première remarque doit être faite au sujet de l'encadrement de la diversité des règles de droit international privé. A côté des instruments internationaux relatifs au droit matériel de la famille se trouvent en effet également les instruments internationaux élaborés au sein d'organisations internationales consacrées spécialement aux aspects internationaux du droit civil, en particulier les conventions élaborées sous l'égide de la Conférence de droit international privé de La Haye¹⁷³³ et de la Commission internationale de l'état civil¹⁷³⁴. Mais

¹⁷³² Voy. not. L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°353, LGDJ, Paris, 2001.

¹⁷³³ Et notamment les conventions de La Haye de 1980, 1993 et 1996.

¹⁷³⁴ Convention CIEC n° 5 : Convention portant extension de la compétence des autorités qualifiées pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels, signée à Rome le 14 septembre 1961 ; Convention CIEC n° 6 : Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles le 12 septembre 1962 ; Convention CIEC n° 7 : Convention tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger,

ces derniers écartent généralement toute idée d'harmonisation du droit matériel de la famille, et ont au contraire pour objet de coordonner la diversité des droits de la famille nationaux, ce qui réduit donc fondamentalement leur pouvoir d'influence sur le droit matériel de la famille¹⁷³⁵. En ce qui concerne leur influence sur le droit international privé de la famille, malgré de très sérieuses réserves¹⁷³⁶, certaines conventions internationales, notamment « de protection et de coopération »¹⁷³⁷ ou « instruments de procédure »¹⁷³⁸, ont ainsi abouti et conduit à des résultats satisfaisants en pratique. L'encadrement international ou européen se révèle donc possible, à condition de tenir compte de la nécessité du respect de la diversité des droits de la famille matériels.

470. L'Union européenne n'ayant aucune compétence en matière de droit matériel de la famille, le droit de l'Union européenne ne pouvait évidemment avoir aucune influence directe sur le droit de la famille des Etats membres¹⁷³⁹. Le droit européen émane donc en ce domaine d'autres sources que l'Union européenne. Le fait que ce droit peut être applicable au sein de l'ensemble des Etats membres de l'Union justifie de l'analyser, au même titre que les droits de la famille nationaux. Une première source du droit européen commun de la famille est l'existence de nombreux traités internationaux. Les plus importants traités multilatéraux sont la Convention de New York relative aux droits de l'enfant¹⁷⁴⁰, et certaines conventions du Conseil de l'Europe¹⁷⁴¹, dont bien sûr la Convention européenne de sauvegarde des droits

signée à Paris le 10 septembre 1964 ; Convention CIEC n° 11 : Convention sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal, signée à Luxembourg le 8 septembre 1967 ; Convention CIEC n° 12 : Convention sur la légitimation par mariage, signée à Rome le 10 septembre 1970 ; Convention CIEC n° 18 : Convention relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage, signée à Munich le 5 septembre 1980 ; Convention CIEC n° 32 : Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés, ouverte à la signature à Munich le 5 septembre 2007 ; « Liste des Conventions : état des signatures, des ratifications et des adhésions au 1.01.2013 », (<http://ciec1.org/SignatRatifConv.pdf>).

¹⁷³⁵ Même si l'influence peut exister quand-même, notamment par la reconnaissance de la validité de certaines institutions ou la faveur à certains concepts, tel la reconnaissance d'enfant ou la légitimation.

¹⁷³⁶ Voy. not. Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, coll. RCADI, Leyde, 1994.

¹⁷³⁷ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, spéc. p. 35-36.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, p. 36-37, auxquels il faut ajouter également certaines conventions de la CIEC.

¹⁷³⁹ Voy. not. DETHLOFF : « Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität, Perspektiven für die Forschung » *ZEuP* 2007, 992 ; Rixe : « Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa », *FPR* 2008, 222 ; K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946 ; A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse de doctorat, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, France, 2011.

¹⁷⁴⁰ Adopté le 20 novembre 1989 et ratifié par tous les Etats membres des Nations Unies, à l'exception des Etats-Unis, voy. surtout article 3, 7 et 8.

¹⁷⁴¹ Notamment Convention du Conseil de l'Europe n° 58, «Convention européenne sur l'adoption des enfants» du 24 Avril 1967 ; Convention du Conseil de l'Europe n° 85, «Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage» du 15 Octobre 1975 ; Convention du Conseil de l'Europe n° 105, «Convention

de l'homme. Les normes de référence les plus importantes pour le droit de la famille matériel sont les articles 8 et 12 Conv. EDH. Le premier prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » et qu'« 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 »¹⁷⁴², tandis que le second stipule qu'« 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 »¹⁷⁴³. A côté des traités multilatéraux, déjà en nombre important, on doit également tenir compte d'un nombre incalculable d'accords bilatéraux, spécialement au sujet des aspects internationaux de droit de la famille ou de l'état civil¹⁷⁴⁴.

471. L'impression qui se dégage de ce cadre juridique international est pourtant assez contradictoire. L'importance quantitative des instruments juridiques internationaux contraste, d'une part, avec le nombre souvent limité de ratifications et, d'autre part, avec les restrictions contenues dans les instruments eux-mêmes quant à leur influence directe sur le droit national¹⁷⁴⁵. Les traités insistent souvent sur la possibilité et la nécessité d'une législation nationale organisant et limitant les droits consacrés, ce qui restreint considérablement l'influence unificatrice des solutions consacrées. Les articles 3 et 7 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant et les articles 8 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme sont des exemples éloquentes de cette technique. Les premiers prévoient ainsi dans leur paragraphe 2 respectivement que « les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées » et qu'ils « veillent à mettre ces droits [garantis par le premier alinéa] en œuvre

européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants» du 20 mai 1980 ; Convention du Conseil de l'Europe n ° 160, «Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants" du 25 Janvier 1996 ; Convention du Conseil de l'Europe n ° 192 sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 ; Convention du Conseil de l'Europe n ° 202, «Convention européenne sur l'adoption des enfants (révisée)" du 27 Novembre 2008.

¹⁷⁴² Article 8 §§ 1 et 2 .

¹⁷⁴³ Article 12.

¹⁷⁴⁴ Voy. not. l'IGEC qui donne la liste des traités ratifiés par la France.

conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière [...] ». Quant aux seconds, ils font également expressément référence au droit national dans la mise en œuvre des droits garantis. Où l'on voit que le sens et l'utilité des droits reconnus internationalement est largement tributaire de l'interprétation qui en sera donnée au niveau national. Ainsi, l'influence des instruments internationaux est celle que les ordres juridiques nationaux acceptent de leur faire produire par leur droit interne¹⁷⁴⁶. De même, l'efficacité des instruments internationaux est directement dépendante de leur mise en œuvre par les ordres juridiques nationaux¹⁷⁴⁷, ce qui souligne donc également le caractère central de ces derniers.

472. La seule façon de limiter efficacement les différences nationales dans la mise en œuvre des instruments internationaux est la création d'un tribunal garantissant une interprétation uniforme et une mise en œuvre efficace du traité concerné, ce qui rend nécessaire d'analyser la jurisprudence internationale, c'est-à-dire en ce qui nous concerne celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁴⁸. L'obligation positive pesant sur les Etats parties de respecter les droits issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme peut alors conduire à une certaine harmonisation du droit de la famille. Cependant, compte tenu de la dimension sociale et culturelle de celui-ci, il faut également tenir compte de certaines résistances nationales. L'approche à retenir au regard de la consécration de droits fondamentaux en matière de droit de la famille doit donc *a priori* être prudente. Et si l'encadrement auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme est bien réel, sur le fondement notamment du consensus entre Etats européens (A), il n'en reste pas moins que sa position est en réalité très nuancée, laissant une large marge d'appréciation importante aux Etats membres (B).

¹⁷⁴⁵ Restrictions qui sont en outre particulièrement répandues pour les instruments plus largement ratifiés.

¹⁷⁴⁶ En France, il y a deux exemples célèbres dans lesquels la Cour de cassation a pris l'initiative, en invoquant des arrêts de la CEDH, d'introduire en droit français des situations sur lesquelles le législateur refusait ou tardait à légiférer. Il s'agit d'une part du changement de sexe, d'autre part de la filiation d'un enfant né par recours à une gestation par autrui à l'étranger (voy. les arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015).

¹⁷⁴⁷ Voy. not. sur ce point A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, préc., note 1530.

¹⁷⁴⁸ Même si on ne doit bien sûr pas ignorer l'arrêt Boll, mais il ne concerne pas directement le droit matériel de la famille.

A L'encadrement réel par les droits fondamentaux

473. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est tellement vaste que même en se limitant aux articles 8 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui ne sont au demeurant pas les seuls concernés par l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit de la famille¹⁷⁴⁹, l'analyse exhaustive est, sinon matériellement impossible, du moins d'un intérêt scientifique très réduit. Il est à notre sens bien plus intéressant d'opérer un choix parmi les arrêts rendus qui permette une conceptualisation de la jurisprudence de la Cour. Leur étude permet de révéler que la Cour fait intervenir les droits fondamentaux déduits de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme principalement dans trois situations. Tout d'abord, elle impose parfois une consécration formelle directe de certaines situations familiales. Ensuite, et surtout dans les situations où il n'existe aucune obligation directe de consacrer formellement une situation familiale, si un Etat permet la création d'une situation familiale à l'égard de certaines personnes, il doit étendre cette possibilité aux personnes placées dans une situation identique ou comparable, faute de quoi il risquerait de commettre une discrimination prohibée par l'article 14 de la Conv. EDH. Enfin, et plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a découvert l'obligation pour les Etats contractants de reconnaître, dans certaines circonstances, une situation familiale légalement constituée à l'étranger.

474. Premièrement, plusieurs exemples peuvent être cités où la Cour européenne des droits de l'homme estime que les Etats contractants ont l'obligation positive de consacrer juridiquement une certaine situation familiale¹⁷⁵⁰. Ceux-ci concernent souvent des questions très controversées, et la Cour souligne fréquemment l'existence d'une « communauté de vue » ou d'un « consensus au sein des Etats » avant d'imposer une restriction à la marge nationale d'appréciation. Les juges de Strasbourg ont ainsi consacré par exemple, sans qu'il n'ait été nécessaire d'identifier l'existence d'une discrimination, le droit de se marier et de fonder une famille. Dans l'affaire *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002¹⁷⁵¹, la Cour a clairement déclaré qu'elle « ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier », laissant toutefois aux Etats contractants le soin

¹⁷⁴⁹ L'arrêt *Mazurek* ayant par exemple été rendu sur le fondement de l'article 1er du Premier protocole additionnel, l'article 8 développant par ailleurs une part importante de son influence sur le droit de la famille sur le fondement du respect de la vie privée, et non sur le fondement du respect de la vie familiale.

¹⁷⁵⁰ Très récemment *Oliari and Others* voy. Italy (application no. 18766/11 and 36030/11)

¹⁷⁵¹ no. 28957/95.

de déterminer « les conditions [...] dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage »¹⁷⁵². L'obligation positive de reconnaître juridiquement une situation familiale apparaît également en ce qui concerne l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation. On peut mentionner, parmi d'autres, le cas *Kroon et autres contre les Pays-Bas*, du 27 octobre 1994¹⁷⁵³. Le refus des autorités néerlandaises de faire que « la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées » et de ne pas reconnaître le partenaire de la requérante comme le père de son enfant constituait une violation de l'article 8, « même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent [les Etats contractants] ». La raison en est que « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹⁷⁵⁴. On en trouve une autre illustration dans l'affaire *Mizzi contre Malte* du 12 janvier 2006¹⁷⁵⁵, dans laquelle le fait pour le père de ne jamais avoir été autorisé à contester sa paternité « n'est pas proportionné aux buts légitimes poursuivis [et ne ménage pas] un juste équilibre entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques »¹⁷⁵⁶. Par conséquent, « malgré la marge d'appréciation qui leur est reconnue, les autorités nationales ont failli à assurer au requérant le respect de la vie privée auquel il a droit en vertu de la Convention »¹⁷⁵⁷. Une dernière illustration peut être donnée par l'affaire *Krušković contre Croatie*, du 21 juin 2011¹⁷⁵⁸. Le refus de permettre au père biologique, majeur sous tutelle, de faire reconnaître la paternité d'un enfant né hors mariage ou de former un recours pour prouver sa paternité ne ménage pas un juste équilibre « entre l'intérêt général tenant à protéger les personnes privées de leur capacité juridique à l'égard des déclarations qu'elles feraient au détriment d'elles-mêmes ou d'autrui, et l'intérêt du requérant à avoir sa paternité légalement reconnue »¹⁷⁵⁹. Dès lors, l'Etat défendeur « a manqué à l'obligation positive qui lui incombait

¹⁷⁵² Par. 103.

¹⁷⁵³ no. 18535/91.

¹⁷⁵⁴ Par. 32, en référence également à l'arrêt *Keegan Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, série A no 290, pp. 17-18, par. 50.

¹⁷⁵⁵ no. 26111/02.

¹⁷⁵⁶ Point 114

¹⁷⁵⁷ Point 114.

¹⁷⁵⁸ no. 46185/08.

¹⁷⁵⁹ Point 42, c'est nous qui traduisons.

de garantir le droit au respect de [la] vie privée et familiale [du père biologique] »¹⁷⁶⁰. Les situations dans lesquelles la Cour énonce l'obligation positive de consacrer juridiquement une certaine situation familiale restent cependant assez rares, la Cour restant attentive à la marge d'appréciation des Etats nationaux.

475. Le deuxième facteur d'influence, tenant à l'interdiction de la discrimination¹⁷⁶¹ peut alors conduire à une violation de la convention européenne des droits de l'homme en cas de refus de reconnaître juridiquement une certaine situation familiale pourtant accordée à des personnes placées dans une situation similaire. Ainsi, d'après la position consacrée de la CEDH, « bien que l'article 14 n'ait pas d'existence indépendante, il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles : dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Enfreint donc l'article 14, combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier »¹⁷⁶². Ainsi, même si la situation familiale n'a pas à être légalement reconnue par elle-même, une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme peut être constituée si d'autres personnes dans une situation comparable ne peuvent pas faire faire juridiquement établir ce lien familial. Nous en donnerons deux exemples. Le premier concerne l'établissement de la filiation, avec la célèbre affaire *Marckx contre Belgique* du 13 juin 1979¹⁷⁶³, dans laquelle la Cour a déclaré que la nécessité pour une mère célibataire d'établir la filiation au moyen de la reconnaissance volontaire ou par le biais d'une procédure judiciaire, alors que la filiation de la mère mariée est établie directement par sa mention dans l'acte de naissance, constituait une différence de traitement injustifiée¹⁷⁶⁴. Partant, la mère d'un enfant naturel devait pouvoir établir juridiquement sa maternité de la même façon que la mère d'un enfant légitime. Le second exemple concerne, de façon sans doute encore plus significative, la possibilité d'adopter des enfants. Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne consacre pas le

¹⁷⁶⁰ Point 44, c'est nous qui traduisons.

¹⁷⁶¹ Don ton sait qu'elle n'est pas autonome, mais doit pouvoir être combinée à un autre article de la Conv. EDH. Vo. P. ex. Vallianatos e.a. c. Grèce (Requêtes nos 29381/09 et 32684/09) pour partenariats civils.

¹⁷⁶² Marckx, point 32.

¹⁷⁶³ no. 6833/74.

¹⁷⁶⁴ Voy. notamment les paragraphes 38 à 43 de l'arrêt.

droit d'adopter¹⁷⁶⁵, c'est pourtant bien en effet la possibilité de l'adoption qui était au cœur de l'affaire *E. B. contre France*, du 22 janvier 2008¹⁷⁶⁶. Et la Cour y a estimé que le refus d'agrément en vue de l'adoption, qui avait été justifié par l'homosexualité de la personne désirant adopter, constituait une différence de traitement incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8¹⁷⁶⁷. Dès lors, la personne célibataire homosexuelle doit pouvoir obtenir la consécration juridique du lien familial qui la reliera à l'enfant adoptif, mais à condition que le droit national confère la même possibilité à une personne célibataire hétérosexuelle¹⁷⁶⁸. Si l'influence du principe de non-discrimination est donc importante, elle n'en reste pas moins dans la dépendance directe d'une prise en considération du droit national, ce qui en limite considérablement la portée.

476. En troisième et dernier lieu, l'obligation pour les Etats de reconnaître juridiquement certaines situations familiales lorsque celles-ci ont été préalablement légalement constituées à l'étranger peut être un facteur important d'influence du droit de la famille. Les exemples les plus significatifs concernent l'adoption et la filiation d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. Nous nous limiterons cependant à l'adoption, en raison du fait qu'en matière de gestation pour autrui, la Grande chambre doit encore se prononcer sur la première affaire qui a été renvoyée devant elle¹⁷⁶⁹. Sur l'adoption, deux affaires méritent d'être brièvement analysées¹⁷⁷⁰. En premier lieu, dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. contre Luxembourg*, du 28 juin 2007¹⁷⁷¹, la Cour a considéré que les juridictions nationales « ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »¹⁷⁷². A partir du moment où les autorités nationales « n'ont pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière [étrangère], ceux-ci ne déploient pas pleinement leurs effets [sur le territoire de l'Etat contractant] »¹⁷⁷³. Dès lors, le parent et l'enfant

¹⁷⁶⁵ *Fretté c. France*, no 36515/97, § 32, CEDH 2002-I, et *E. B. c. France*, par. 41 et références citées, la Cour prenant soin de rappeler que ce droit n'est pas davantage octroyé par d'autres instruments internationaux (par. 42)
¹⁷⁶⁶ no. 43546/02.

¹⁷⁶⁷ §§ 70 à 98.

¹⁷⁶⁸ Si le droit national n'accorde cependant la possibilité de l'adoption qu'aux couples mariés, l'Etat peut parfaitement refuser l'adoption aux couples non mariés, même si les couples de même sexe n'ont pas pas la possibilité de se marier (*X et autres c. Autriche* (requête no 19010/07) du 19 février 2013)

¹⁷⁶⁹ L'exclusion est justifiée également compte tenu du fait que les arrêts sont tous récents (*Menesson c. France*, no 65192/11, et *Labassée*) et que *Paradiso et Campanelli* a abandonné les critères de *Wagner...*

¹⁷⁷⁰ Avant de revenir plus longuement sur la question au sujet de la méthode de la reconnaissance, cf. *infra*, n° 601 et s.

¹⁷⁷¹ no. 76240/01.

¹⁷⁷² § 133

¹⁷⁷³ § 132

concernés par l'adoption « en subissent des inconvénients dans leur vie quotidienne et l'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive »¹⁷⁷⁴. On voit donc assez clairement que, même si elle rappelle que « dans le domaine en litige les Etats contractants jouissent d'une large marge d'appréciation »¹⁷⁷⁵, la Cour a pu imposer à l'Etat défendeur l'obligation de consacrer juridiquement la situation familiale tenant à l'existence de l'adoption étrangère, puisqu'« en la matière la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe ». En second lieu, dans l'affaire *Negrepontis-Giannisis contre Grèce*, du 3 mai 2011¹⁷⁷⁶, la Cour a confirmé cette obligation en considérant que le refus de reconnaître l'adoption obtenue à l'étranger pour des motifs qui « ne répondent pas à un besoin social impérieux [et qui] ne sont donc pas proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils ont eu pour effet la négation du statut de fils adoptif du requérant » est contraire à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

477. L'encadrement du droit de la famille national par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est donc une réalité qui ne peut être niée, puisque la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à faire peser sur les Etats contractants une obligation positive de consacrer juridiquement certaines situations familiales. A y regarder de plus près, cet encadrement se révèle cependant assez nuancé.

B L'encadrement nuancé par la marge d'appréciation nationale

478. La Cour européenne des droits de l'homme accompagne obligation positive de consacrer juridiquement certaines situations familiales de limitations importantes qui montrent qu'elle reste attachée à la dimension sociale, politique et culturelle des aspects touchant le droit de la famille¹⁷⁷⁷. Elle confère dès lors une assez large marge d'appréciation

¹⁷⁷⁴ § 132

¹⁷⁷⁵ § 128

¹⁷⁷⁶ no. 56759/08.

¹⁷⁷⁷ Même si la Cour a pu être exposée à des critiques assez virulentes ; voy. not. art. Chénéde. Il ne nous appartient pas ici d'apporter un jugement de valeur sur telle ou telle solution de la Cour, mais d'expliquer sa méthodologie. Cette méthodologie repose sur une recherche d'équilibre entre l'encadrement par le droit européen et la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants. Que l'équilibre réalisé par la Cour dans tel ou tel cas ne soit pas satisfaisant n'empêche pas que, fondamentalement, le système résultant de la Conv. EDH est conçu de façon respectueuse des ordres juridiques nationaux, ou du moins de façon à pouvoir être mis en œuvre de façon respectueuse des ordres juridiques nationaux. Mais cela suppose aussi, à l'évidence, que la mise en

aux Etats contractants. La prudence de la Cour se retrouve pour les trois catégories que nous venons d'identifier comme sources d'encadrement des droits de la famille nationaux, à savoir, premièrement, l'obligation de consacrer directement certaines situations familiales, deuxièmement, l'obligation d'étendre certaines situations familiales aux personnes placées dans une situation comparable, et, troisièmement, l'obligation de reconnaître une situation familiale constituée à l'étranger.

479. En ce qui concerne, premièrement, la consécration directe d'un lien juridique de famille, de nombreuses illustrations de la prudence de la Cour peuvent être trouvées. La première tient au fait que le droit de se marier ne comprend pas le droit de divorcer. La Cour a clairement refusé de reconnaître un tel droit au divorce dans l'arrêt *Johnston et autres contre Irlande*, du 18 décembre 1986¹⁷⁷⁸. La Cour y souligne que « même si [...] l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12 »¹⁷⁷⁹ et que, par conséquent, le droit de divorcer ne peut être déduit de l'article 12¹⁷⁸⁰. Une seconde illustration concerne le droit de la filiation. Dans l'affaire *Chavdarov contre la Bulgarie*, du 21 novembre 2010¹⁷⁸¹, la Cour, « réité[r]ant que les Etats disposent d'une certaine marge d'appréciation pour se conformer à l'obligation positive de manière à assurer le respect effectif de la vie familiale »¹⁷⁸², a ainsi reconnu que « dans le processus de réglementation dans le domaine de la filiation paternelle et du renversement de celle-ci, les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et [...] ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux »¹⁷⁸³. L'impossibilité pour le père biologique de contester la filiation paternelle des enfants nés d'une femme mariée avec qui il avait cohabité et dont la filiation est établie à l'égard du mari de la mère ménage un « juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des personnes concernées »¹⁷⁸⁴ à partir du moment où « le droit interne ne privait pas [le père biologique] de toute possibilité d'établir un lien de paternité vis-à-vis [des enfants] ou de pallier les inconvénients d'ordre pratique engendrés par l'absence d'un tel

œuvre de ce système par la CEDH soit conforme aussi à cette orientation générale du respect des droits de la famille nationaux.

¹⁷⁷⁸ no. 9697/82.

¹⁷⁷⁹ § 52.

¹⁷⁸⁰ §§ 49 à 54, spécialement § 54.

¹⁷⁸¹ no. 3465/03.

¹⁷⁸² § 46.

¹⁷⁸³ § 46.

lien »¹⁷⁸⁵. La Cour a spécialement souligné qu'elle a « pris en compte la marge d'appréciation confiée à l'Etat dans la réglementation des relations de filiation et a constaté qu'il n'y avait pas un consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne devait permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari »¹⁷⁸⁶. Cet exemple est confirmé par l'affaire *Odièvre contre France*, du 13 février 2003¹⁷⁸⁷, en matière d'accouchement sous X et de confidentialité des renseignements donnés par la mère biologique au moment de l'accouchement¹⁷⁸⁸. La Cour constate d'abord la multiplicité des intérêts en cause : le « droit à la connaissance de ses origines »¹⁷⁸⁹, « l'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement »¹⁷⁹⁰, « l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées »¹⁷⁹¹, « la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique »¹⁷⁹², « l'intérêt général [tenant au] souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages »¹⁷⁹³, et enfin, et surtout, « le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention »¹⁷⁹⁴. Elle prend ensuite en compte « la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon »¹⁷⁹⁵ pour affirmer que « les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction »¹⁷⁹⁶. Elle en conclut qu'« en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs », les « Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée »¹⁷⁹⁷. En l'occurrence, l'Etat contractant n'a donc « pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être

¹⁷⁸⁴ § 56.

¹⁷⁸⁵ § 56.

¹⁷⁸⁶ § 56.

¹⁷⁸⁷ no. 42326/98.

¹⁷⁸⁸ Voy. égal. CEDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, Req. n° 33783/09, où la Cour a cependant estimé qu'il y avait une violation de l'art. 8 Conv. EDH. La solution d'*Odièvre c. France* a cependant clairement été maintenue (voy. not. au § 65).

¹⁷⁸⁹ §§ 28-29 et 44.

¹⁷⁹⁰ § 44

¹⁷⁹¹ § 44

¹⁷⁹² §44

¹⁷⁹³ §45

¹⁷⁹⁴ §45

¹⁷⁹⁵ §47

¹⁷⁹⁶ §47

reconnue »¹⁷⁹⁸. Enfin, les affaires *Ahrens contre Allemagne*¹⁷⁹⁹ et *Kautzor contre Allemagne*¹⁸⁰⁰ du 22 mars 2012 confirment une fois de plus que le système résultant de la Conv. EDH est conçu autour de l'importance primordiale de laisser une importante marge d'appréciation aux autorités nationales en matière de droit de la famille. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré dans ces affaires que la décision des tribunaux allemands de rejeter les demandes des requérants pour faire établir juridiquement leur paternité à l'égard d'un enfant biologique, ou supposé comme tel, était légitime car « conforme à la volonté du législateur de donner la priorité au lien de parenté existant entre l'enfant et son père juridiquement reconnu, qui vit avec la mère de l'enfant et procure des soins parentaux sur une base quotidienne, aux dépens du lien de parenté entre le prétendu père biologique et l'enfant »¹⁸⁰¹. Ainsi, même s'il « peut être déduit de l'arrêt *Anayo*¹⁸⁰² que l'article 8 de la Convention peut être interprété comme imposant aux États membres l'obligation d'examiner s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de permettre au père biologique d'établir une relation avec son enfant, par exemple en accordant un droit de visite », cela « n'implique pas nécessairement une obligation en vertu de la Convention pour permettre au père biologique de contester la filiation à l'égard du père juridiquement reconnu »¹⁸⁰³. Ici aussi la Cour observe que, face à la diversité des pratiques nationales, « aucun consensus ne se dégage », ce dont il résulte que « les Etats jouissent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les règles permettant de déterminer le statut juridique d'un enfant »¹⁸⁰⁴. La prudence de la Cour est donc assez marquée, et l'encadrement des droits de la famille nationaux en matière de consécration directe d'un lien de famille juridique par conséquent très relatif.

480. En ce qui concerne, deuxièmement, l'obligation de consacrer juridiquement une situation familiale à l'égard des personnes placées dans une situation identique ou comparable, l'on retrouve ces mêmes considérations de prudence. Cela est le cas notamment du mariage, la Cour l'ayant rappelé dans l'affaire *Schalk et Kopf contre Autriche* du 24 juin 2010¹⁸⁰⁵. Elle y relève d'abord que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles

¹⁷⁹⁷ § 49

¹⁷⁹⁸ § 49

¹⁷⁹⁹ no. 45071/09.

¹⁸⁰⁰ no. 23338/09.

¹⁸⁰¹ § 72 *Ahrens*, *Kautzor*, § 74, c'est nous qui traduisons.

¹⁸⁰² *Anayo c. Allemagne*, no. 20578/07, § 57, 21 décembre 2010

¹⁸⁰³ § 74 *Ahrens*, §§76 et 77 *Kautzor*, c'est nous qui traduisons

¹⁸⁰⁴ §§ 68 à 75 *Ahrens*, §§ 70 à 79 *Kautzor*, c'est nous qui traduisons

profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre [et] qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre »¹⁸⁰⁶, pour en déduire que « l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel »¹⁸⁰⁷. Elle confirme ainsi la prudence dont elle fait preuve en matière de reconnaissance directe d'un lien familial. Et elle poursuit sur le terrain de la discrimination en énonçant clairement que le droit du couple homosexuel de se marier ne peut pas non plus, par voie de conséquence, être déduit de l'article 14 combiné avec l'article 8¹⁸⁰⁸. Tout en reconnaissant que « la relation qu'entretient [...] un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation »¹⁸⁰⁹, la Cour affirme alors que les « Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique [des partenariats homosexuels] »¹⁸¹⁰. Partant, ni le fait de refuser le mariage aux couples de même sexe, ni le fait de leur refuser un statut qui correspond à tous égards au mariage, n'est jugé contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et en particulier à son article 14 combiné avec l'article 8¹⁸¹¹. Une autre illustration de l'attitude prudente de la Cour européenne des droits de l'homme concerne l'adoption, avec l'arrêt *Gas et Dubois contre France*, du 15 mars 2012¹⁸¹², portant sur le refus par les autorités nationales d'autoriser l'adoption simple d'un enfant par la femme qui vit avec la mère biologique dans le cadre d'un couple homosexuel. La Cour affirme que, compte tenu « des conséquences sociales, personnelles et juridiques » qu'emporte l'exercice du droit de se marier, « on ne saurait considérer, en matière

¹⁸⁰⁵ no. 30141/04.

¹⁸⁰⁶ § 62

¹⁸⁰⁷ §63

¹⁸⁰⁸ § 101.

¹⁸⁰⁹ § 94.

¹⁸¹⁰ § 108. Même si cette affirmation est à rapprocher de *Vallianatos e.a. c. Grèce* (Requêtes nos 29381/09 et 32684/09) et l'affaire *Oliari* et autres c. Italie (requêtes nos 18766/11 et 36030/11), par lesquelles la Cour semble avoir déplacé l'équilibre vers la limitation de la marge d'appréciation nationale, encore qu'elle le fasse sur la prétendue existence d'un consensus émergent (24 Etats contractants sur 47) et surtout les sondages d'opinion nationaux favorables à cette solution dans l'Etat membre condamné (cela est très net dans l'affaire *Oliari*, où la Cour affirme (§§ 178-181) qu'il y a en « Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels puisque 24 des 47 Etats membres ont adopté une législation permettant pareille reconnaissance, [...] que la Cour constitutionnelle italienne a appelé à maintes reprises à garantir pareilles protection et reconnaissance [et qu']en outre, selon des études récentes, la majorité de la population italienne est favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels ». L'on peut évidemment se demander alors à quoi servent les élections et les parlements, lorsque les tribunaux nationaux, la CEDH et les sondages d'opinion sont déjà à même d'imposer une solution juridique...

¹⁸¹¹ §§ 109-110.

¹⁸¹² no. 25951/07.

d'adoption par le second parent, que les [personnes homosexuelles liées par un partenariat] se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés »¹⁸¹³. Réaffirmant que « la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel », et que « lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré »¹⁸¹⁴, la Cour en déduit que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne prévoit pas un droit à l'adoption pour les couples de même sexe, tant que le statut légal auquel ils peuvent prétendre interdit également l'adoption aux couples de sexe opposé¹⁸¹⁵. Il n'y a dès lors aucune discrimination condamnable fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme avait dans cette affaire pris le soin de rappeler que « les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement, y compris des distinctions de traitement juridique »¹⁸¹⁶, et que « la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale »¹⁸¹⁷, ce qui est à l'évidence le cas pour elle des mesures relevant du droit de la famille.

481. En ce qui concerne, troisièmement et finalement, l'obligation pour les Etats contractants de reconnaître une situation familiale légalement constituée à l'étranger, il y a également des illustrations fortes du caractère mesuré avec lequel la Cour encadre les droits de la famille nationaux. L'exemple le plus intéressant est fourni par l'affaire *Harroudj contre France*, du 4 octobre 2012¹⁸¹⁸ par lequel la Cour a considéré que le refus de l'autorisation d'adopter un enfant recueilli en *kafala* opposé à la famille d'accueil ne violait pas l'article 8. L'arrêt confirme tout d'abord la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales, ici en matière de reconnaissance des situations familiales valablement constituées à l'étranger. Mais ensuite et surtout, les raisons pour lesquelles la Cour a conclu à l'absence de violation

¹⁸¹³ § 68.

¹⁸¹⁴ § 66

¹⁸¹⁵ §§ 69 à 73.

¹⁸¹⁶ § 58

¹⁸¹⁷ § 60

¹⁸¹⁸ *Harroudj contre France* (CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09).

renforcent considérablement l'objectif de diversité des droits de la famille nationaux, et partant la marge d'appréciation reconnue aux Etats contractants. L'absence de violation de la Conv. EDH tient au fait qu'« un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt public et celui de la [personne désireuse d'obtenir l'adoption] » et que l'Etat contractant, « qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine [a] respect[é] le pluralisme culturel »¹⁸¹⁹. La Cour intègre donc le respect du pluralisme culturel parmi les éléments qui doivent être pris en compte en ce qui concerne les objectifs poursuivis en matière de respect de la vie familiale. Il s'agit là d'un élément particulièrement intéressant au regard de l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux. La référence à l'objectif du respect du pluralisme culturel en matière de droit de la famille impose en effet une certaine ouverture d'esprit. Mais comme la conciliation de cet objectif avec celui de la préservation de la cohésion de l'ordre juridique interne est éminemment délicat, la Cour en déduit très logiquement que les Etats nationaux jouissent d'une large marge de manœuvre en matière de droit international privé de la famille.

482. L'étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle donc que le système résultant de la Conv. EDH est conçu autour du nécessaire respect de la diversité des conceptions nationales du droit de la famille. Les juges strasbourgeois sont attentifs à la nécessité d'identifier un consensus juridique entre les Etats contractants, ou au moins l'émergence d'un tel consensus, avant de consacrer une obligation positive pesant sur les Etats contractants. L'interdiction de la discrimination est un outil qui accroît l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans cependant faire disparaître l'impression que, dans l'ensemble, sa position en matière de droit de la famille reste prudente. Elle laisse ainsi une importante marge d'appréciation aux Etats contractants, assurant la possibilité d'adapter en permanence le droit de la famille aux besoins sociaux. L'émergence d'une obligation de respecter le pluralisme culturel en droit de la famille à travers les règles de droit international privé peut également avoir des conséquences d'envergure au regard de l'obligation de reconnaître les situations familiales valablement constituées à l'étranger, puisqu'elle démontre que la Cour ménage une ample marge de manœuvre aux autorités nationales en ce domaine aussi.

¹⁸¹⁹ § 51

483. Face au constat de la diversité des droits de la famille nationaux en Europe, et compte tenu du fait que la Cour européenne des droits de l'homme ne prétend nullement la remettre en cause, il n'est guère étonnant de retrouver le respect de cette diversité des droits de la famille parmi les objectifs poursuivis par le droit de l'Union européenne.

Section 2 L'objectif de diversité dans le droit de l'Union européenne

484. Tout comme l'objectif d'unité du statut familial d'une personne, l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux était originellement ignoré par les traités européens. Cela n'a rien de surprenant face à la nature initialement économique de l'Union européenne et celle, nécessairement non-économique, de ces deux objectifs. La possibilité et le besoin de la reconnaissance de l'objectif de diversité des statuts familiaux n'ont donc pu voir le jour qu'à partir du moment où l'Union européenne a dépassé sa dimension exclusivement économique. Autrement dit, la question du respect de la diversité des droits de la famille nationaux se pose à partir du traité de Maastricht. A l'instar de l'objectif d'unité du statut familial, affirmé à travers les notions de citoyenneté de l'Union et d'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'objectif de diversité des statuts familiaux n'est pas expressément affirmé par les traités. Il faut donc chercher son affirmation dans des concepts suffisamment généraux pouvant inclure cet objectif plus précis. Deux concepts sont alors susceptibles d'être les vecteurs de la consécration de cet objectif¹⁸²⁰, à savoir le principe du respect de l'identité nationale des Etats membres¹⁸²¹, et celui du respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres¹⁸²². L'affirmation progressive de notions véhiculant l'objectif de diversité des statuts familiaux par les traités européens (A) s'est alors accompagnée d'une consécration plus nette de cet objectif par les mesures mettant en œuvre ces traités (B).

¹⁸²⁰ Nous excluons les autres concepts qui ne nous semblent pas susceptibles de s'appliquer à la matière du droit de la famille, tel notamment celui du respect de la richesse de sa diversité culturelle consacré à l'article 3 § 3 al. 3 TFUE, puisque le fonds culturel du droit de la famille ne doit pas être invoqué pour maintenir une règle dont il a été établi qu'elle était mauvaise (cf. *supra*, n° 529 et s. et les implications pour la question de la relation entre famille et culture).

¹⁸²¹ Actuellement consacré par l'article 4 § 2 TUE.

¹⁸²² Consacré par l'article 67 § 1 TFUE

I La diversité des statuts familiaux dans les traités

485. L'évolution de la future Union européenne vers une union politique s'est accompagnée d'une consécration explicite de la nécessité de respecter les ordres juridiques nationaux, signe d'une volonté politique claire qui n'accepte la construction européenne qu'à condition de rester conforme aux exigences particulières de chaque Etat national. Ce respect des ordres juridiques nationaux s'est d'abord construit autour du concept de respect des identités nationales, dont l'évolution insistait déjà sur l'importance particulière du droit de la famille (1). Mais la volonté d'approfondissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, preuve des implications politiques de ce dernier, n'a pu se traduire dans les traités que par un renforcement de l'exigence du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux, à travers la reconnaissance de l'obligation de respecter les systèmes et traditions juridiques des Etats membres (2).

A Le respect des identités nationales face à l'émergence du concept de citoyenneté de l'Union

486. Avant le traité de Maastricht, et compte tenu de la dimension quasi-exclusivement économique des Communautés européennes, la consécration expresse de l'objectif du respect de la diversité nationale n'avait guère de sens, l'action des Communautés européennes ne pouvant de toutes manières raisonnablement représenter un danger pour celle-ci¹⁸²³. L'intégration réalisée par le traité de Maastricht changeait cependant radicalement la donne, l'Union européenne désormais instituée ayant une dimension clairement politique, se traduisant notamment par l'instauration d'une citoyenneté de l'Union et l'objectif de développer une « coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures »¹⁸²⁴. Cette évolution nette vers une structure de nature fédérale ne doit cependant pas faire oublier que « l'autoconservation politique des unités fédérées relève [...] de l'évidence car [...] les unités "fédérantes" n'entendent pas disparaître en tant qu'unités

¹⁸²³ Ainsi l'exception d'ordre public qui pouvait être opposée par les Etats membres à une libre circulation des personnes conçue de toutes manières de façon assez restrictive suffisait à garantir aux Etats la possibilité d'imposer leurs concepts nationaux les plus importants. Au sujet de la reconnaissance de l'identité nationale et culturelle des Etats membres, y compris leurs particularités socioculturelles, comme raison d'intérêt général s'opposant à la libre circulation des personnes, voyez également Jean-Christophe BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire ; Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, préface de Jean-Denis MOUTON, PUAM, Marseille, 2009, spéc. p. 192 à 200.

politiques, sinon elles ne s'uniraient pas dans ce type d'ensemble fédéral »¹⁸²⁵. On en déduit même généralement que « par voie de conséquence, le texte des pactes fédératifs ne contient jamais une formule du genre : "La Fédération a pour but de maintenir l'existence politique de ses composantes" »¹⁸²⁶. Pourtant, et c'est là une originalité importante de l'Union européenne qui l'éloigne du modèle fédéral, le traité de Maastricht a pris soin de préciser que « *l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* »¹⁸²⁷. Si le pacte fédératif prévoit donc lui-même la préservation de l'identité des entités qui le composent, c'est qu'il y attache une importance tout à fait particulière qui ne peut rester sans traduction juridique.

487. Cette traduction juridique en matière de droit civil était celle de l'absence de compétence de l'Union, la coopération judiciaire en matière civile relevant simplement du troisième pilier. Elle était donc un domaine considéré comme « question d'intérêt commun »¹⁸²⁸, et relevait de la coopération intergouvernementale, certes coordonnée et encouragée par le Conseil¹⁸²⁹, mais qui n'affectait pas la souveraineté des Etats nationaux, aucun transfert de souveraineté vers l'Union européenne n'ayant eu lieu. La précision du respect de l'identité nationale des Etats membres était donc surtout un contrepoids à l'établissement d'une citoyenneté de l'Union. En matière de coopération judiciaire en matière civile une telle précision n'avait aucun sens en raison du fait que le pouvoir de prendre des décisions continuait de relever exclusivement des Etats membres.

488. Le traité d'Amsterdam procède à cet égard à un changement radical en « communautarisant » partiellement le troisième pilier, y compris la coopération judiciaire en matière civile¹⁸³⁰, ce qui implique donc un transfert de compétences des Etats membres vers l'Union européenne, et rend la question du respect de leur identité nationale évidemment plus délicate. Le traité d'Amsterdam continue certes d'affirmer que « *l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* »¹⁸³¹, mais encore faut-il que cette exigence se traduise

¹⁸²⁴ Article B, troisième tiret, Traité de Maastricht

¹⁸²⁵ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 322.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ Article F du traité de Maastricht ; c'est nous qui soulignons.

¹⁸²⁸ Article K.1, spécialement numéro 6) du Traité de Maastricht

¹⁸²⁹ Voy. les articles K. 3 à K. 9 du Traité de Maastricht

¹⁸³⁰ Basedow, The communitarization of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam, C.M.L. Rev. 37 (2000), S. 687 ff. ; Borrás, Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam, Rev. esp. der. int. LI (1999), S. 383 ff. ; Jayme/Kohler, Europäisches Kollisionsrecht 1999 - Die Abendstunde der Staatsverträge, IPRax 1999, S. 401 ff. ; Kohler, Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam, Rev. crit. dr. int. pr. 1999, S. 1 ff.

¹⁸³¹ Article 6, § 3 TUE d'après le traité d'Amsterdam

concrètement par les stipulations du traité pour être dotée d'une véritable consistance. Mais alors que le traité d'Amsterdam affirme que l'Union vise à « mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁸³², il n'assortit pas cet objectif d'une consécration expresse de la nécessité de respecter les particularités des ordres juridiques nationaux en la matière. Ce qui peut à première vue surprendre s'explique en réalité aisément face à la façon dont est organisée la compétence de l'Union européenne en ce domaine. Les instruments européens ne pouvaient en effet être adoptés que sur la base de l'unanimité, et la possibilité de passer à un vote à la majorité qualifiée au terme d'une période transitoire de cinq ans était elle aussi conditionnée par la nécessité de recueillir un vote unanime¹⁸³³. La possibilité de saisir la Cour de justice d'une question d'interprétation était également spécialement encadrée¹⁸³⁴. Institutionnellement, l'exigence de l'unanimité garantissait donc à chaque Etat membre que les mesures ne pourraient être adoptées qu'à condition d'être conforme à ses exigences nationales, faute de quoi son veto empêcherait leur adoption.

489. C'est sur ce point que le traité de Nice allait apporter une modification permettant de souligner l'importance particulière de la diversité des droits de la famille nationaux pour l'ordre juridique de l'Union européenne. Le traité de Nice prévoyait en effet que les mesures relevant de la coopération judiciaire dans les matières civiles¹⁸³⁵ seraient adoptées d'après la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire impliqueraient simplement un vote à la majorité qualifiée, en codécision avec le Parlement européen¹⁸³⁶. Mais il prévoyait aussi que ce passage à la procédure législative ordinaire se faisait « à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille »¹⁸³⁷, pour lesquels l'unanimité restait donc requise. Autrement dit, le traité de Nice isole le droit de la famille pour en faire un domaine du droit civil qui implique un respect renforcé des identités nationales, l'adoption de mesures commune n'étant possible que sous réserve de l'acceptation unanime de tous les Etats membres. L'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux trouve ainsi une traduction directe et concrète dans les processus institutionnels de l'Union européenne. La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ne pouvait donc se faire en matière de droit de la famille

¹⁸³² Article 61 TCE

¹⁸³³ Voy. notamment l'article 67 TCE

¹⁸³⁴ Voy. l'article 68 TCE

¹⁸³⁵ Prévues par l'article 65 TCE

¹⁸³⁶ Article 67, § 5, deuxième tiret, le traité de Nice maintenait en même temps l'article 68 sur les modalités particulières de saisine de la Cour de justice.

¹⁸³⁷ Article 67, § 5, deuxième tiret.

qu'à condition de respecter la diversité des droits de la famille nationaux, faute de quoi l'unanimité, et donc l'adoption de la mesure escomptée, ne pourrait être obtenue.

490. Si l'unanimité restait requise pour les aspects de la coopération judiciaire en matière civile touchant le droit de la famille, elle était cependant abandonnée en ce qui concerne les autres aspects de la coopération civile. Or nous venons de voir que l'approfondissement de la dimension politique de l'Union européenne s'est traduite par une reconnaissance expresse de la nécessité de respecter l'identité nationale des Etats membres. Si l'approfondissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit impliquer un véritable approfondissement de la nature politique de l'Union européenne, il faut donc se demander si une stipulation similaire n'était pas nécessaire, ne fut-ce que pour rendre compte pleinement de la transformation réalisée, et donc permettre à cette transformation d'être effective. Le fait que l'Union européenne dispose clairement du pouvoir de prendre des décisions en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice sans que l'unanimité soit nécessairement requise implique en effet un changement profond de perspective, qui doit se traduire aussi sur la reconnaissance éventuelle de l'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux. Jusqu'ici cet objectif était implicitement reconnu à travers les règles institutionnelles relatives aux compétences ou procédures de décision. Le fait que cette reconnaissance implicite ne valait après le traité de Nice plus que pour le droit de la famille montre l'importance particulière qui y était attachée en matière familiale. Mais il n'en reste pas moins que la reconnaissance explicite de l'objectif général du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux était nécessaire, y compris pour des raisons de cohérence des traités eux-mêmes¹⁸³⁸. C'est à cet égard que le traité de Lisbonne, reprenant à son compte les formulations du traité établissant une Constitution pour l'Europe, apporte d'importantes précisions.

¹⁸³⁸ L'on aurait mal compris que l'objectif, qui était tellement important jusque-là qu'il imposait l'unanimité, ce qui est tout de même une façon particulièrement efficace de le garantir, soit tout d'un coup abandonné par de simples modifications relatives aux procédures de décision, dans un traité par ailleurs dépourvu de toute ambition politique.

B Le respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres face à l'approfondissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

491. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait donné un poids important à l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux. Il l'aurait fait symboliquement, en consacrant que « la devise de l'Union est: "Unie dans la diversité" »¹⁸³⁹, et politiquement, en stipulant que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »¹⁸⁴⁰. Corollaire direct de cette exigence du respect des ordres juridiques nationaux, le principe de subsidiarité aurait également été renforcé en conférant un rôle particulier aux parlements nationaux en vue de sa mise en œuvre¹⁸⁴¹. Plus spécialement, dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, le traité établissant une Constitution pour l'Europe aurait poursuivi le travail d'approfondissement des compétences européennes en ce domaine, l'article III-269 déconnectant l'action européenne de la nécessité du lien avec le fonctionnement du marché intérieur. Mais là aussi, au sujet des mesures relatives au droit de la famille, l'exigence d'unanimité était maintenue à titre d'exception, avec simplement la possibilité d'abandonner ultérieurement cette exigence au coup par coup¹⁸⁴². Le traité constitutionnel serait ainsi parvenu à un équilibre cohérent, qui aurait donné un poids important à l'objectif de diversité des statuts familiaux. Le pouvoir politique pour l'Union européenne de prendre des mesures relevant de la coopération judiciaire en matière civile en vue de l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice aurait clairement été affirmé¹⁸⁴³, mais il aurait été assorti de la limite importante du devoir de respecter la diversité des systèmes et traditions juridiques des Etats membres, notamment en matière de droit de la famille¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁹ Article I-8, 3° alinéa du traité établissant une Constitution pour l'Europe

¹⁸⁴⁰ Article III-257, 1. du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹⁸⁴¹ Par Article III-259 : « Les parlements nationaux veillent, à l'égard des propositions et initiatives législatives présentées dans le cadre des sections 4 et 5, au respect du principe de subsidiarité, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

¹⁸⁴² Article III-269, 3. « Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par une loi ou loi-cadre européenne du Conseil. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision européenne déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. »

¹⁸⁴³ Bien que son orientation économique eût été prédominante.

¹⁸⁴⁴ Ce qui, de ce point de vue là, aurait renforcé la dimension politique de l'Union européenne.

492. Le traité de Lisbonne reprend clairement ces idées à son compte. Non seulement il renforce l'exigence du respect de l'identité nationale des Etats membres en la précisant¹⁸⁴⁵, mais lui donne en même temps, bien au-delà du respect de la richesse de sa diversité culturelle¹⁸⁴⁶, des contours bien précis dans le domaine de l'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. L'article 4, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne stipule ainsi que « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* »¹⁸⁴⁷. Quant à l'article 67, paragraphe 1^{er} TFUE, il affirme que « *l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* »¹⁸⁴⁸. L'objectif du respect des ordres juridiques nationaux, y compris spécialement le respect des particularités des systèmes juridiques, est donc clairement posé, et vient accompagner l'approfondissement de la dimension politique de l'Union européenne, particulièrement perceptible en matière de coopération judiciaire en matière civile. L'impression d'ensemble qui s'en dégage est cohérente, l'Union européenne se posant comme une union de nature fédérale ne pouvant se réaliser qu'à condition de respecter les exigences propres de chaque Etat membre.

493. Reste alors à connaître la place particulière qu'occupe spécialement l'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux en matière de droit de la famille. Le traité de Lisbonne réaffirme que « les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen »¹⁸⁴⁹. Le traité reprend donc l'exigence d'unanimité maintenue jusqu'ici, tout en prévoyant à l'article 81, paragraphe 3, alinéa 3, à l'instar du traité établissant une Constitution pour l'Europe, une clause passerelle permettant d'abandonner cette exigence, mais en encadrant plus sévèrement ses conditions d'application en reconnaissant un droit de veto aux

¹⁸⁴⁵ Voy. égal. I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221.

¹⁸⁴⁶ Prévu par l'article 3, § 3, quatrième alinéa TUE.

¹⁸⁴⁷ C'est nous qui soulignons.

¹⁸⁴⁸ C'est nous qui soulignons.

¹⁸⁴⁹ Article 81 § 3, alinéa 1^{er} TFUE.

parlements nationaux. Cela renforce donc l'importance de l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux par rapport à ce qu'elle aurait été sur la base du traité établissant une Constitution pour l'Europe. En matière de diversité des droits de la famille nationaux apparaît alors très nettement « cette déférence à l'égard de questions étroitement liées aux traditions nationales et locales et touchant par là même à l'identité nationale »¹⁸⁵⁰. L'organisation plus précise des compétences de l'Union européenne aux articles 4 et 5 TUE, tout comme l'importance particulière attachée aux principes de subsidiarité et de proportionnalité¹⁸⁵¹, ainsi que le rôle accru des parlements nationaux à cet égard¹⁸⁵², vont également dans le même sens. Le respect des droits de la famille nationaux, en ce que ceux-ci sont un élément évident relevant de l'identité nationale et des systèmes et traditions juridiques des Etats membres, est donc un objectif à part entière de l'ordre juridique de l'Union européenne. Il est particulièrement important à cet égard de lire l'article 4, § 2 TUE, sur le respect de l'identité nationale des Etats membres, à la lumière des articles 67 et 81 TFUE, qui y intègrent le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres, particulièrement en matière de droit de la famille.

494. La Cour de justice a déjà eu l'occasion de montrer qu'elle entendait effectivement placer l'article 4, paragraphe 2 au cœur de la conception qu'il convient de retenir de l'ordre juridique de l'Union européenne, notamment en matière de citoyenneté de l'Union, notion dont nous avons déjà vu qu'elle est au cœur de la construction du droit de la famille de l'Union européenne ». Par le très important arrêt C- 208/09, *Sayn-Wittgenstein*, du 22 décembre 2010¹⁸⁵³, dans lequel elle a précisé qu'« il convient également de rappeler que,

¹⁸⁵⁰ I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221, n° 18.

¹⁸⁵¹ Notamment par le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité

¹⁸⁵² Sur lequel, voy. égal. I. BARRIERE-BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, préc., note 1221.

¹⁸⁵³ 2010 I-13693, sur cet arrêt, voyez : Picod, Fabrice : Respect de l'interdiction des titres de noblesse, *La Semaine Juridique - édition générale* 2011 n° 3 p.111 ; Simon, Denys : Reconnaissance du nom patronymique, *Europe* 2011 Février Comm. n° 2 p.11-13 ; Aubert, Michel ; Broussy, Emmanuelle ; Donnat, Francis : Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale, *L'actualité juridique ; droit administratif* 2011 n° 5 p.264-265 ; Cusas, Eric : Arrêt "Sayn-Wittgenstein" : la libre circulation et les titres de noblesse, *Journal de droit européen* 2011 n° 178 p.100-101 ; Murphy, C. : La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Commentaires des arrêts. Arrêt « Sayn-Wittgenstein », *Revue du droit de l'Union européenne* 2011 n° 1 p.131-138 ; Toggenburg, Gabriel N. : Die «falsche» Fürstin : Zum grenzüberschreitenden Verkehr von Adelstiteln vor dem Hintergrund der Unionsbürgerschaft, *European Law Reporter* 2011 p.78-81 ; Heymann, Jeremy : Conflicts de lois - Compétence - Question préjudicielle - Adoption, *Journal du droit international* 2011 p.639-659 ; Wall, Fabian : Keine Adelsprädikate für Österreicher durch Adoption in Deutschland - Schlussfolgerungen aus den Schlussanträgen und dem Urteil des EuGH in der Sache "Sayn-Wittgenstein", *Das Standesamt* 2011 p.203-210 ; Kroll-Ludwigs, Kathrin : Anmerkung zu EuGH, Urt. voy. 22.12.2010, Rs. C-208/09 - Sayn-Wittgenstein, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2011 p.242-245 ; Kröll, Thomas : Der EuGH als "Hüter" des republikanischen Grundprinzips der österreichischen

conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres [...] », la Cour de justice subordonne clairement la réalisation des objectifs liés à la citoyenneté de l'Union en matière de reconnaissance d'un statut personnel consacré dans un autre Etat membre à la nécessité du respect de l'identité nationale de l'Etat membre d'accueil. Ce raisonnement fondé sur la possibilité de restreindre les libertés fondamentales prévues par le traité à travers des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public est ici posé à l'égard du statut personnel¹⁸⁵⁴. Mais il vaut *a fortiori* en matière de statut familial parce que l'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux y est renforcé par la lecture combinée des articles 4 § 2, du traité sur l'Union européenne et 67 § 1 et 83 § 3 TFUE, et parce que la sensibilité sociale des questions touchant au droit de la famille est bien plus grande que celle du « simple » statut personnel¹⁸⁵⁵. Que la Cour de justice ait confirmé cette jurisprudence par l'arrêt *Runevič-Vardyn*, dans lequel elle a même évoqué, encore que ce soit à titre très incident, l'importance de « la protection légitime par l'État membre concerné de [...] ses traditions »¹⁸⁵⁶, souligne la place centrale occupée désormais par cette exigence du respect de l'identité nationale des Etats membres.

495. L'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux a donc une importance évidente à la lecture des traités fondateurs de l'Union européenne. Face à ce constat, il est nécessaire d'évaluer comment la mise en œuvre concrète des traités traduit également un attachement réel des instances européennes à cet objectif.

Bundesverfassung?, *Öffentliches Recht, Jahrbuch 2011* (Ed. Neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien) 2011 p.313-333 ; Besselink, Leonard F.M. : *Respecting Constitutional Identity in the EU*, *Common Market Law Review* 2012 p.671-693.

¹⁸⁵⁴ Voy. notamment les points 84 à 95 de l'arrêt.

¹⁸⁵⁵ La Cour de justice a elle aussi conscience de cette dimension sensible du droit de la famille, et s'est refusée à créer des notions communautaires de droit de la famille, mais s'en remet au contraire au droit national pour savoir dans quelle mesure les situations familiales « originales » doivent être créatrices d'une situation familiale « légale ».

¹⁸⁵⁶ Dans cet arrêt, les considérations liées à la protection de la diversité culturelle, au sens premier du terme, ont joué un rôle important, au même titre que la protection de l'identité nationale. Voy. notamment le point 86, dans lequel la Cour rappelle qu'« aux termes de l'article 3, paragraphe 3, quatrième alinéa, TUE ainsi que de l'article 22 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique. Conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État ».

II La diversité des statuts familiaux dans la mise en œuvre des traités

496. Constaté que les traités contiennent des stipulations qui donnent un poids certain à l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux n'est évidemment pas suffisant afin de connaître l'importance de cet objectif au regard des institutions de l'Union européenne. C'est en effet par l'effectivité conférée à cet objectif dans la mise en œuvre des traités que l'on peut comprendre sa véritable importance politique. La nécessité du respect de la diversité des statuts familiaux se retrouve alors à la fois en ce qui concerne les formules et projets contenus dans les programmes stratégiques pluriannuels sur l'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (A) et en ce qui concerne les considérants et articles des règlements adoptés en matière de droit international privé de la famille (B).

A Une consolidation progressive par les programmes stratégiques

497. L'analyse des programmes pluriannuels relatifs à l'élaboration de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, par lesquels l'Union européenne a mis en avant l'objectif d'unité du statut familial, est nécessaire pour évaluer l'importance politique attachée à l'objectif de diversité des statuts familiaux. L'étude de ces programmes fait alors apparaître un constant affinement de l'objectif de diversité des statuts familiaux. Si le programme de Tampere l'ignorait encore (1) le programme de La Haye lui donne une place importante (2), pérennisé par le programme de Stockholm (3).

1 La place limitée de l'objectif de diversité dans le programme de Tampere

498. Le programme de Tampere faisait preuve d'une grande retenue quant à l'affirmation de la nécessité du respect de la diversité des systèmes juridiques des Etats membres en matière civile. Il insiste au contraire sur la nécessité « d'arriver à une meilleure compatibilité et à une convergence accrue entre les systèmes juridiques des Etats membres »¹⁸⁵⁷. Il prend ainsi quelque peu le contre-pied du plan d'action de Vienne. Ce

¹⁸⁵⁷ point 5. du programme de Tampere.

dernier avait en effet encore affirmé que « le nouvel élan donné par le traité d'Amsterdam et les instruments qu'il a introduits donnent l'occasion d'examiner ce que l'espace de "justice" devrait chercher à réaliser tout en tenant compte du fait que, pour des raisons tenant à l'histoire et aux traditions, les systèmes judiciaires présentent des différences importantes entre les Etats membres »¹⁸⁵⁸. Il avait en outre insisté, au titre des priorités de l'action de l'Union européenne, sur « le principe de subsidiarité, qui s'applique à tous les aspects de l'action de l'Union européenne [et] revêt une importance particulière dans le domaine de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁸⁵⁹. Il indiquait également qu'en matière de coopération judiciaire en matière civile, l'objectif est « d'améliorer la coordination des justices d'Europe »¹⁸⁶⁰ et avait fait preuve d'une prudence certaine en matière d'initiative politique au sujet du droit de la famille¹⁸⁶¹. Le « volontarisme affiché dans les conclusions de Tampere »¹⁸⁶² constituait donc une base politique peu propice à l'émergence de l'objectif de diversité des statuts familiaux, et représentait en réalité un risque évident de déboucher sur un droit de l'Union européenne fortement uniformisateur. Le bilan de Tampere, autour du constat que « le degré d'ambition initiale a été limité par des contraintes d'ordre institutionnel, mais parfois aussi par un consensus politique insuffisant »¹⁸⁶³, change alors déjà l'orientation politique. Le constat de l'impossibilité de « dégager un accord au niveau européen pour l'adoption de certaines mesures délicates, relevant de politiques qui restent au cœur de la souveraineté nationale »¹⁸⁶⁴, les réticences des Etats membres « à coopérer [...] quand leurs intérêts sont en jeu »¹⁸⁶⁵ et leur tendance « à privilégier les enjeux nationaux par rapport aux priorités de Tampere »¹⁸⁶⁶ ont certainement joué un rôle important dans la prise de conscience de la nécessité de respecter les ordres juridiques nationaux dans toute leur diversité. Le bilan de Tampere insiste dès lors lourdement sur la nécessité d'un « espace judiciaire européen respectueux des traditions et systèmes juridiques des Etats membres »¹⁸⁶⁷. Il met en avant le fait que « le développement de l'espace judiciaire européen n'a ni pour

¹⁸⁵⁸ point 15, *JOCE* 1999, C 19/4.

¹⁸⁵⁹ ; point 24, ii)

¹⁸⁶⁰ ; point 39

¹⁸⁶¹ Puisque les mesures à prendre en ce domaine faisaient partie des mesures à terme de cinq ans, et qu'il s'agissait seulement « examiner la possibilité d'élaborer [des] instrument[s] juridique[s] » (point 41 a) concernant la loi applicable au divorce, 41 b) concernant les modèles de résolution non judiciaire des litiges, 41 c) concernant la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions).

¹⁸⁶² Bilan de tampere point 1.1

¹⁸⁶³ Bilan de tampere point 1.1

¹⁸⁶⁴ Bilan de tampere point 1.1

¹⁸⁶⁵ Bilan de tampere point 1.1

¹⁸⁶⁶ Bilan de tampere point 1.1

¹⁸⁶⁷ Point 2.6

objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres »¹⁸⁶⁸. Par ce document, les instances de l'Union européenne montrent donc clairement qu'elles ont pris conscience de l'importance de l'objectif de diversité des ordres juridiques nationaux, y compris bien sûr en matière de droit de la famille. Le bilan de Tampere n'est cependant pas dépourvu de toute ambiguïté, puisqu'il souligne en même temps, en faisant resurgir la tendance à l'uniformisation, que « la reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle [qui] a été placée au cœur de la construction européenne [dans le domaine de l'espace judiciaire européen] »¹⁸⁶⁹.

2 *L'affirmation de l'objectif de diversité par le programme de La Haye*

499. Le programme pluriannuel suivant, c'est-à-dire le programme de La Haye, était donc face à un défi de taille. La conciliation du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux avec le mouvement d'uniformisation qui, pour les instances de l'Union européenne semble souvent être le seul moyen de faire avancer la construction européenne¹⁸⁷⁰, est loin d'être une tâche facile. En vue de la création du droit européen de la famille, l'Union européenne doit en effet intégrer l'objectif, si souvent rappelé mais si souvent vidé de sa substance, d'atteindre l'union dans la diversité. Le programme de La Haye reprend pleinement cette idée à son compte, en affirmant, par une formule heureuse, que « la coopération judiciaire dans les matières [...] civiles pourrait être encore développée en renforçant la confiance mutuelle et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des États membres et sur l'unité par le droit européen »¹⁸⁷¹. Il faut donc être capable de construire un système qui permette à chaque Etat membre de développer sa diversité nationale, et qui fasse en sorte que cette diversité nationale soit reconnue au sein de l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le programme de La Haye renforce alors considérablement l'importance attachée à

¹⁸⁶⁸ Point 2.6

¹⁸⁶⁹ Point 2.6

¹⁸⁷⁰ Voy. notamment la remarque de M. Wagner, révélatrice de l'attitude de la Commission, selon laquelle « le respect des ordres différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres n'aurait guère été acceptable sur le parquet bruxellois pendant les premières années de la coopération judiciaire » (R. WAGNER, *Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt?*, préc., note 1279, 472). C'est nous qui traduisons.

l'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux, en affirmant que l'action de l'Union européenne est « fondé[e] sur les principes généraux que sont la subsidiarité, la proportionnalité et la solidarité et sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »¹⁸⁷². Les distances prises avec la volonté d'harmonisation et d'uniformisation se retrouvent tout particulièrement en matière de droit de la famille, puisque les instruments relatifs à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en matière de droit de la famille « devraient couvrir des questions de droit international privé, sans se fonder sur une harmonisation de concepts tels que "la famille", "le mariage", ou autres »¹⁸⁷³. En matière familiale, l'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux jouit donc d'une importance et d'une reconnaissance renforcées. Le programme de La Haye abandonne également la référence faite par le programme de Tampere à la nécessité d'une « convergence accrue dans le domaine du droit civil »¹⁸⁷⁴. Il évoque certes le besoin éventuel de règles uniformes, y compris explicitement en matière de droit de la famille, mais de façon très prudente, en posant que « des règles de droit matériel uniforme ne devraient être introduites qu'en tant que mesure d'accompagnement, lorsque cela est nécessaire pour concrétiser la reconnaissance mutuelle des décisions ou pour améliorer la coopération judiciaire en matière civile »¹⁸⁷⁵. Autrement dit, l'uniformisation n'est plus envisagée comme une fin en soi, mais comme la clé pour atteindre les objectifs de l'Union qui, dans le domaine qui nous intéresse, sont fortement centrés autour du respect de la diversité des systèmes juridiques nationaux. L'uniformisation ne doit donc pas se faire autour de certaines valeurs matérielles, mais concerner les éléments nécessaires pour la construction d'un système commun au sein duquel la diversité matérielle des ordres juridiques nationaux est respectée. Le programme de La Haye marque ainsi une étape importante dans l'affirmation de l'objectif de diversité des statuts familiaux au sein de l'Union européenne¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷¹ Programme de La Haye, préc.

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ Titre VII, notamment point 39 du programme de Tampere, cf. *supra*, n° 498 et s.

¹⁸⁷⁵ Programme de La Haye, préc.

¹⁸⁷⁶ Le plan d'action de La Haye, qui se contente d'un catalogue de mesures à prendre assorti d'un calendrier précis, et l'évaluation du programme et du plan d'action de La Haye, qui reste relativement muet sur l'aspect de la diversité des statuts familiaux, en se concentrant plutôt sur les difficultés « en matière de reconnaissance mutuelle des décisions pénales et de coopération policière » (point IV) sont par contre dépourvu d'un véritable intérêt pour l'étude des objectifs politiques de l'Union européenne. Ils gardent évidemment leur intérêt pour comprendre et évaluer les progrès réels opérés par le droit de l'Union.

3 *La pérennisation de l'objectif de diversité par les programmes de Stockholm et « post-Stockholm »*

500. Le programme de Stockholm de son côté se veut dans la continuité du programme de La Haye, ce qui montre la pérennité désormais acquise par l'objectif de diversité des statuts familiaux. Faisant explicitement référence au programme stratégique précédent, le programme de Stockholm affirme ainsi que « dans le programme de La Haye, adopté en 2004, le Conseil européen a fait observer que, pour que le principe de reconnaissance mutuelle produise ses effets, il convient de renforcer la confiance mutuelle en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques et sur l'unité par le droit européen »¹⁸⁷⁷, pour en déduire que « les systèmes judiciaires des États membres devraient pouvoir fonctionner ensemble, de manière cohérente et efficace, dans le respect des traditions juridiques nationales »¹⁸⁷⁸. L'objectif de diversité des statuts familiaux, autour du respect des traditions juridiques nationales, reste ainsi au premier plan de l'action européenne. En matière familiale, le programme évoque également que « la reconnaissance mutuelle devrait être étendue à des domaines encore non couverts mais essentiels pour la vie quotidienne tels que les successions et les testaments, les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales de la séparation des couples, tout en tenant compte des systèmes juridiques des États membres, y compris en matière d'ordre public, et des traditions nationales dans ce domaine »¹⁸⁷⁹. La reconnaissance mutuelle en matière familiale doit donc expressément se faire dans le respect des ordres juridiques nationaux, au point d'ailleurs qu'il faut se demander si l'objectif de diversité des statuts familiaux ne devient pas prépondérant face à l'objectif d'unité du statut familial exprimé par le principe de la reconnaissance mutuelle. En matière d'actes d'état civil, le programme invite ainsi la Commission à « présenter des propositions appropriées tenant compte des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »¹⁸⁸⁰. Le plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm¹⁸⁸¹ se veut cependant plus nuancé, en faisant de nouveau apparaître une certaine tendance à l'uniformisation, qui s'accompagne d'ailleurs de façon

¹⁸⁷⁷ Point 3

¹⁸⁷⁸ Point 3

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ En précisant le type de mesures envisageables : « À court terme, un système permettant aux citoyens d'obtenir facilement les actes d'état civil les concernant pourrait être envisagé. À long terme, on pourrait éventuellement étudier si la reconnaissance mutuelle des effets attachés aux actes d'état civil pourrait être opportune, au moins dans certains domaines. Il conviendrait de prendre en compte les travaux menés par la Commission internationale de l'état civil dans ce domaine particulier » (*ibid.*).

révélatrice d'un retour en force de la considération économique du bon fonctionnement du marché intérieur. Le plan d'action affirme ainsi que « le principe fondamental de la reconnaissance mutuelle [sur lequel reposent l'espace judiciaire européen et le bon fonctionnement du marché intérieur] ne peut véritablement s'appliquer que sur la base d'une confiance mutuelle entre les juges, les autres professionnels du droit, les entreprises et les citoyens¹⁸⁸² et que « la confiance mutuelle exige des normes minimales communes »¹⁸⁸³. Mais l'objectif de diversité des statuts familiaux n'est pas abandonné pour autant, puisque la confiance mutuelle exige aussi « une prise en compte accrue des différentes traditions et pratiques juridiques »¹⁸⁸⁴. Le plan d'action fait ainsi clairement apparaître une volonté de conciliation entre « les besoins des citoyens et du marché unique » et « la diversité des traditions juridiques nationales »¹⁸⁸⁵. Dès lors, même si « la bonne administration de la justice ne doit pas être entravée par des différences injustifiées entre les systèmes judiciaires des États membres »¹⁸⁸⁶ et qu'il « sera nécessaire d'établir des normes minimales communes »¹⁸⁸⁷, l'action de l'Union européenne doit tout de même « tenir compte des différentes traditions et pratiques juridiques »¹⁸⁸⁸.

501. Le programme stratégique « post-Stockholm », adopté par le Conseil européen des 26 et 27 juin 2014 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice et certaines questions horizontales connexes¹⁸⁸⁹ confirme nettement l'importance prise par l'objectif du respect de la diversité. S'il constitue un tournant, sur la forme par son caractère plus général et succinct, et sur le fond par le coup de frein opposé à l'« activisme » des institutions européennes¹⁸⁹⁰, celui-ci est réalisé en faveur du respect de la diversité. Parmi le peu d'indications données, le Conseil souligne très clairement son attachement à l'objectif du respect de la diversité des droits nationaux, en affirmant que « le bon fonctionnement d'un véritable espace européen de justice, respectant la diversité des systèmes et traditions juridiques des États membres, est de la plus haute importance pour l'Union européenne »¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸¹ Au point 4, p. 4.

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁸⁶ Spécialement en matière pénale et procédurale, *ibid.*

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, point 8.

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁸⁹ JOUE 2014/C, C 240/05.

¹⁸⁹⁰ Sur ces questions, voy. not. R. WAGNER, *Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt?*, préc., note 1279, 471.

¹⁸⁹¹ Point 11 des conclusions.

Dès lors, le message principal véhiculé par ce programme est « la fin tu temps de l'activisme, pendant lequel il avait fallu sortir à toute vitesse et de nulle part un instrument juridique après l'autre »¹⁸⁹². Il est donc évident que les progrès que l'on peut attendre ou espérer de la part du droit de l'Union européenne devront se faire désormais en « respectant la diversité des systèmes et traditions juridiques des États membres », c'est-à-dire, en matière familiale, en respectant l'objectif de diversité des statuts familiaux.

502. L'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux, particulièrement en matière de droit de la famille, est donc clairement affiché par les instances de l'Union européenne, autour d'un processus qui l'a d'ailleurs continuellement renforcé. La question qui peut alors se poser de façon évidente est de savoir s'il ne s'agit que d'une formule incantatoire censée rassurer les gouvernements nationaux, ou si elle doit au contraire correspondre à une véritable ligne directrice de l'action législative européenne¹⁸⁹³. Il convient donc désormais d'étudier la place qu'occupe l'objectif de diversité des statuts familiaux au sein du droit dérivé pertinent.

B Une place centrale dans les règlements de droit international privé de la famille

503. Au-delà des exclusions du champ d'application analysées au titre de l'objectif d'unité du statut familial, qui relèvent davantage de la constatation des difficultés politiques résultant de la diversité des statuts familiaux que de la reconnaissance d'un objectif de respect de la diversité des ordres juridiques nationaux¹⁸⁹⁴, trois aspects dans les instruments

¹⁸⁹² R. WAGNER, *Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt?*, préc., note 1279, 471. C'est nous qui traduisons.

¹⁸⁹³ La formule revient en effet en matière de coopération judiciaire en matière pénale : « Dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires et la coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'Union peut adopter des règles minimales communes. Le Conseil européen considère qu'un certain degré de rapprochement des dispositions législatives est nécessaire pour favoriser l'émergence, chez les juges et les procureurs, d'une communauté de vues sur ces questions, et permettre ainsi la bonne application du principe de reconnaissance mutuelle, en tenant compte des différences existant entre les traditions et systèmes juridiques des États membres » (dans le plan d'action).

¹⁸⁹⁴ Et qui en tant qu'éléments d'affaiblissement de l'objectif d'unité du statut familial pourraient être vues comme un élément de respect de la diversité des statuts familiaux (cf. *supra*, n° 350 et s.). A notre sens cette conclusion est cependant trop rapide, car ces exclusions rendent simplement le droit de l'Union européenne neutre quant aux objectifs poursuivis, ce qui peut aller à l'encontre tout autant de l'objectif d'unité du statut familial que celui de la diversité des statuts familiaux. Cette dernière est en effet bien moins importante lorsque son respect n'est pas garanti par le droit de l'Union européenne, mais dépend du bon vouloir de chaque ordre juridique national, ce qui conduit à singulièrement la fragiliser.

européens de droit de la famille sont susceptibles de révéler l'objectif du respect de la diversité. En premier lieu, l'accueil des situations familiales créées dans les autres Etats membres montre qu'il existe une vraie acceptation de la diversité, puisque l'on reconnaît des situations qui ne correspondent pas nécessairement à celles qui auraient été créées dans l'ordre juridique d'accueil. Cette idée est consubstantielle à l'idée de la reconnaissance mutuelle, et se retrouve dès les règlements de première génération ne comportant que des règles de conflit de juridictions. L'idée du respect de la diversité y est notamment révélée par la limitation des motifs de non-reconnaissance (1). En deuxième lieu, face aux difficultés de faire aboutir les règlements de deuxième génération, il a assez vite semblé nécessaire d'insister de façon particulière sur l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux afin de favoriser l'adhésion des Etats membres aux projets législatifs. L'objectif de diversité y est mis en œuvre notamment par la prise en compte explicite des différences dans le droit national (2). En dernier lieu, face à cette double tendance, émerge également une constante, qui est celle du respect de l'ordre public national. Elle souligne la dimension fondamentale du respect de la diversité des statuts familiaux des Etats membres et dont l'ensemble des projets, et notamment le projet sur la libre circulation des actes d'état civil, ont bien conscience (3).

1 L'ouverture à la diversité : les règlements « de première génération »

504. Le premier élément révélant l'attachement à l'objectif de diversité des statuts familiaux réside dans l'idée que le respect de la diversité des législations de droit de la famille des Etats membres est imposé au sein de l'ensemble de l'Union européenne par l'interdiction de la révision au fond et la limitation du recours à la notion d'ordre public. La disposition selon laquelle « en aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond » était déjà prévue par le règlement Bruxelles II¹⁸⁹⁵, et a été reprise par les règlements qui ont suivi, quoique selon des formulations variables¹⁸⁹⁶. De la même manière, l'exception d'ordre public ne pouvait être invoquée à l'égard de décisions émanant d'autres Etats membres, puis de lois

¹⁸⁹⁵ Article 19 Bruxelles II

¹⁸⁹⁶ article 26 Bruxelles II bis, « interdiction de la révision au fond, même formulation que Bruxelles II », Article 42 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, « absence de révision quant au fond » : « En aucun cas une décision rendue dans un Etat membre ne peut faire l'objet d'une révision quant au fond dans l'Etat membre dans lequel la reconnaissance, la force exécutoire ou l'exécution est demandée ». Article 41 successions, « absence de révision quant au fond » : « En aucun cas, la décision rendue dans un Etat membre ne peut faire l'objet d'une révision quant au fond ».

étrangères éventuellement applicables, que si la reconnaissance ou l'application du droit étranger est « manifestement contraire à l'ordre public »¹⁸⁹⁷. Même si l'insertion de l'adverbe « manifestement » n'a guère de signification juridique face au caractère de toutes manières exceptionnel de l'exception d'ordre public, elle n'en souligne pas moins que chaque Etat membre doit savoir faire preuve d'ouverture, en matière de droit de la famille, à la diversité constituée par d'autres systèmes de valeurs que le sien¹⁸⁹⁸. La suppression de l'exigence de l'*exequatur* en certains domaines va également en ce sens. On retrouve également cette idée dans le règlement sur les successions lorsqu'il affirme qu'il « devrait respecter les différents systèmes de règlement des successions applicables dans les États membres »¹⁸⁹⁹ et qu'« afin de prendre en compte les différents systèmes de règlement des successions dans les États membres, le présent règlement devrait assurer l'acceptation et la force exécutoire dans tous les États membres des actes authentiques en matière de succession »¹⁹⁰⁰.

505. Cette nécessité de l'intégration d'un objectif d'ouverture à la diversité est d'ailleurs soulignée par l'insertion fréquente de formulations visant à garantir expressément l'acceptation de la diversité sur des points sensibles sur lesquels on craindrait un unilatéralisme excessif. Il en va ainsi de la disposition sur les « disparités entre les lois applicables » prévue par les règlements Bruxelles II¹⁹⁰¹ et Bruxelles II bis¹⁹⁰², selon laquelle « la reconnaissance d'une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permettrait pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ». Une disposition similaire aurait vocation à intégrer le règlement sur les partenariats enregistrés. Et on retrouve aussi cette idée dans le considérant 54 du règlement n° 650/2012 sur les successions, qui prévoit une exception à l'application de la loi normalement applicable à la succession, mais précise aussitôt que cette exception « requiert une interprétation stricte afin de rester compatible avec l'objectif général du présent règlement » et que, « dès lors, ne peuvent être considérées comme des dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une

¹⁸⁹⁷ Articles 22 a) et 23 a) Bruxelles II bis, article 12 Rome III, article 24 a) règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, article 13 protocole, articles 35 et 40 a) successions.

¹⁸⁹⁸ Pour une analyse plus approfondie de la question de l'exception d'ordre public pour le droit international privé européen de la famille, cf. *infra*, n° 891 et s.

¹⁸⁹⁹ Considérant 20.

¹⁹⁰⁰ Considérant 60

¹⁹⁰¹ Article 18

¹⁹⁰² Article 25

incidence sur celle-ci ni les règles de conflits de lois soumettant les biens immobiliers à une loi différente de celle applicable aux biens mobiliers, ni les dispositions prévoyant une réserve héréditaire plus importante que celle prévue par la loi applicable à la succession en vertu du présent règlement ».

506. Ces règles spéciales sur les disparités entre lois applicables sont certes utilisées non comme un outil de respect de la diversité des statuts familiaux, mais comme favorisant la reconnaissance d'une décision étrangère ou l'application d'un droit étranger, donc un outil allant dans le sens de l'objectif d'unité du statut familial. Elles impliquent cependant aussi l'obligation pour l'Etat de réception de reconnaître la solution qui résulte de l'application d'un droit étranger et d'accepter ainsi les différences entre les législations. On voit donc clairement que les objectifs d'unité du statut familial et de diversité des statuts familiaux convergent ici. En vue de l'atteinte de l'objectif d'unité du statut familial, la reconnaissance de l'objectif de diversité des statuts familiaux était en effet inévitable, même s'il y a, évidemment, des manifestations plus évidentes de la reconnaissance de l'objectif de diversité des statuts familiaux que celles qui s'expliquent également par l'affirmation de l'objectif d'unité du statut familial.

507. L'Union européenne a prévu des règles qui tiennent compte de la possibilité de protéger les particularités nationales des Etats membres, en subordonnant la réalisation de l'unité du statut familial au respect de la diversité des droits de la famille. L'Union européenne accepte donc le besoin de protéger les ordres juridiques nationaux, tout en restant néanmoins capable d'élaborer des règles communes de droit international privé, ce qui confirme donc la possibilité d'un droit européen respectueux des droits nationaux.

2 La reconnaissance de la diversité : les règlements « de deuxième génération »

508. L'illustration la plus marquante de cette reconnaissance de la diversité révélée par la prise en compte des différences dans le droit national est sans doute l'article 13 du règlement Rome III, d'après lequel « aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ». Si la première branche de l'alternative n'a

aujourd'hui plus de sens¹⁹⁰³, la seconde est destinée à un bel avenir avec la question des mariages entre personnes de même sexe. Le fait que l'on permette à un Etat membre de refuser de statuer sur la demande de divorce en raison des « différences dans le droit national », lesquelles sont ici explicitement reconnues, montre bien que l'objectif du respect de la particularité de l'ordre juridique national du juge saisi prédomine dans cette hypothèse¹⁹⁰⁴.

509. Le règlement n° 650/2012 sur les successions confirme cette conscience de la part du législateur européen à l'égard de la nécessité de respecter la diversité des législations nationales. D'une part, même si cette considération ne relève évidemment pas du droit de la famille, il exclut toute atteinte à la classification des droits réels prévus par les législations nationales¹⁹⁰⁵. D'autre part, affirmant qu'« en raison de leur destination économique, familiale ou sociale, certains biens immobiliers, certaines entreprises et d'autres catégories particulières de biens font l'objet, dans l'État membre de leur situation, de règles spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci » et que « le présent règlement devrait assurer l'application de ces règles spéciales »¹⁹⁰⁶, il dispose que « ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession »¹⁹⁰⁷. La diversité des législations nationales tenant aux spécificités dues à la « destination économique, familiale ou sociale » de certains biens est donc directement reconnue. Mieux, on rend alors la loi de l'Etat de situation applicable au traitement juridique de ces biens, ce qui garantit, non seulement que l'Etat pourra

¹⁹⁰³ Depuis que l'Etat de Malte, seul Etat à être véritablement concerné, a introduit le divorce dans sa législation interne.

¹⁹⁰⁴ Concernant le divorce, l'objectif d'unité du statut familial n'était pas nécessairement altéré non plus, puisque le refus du divorce aurait simplement maintenu le statut de marié, qui aurait pu être uniformément reconnu. Au sujet de la validité du mariage, il n'en va cependant à l'évidence plus ainsi, car si le juge ne prononce pas le divorce, c'est qu'il tient le mariage pour nul, voire l'annule. Or il est fort à parier que l'Etat « d'origine » du mariage ne reconnaisse pas cette décision, encore que le règlement Bruxelles II bis serait applicable à la décision d'annulation...

Les propositions de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés reprennent également l'exigence du respect des dispositions impératives de l'ordre juridique du for, encore que ce soit de façon assez surprenante par le recours à la technique des lois de police, jusqu'ici inconnue des règlements de droit international privé européen de la famille.

¹⁹⁰⁵ Voy. le considérant 15 : « Le présent règlement [...] ne devrait toutefois pas porter atteinte au nombre limité («*numerus clausus*») de droits réels que connaît le droit national de certains États membres. Un État membre ne devrait pas être tenu de reconnaître un droit réel en rapport avec des biens situés dans cet État membre, s'il ne connaît pas un tel droit réel dans son droit ».

¹⁹⁰⁶ Considérant 54

¹⁹⁰⁷ Article 30.

unilatéralement faire prévaloir sa conception interne, mais également que ses règles spéciales seraient respectées par le juge d'un autre Etat membre. L'objectif d'unité du statut, tenant ici à la dévolution de la succession sur les biens spécialement en cause, est donc atteint, mais à travers une adaptation particulière aux exigences de l'objectif de diversité des législations nationales.

510. L'objectif du respect de la diversité des législations nationales, y compris familiales, est donc directement et explicitement reconnu par certains éléments contenus dans les instruments adoptés par l'Union européenne¹⁹⁰⁸. Cependant, il reste en réalité un troisième aspect, qui traduit encore plus profondément l'objectif de diversité des statuts familiaux, et qui tient au fait que, bien qu'elle soit encadrée, l'exception d'ordre public n'en reste pas moins présente dans tous les instruments européens relatifs au droit de la famille.

3 Le caractère fondamental du respect de la diversité : le recours quasi systématique à l'ordre public

511. La reconnaissance de la diversité révélée par la possibilité reconnue de faire prévaloir les différences du droit national à l'égard de la loi normalement applicable se rattache en réalité à un autre aspect, celui de l'exception d'ordre public. En ce qui concerne l'application du droit étranger, l'exception d'ordre public est ainsi systématiquement prévue¹⁹⁰⁹. Elle reste généralement maintenue, même lorsque les règlements prévoient une dispense d'*exequatur*, au regard de la reconnaissance des décisions émanant d'un autre Etat membre¹⁹¹⁰. L'exception d'ordre public peut cependant exceptionnellement être écartée lorsque, comme en matière de droit de visite et de retour de l'enfant illicitement déplacé, des

¹⁹⁰⁸ L'on ne peut évidemment voir dans le règlement successions la reconnaissance expresse d'un quelconque objectif en matière de droit de la famille, puisque ce règlement prétend ne pas en relever. Nous avons constaté (cf. *supra*, n° 17 et n° 355) que le règlement relève bien partiellement du droit de la famille, ce qui implique donc qu'il y ait des enseignements à en tirer en matière de droit de la famille. La reconnaissance explicite du besoin de protéger la destination familiale de certains biens par le règlement ne va-t-elle d'ailleurs pas aussi en ce sens ?

¹⁹⁰⁹ Parfois ensemble avec des mécanismes relevant de la loi de police, dans les propositions de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

¹⁹¹⁰ Ce qui est notamment le cas du règlement Bruxelles I *bis*, ainsi que propositions de règlement sur les régimes matrimoniaux et de règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Voy. pour le règlement Bruxelles I *bis* M. POHL : « Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle », *IPRax* 2013. p. 109-114. Voy. égal. plus généralement sur cette question : M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, Paris, 2013.

impératifs matériels particulièrement forts auxquels tous les Etats membres adhèrent s'y opposent¹⁹¹¹. La persistance de l'exception d'ordre public montre bien que les Etats membres n'acceptent de s'engager dans la construction d'un droit de la famille commun qu'à condition de pouvoir imposer le cas échéant leurs particularités nationales, et que le législateur européen a pleinement conscience du caractère fondamental de la nécessité de respecter cette possibilité reconnue aux Etats membres de faire prévaloir leur spécificité nationale.

512. L'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux occupe donc une place centrale dans les règlements adoptés dans le domaine du droit international privé européen de la famille. Les auteurs des propositions de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés en ont également conscience, quoique de façon parfois assez imparfaite¹⁹¹². Dans ce cadre, il est également utile d'analyser brièvement dans quelle approche s'inscrivait le livre vert sur les actes d'état civil, pour connaître l'importance reconnue à l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux. Or ce livre vert rappelait que « chaque Etat membre a développé [pour l'état civil] une conception propre, liée notamment à son histoire, sa culture ou son système juridique »¹⁹¹³, ce dont la Commission déduisait que « dans ce contexte, il est important de souligner que l'Union européenne n'a pas de compétence pour intervenir dans le droit matériel de la famille des États membres. Par conséquent, la Commission n'a ni le pouvoir ni l'intention de proposer l'élaboration de règles européennes matérielles relatives, par exemple, à l'attribution du nom, à l'adoption, au mariage ou de modifier la définition du mariage au niveau national. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne donne aucune base juridique pour mettre en œuvre une telle solution »¹⁹¹⁴. Ces précisions ont quelque chose de hautement rassurant, en ce qu'elles semblent indiquer que la Commission a désormais bien conscience de l'importance de l'objectif de diversité des statuts familiaux. Celui-ci a donc vocation à orienter l'action à venir de l'Union européenne et la récurrence de l'exception d'ordre public montre le caractère inévitable de cet objectif. Que l'Union européenne en ait pleinement conscience ouvre la voie à la construction d'un système qui permette, en tenant compte de l'objectif de diversité des statuts familiaux, d'atteindre l'unité du statut familial.

¹⁹¹¹ Voy. les articles 41 et 42 du règlement Bruxelles II *bis*.

¹⁹¹² Les solutions en matière d'exception d'ordre public pour les partenariats enregistrés notamment, mais qui n'ont que peu de chances d'être maintenues.

¹⁹¹³ P. 11.

¹⁹¹⁴ p. 13

513. Pourtant, le fait que les traités et le droit dérivé consacrent l'objectif du respect de la diversité des législations nationales ne signifie pas nécessairement que cet objectif soit également louable. Le fait que les différences existent, voire qu'elles soient reconnues par le droit de l'Union, n'empêche-t-il pas en effet la citoyenneté de l'Union de se réaliser ? Et cela ne rend-il pas nécessaire, dans un futur plus ou moins proche, d'abandonner cette diversité nationale afin d'avoir un espace au sein duquel les personnes pourront circuler sans avoir à se soucier des conséquences de leurs déplacements sur leur statut familial ? La question est posée, et revient même avec une certaine récurrence. Nous pensons cependant que l'affirmation de l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux n'est pas une contrainte découlant d'un état de fait, mais est une nécessité qui se recommandant de considérations qui lui donnent une pertinence politique déterminante pour la construction du droit de la famille de l'Union européenne. Il nous reste donc à tenter de démontrer en quoi l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux répond à des impératifs politiques particulièrement importants pour le droit de la famille de l'Union européenne.

Chapitre 2 Le maintien de la diversité : une nécessité

514. Malgré la reconnaissance de l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux par les textes, la tentation d'une unification toujours plus grande reste indéniablement présente dans le chef des instances européennes¹⁹¹⁵. Pourtant, l'unification et l'harmonisation doivent être rejetées et l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux affirmé avec force¹⁹¹⁶. Les tentatives d'unification européenne qui ont déjà eu lieu montrent en effet de façon empirique qu'en l'état actuel de l'organisation politique et institutionnelle de l'Europe, une telle entreprise est impossible (I). Ensuite, même à supposer

¹⁹¹⁵ L'on a ainsi souvent l'impression que l'absence d'unification ou d'harmonisation des législations nationales en matière de droit de la famille n'est qu'un pis aller, comme si l'absence de diversité devait entraîner nécessairement une uniformisation européenne. La coordination par le droit international privé ne serait qu'une solution suboptimale à laquelle il faut recourir lorsque l'harmonisation n'est politiquement pas possible, sans se demander si elle n'est pas en elle-même préférable. L'on peut ainsi lire que les « diversités [entre législations nationales], notamment en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, les obligations alimentaires et les gardes d'enfants communs ont amené le législateur communautaire, non pas à unifier ou à harmoniser ses différentes législations nationales Etats membres, mais, pour le moins, à en assurer la coordination par des instruments de droit international privé communautaire », Ludovic BERNARDEAU, « Citoyenneté et droit communautaire », in *Droit privé européen : l'unité dans la diversité ; Convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, édité par Christian BALDUS et Peter-Christiant MÜLLER-GRAFF, Sellier, Munich, 2011, p. 283 à 296, spéc. p. 287-288.

que l'unification soit politiquement possible, elle n'en est pas moins totalement inutile pour atteindre l'objectif que poursuit le droit de l'Union européenne en matière familiale, c'est-à-dire celui du respect de l'unité du statut familial. Cet objectif n'a en effet pas besoin de s'appuyer sur une uniformisation du droit de la famille en Europe pour être réalisé (II). La troisième raison découle de l'importance que revêt le respect de la diversité des identités et systèmes juridiques nationaux au regard de la compréhension du projet politique inhérent à la construction européenne, et qui serait gravement altéré si l'on devait procéder à une unification européenne du droit de la famille (III).

I L'impossibilité d'une unification du droit de la famille

515. L'éventualité d'une unification internationale du droit, y compris du droit de la famille, est un sujet récurrent de la science juridique. Des exemples d'études d'envergure peuvent être trouvés tout au long du XXe siècle, pour ne se limiter qu'à la doctrine de cette époque. Pourtant les tentatives d'unification internationale du droit de la famille matériel se sont jusqu'ici toujours soldées par des échecs (A). Il est alors nécessaire de mettre en exergue les raisons de ces échecs, à notre sens, dans l'inévitable dimension nationale du droit de la famille (B).

A Les échecs des tentatives d'unification internationale

516. Les échecs d'unification internationale se révèlent en premier lieu à l'égard des tentatives d'harmonisation officielles (1). Face à l'impossibilité de faire aboutir une unification par le biais de conventions internationales, une partie de la doctrine du droit de la famille a alors cru nécessaire ou utile de proposer les moyens d'aboutir à une unification par d'autres moyens, et notamment l'élaboration de principes européens communs d'origine doctrinale. Ces tentatives d'unification officieuses relèvent d'une démarche qui révèle leur caractère inabouti et idéologique. Leurs échecs sont donc à saluer (2).

¹⁹¹⁶ Voy. le débat sur notions d'unification et d'harmonisation. Nous les tiendrons pour équivalentes, les instances communautaires n'en faisant pas véritablement la différence, l'harmonisation devant bien souvent à leurs yeux entraîner nécessairement une unification.

1 Les tentatives officielles

517. Un consensus européen, voire international, qui permet une certaine unification du droit de la famille a pu être trouvé dans certains domaines concernant le droit de la famille. Il en va ainsi des droits fondamentaux, pour lesquels le consensus international peut être trouvé d'autant plus facilement que les objectifs poursuivis sont louables, les moyens concrets de les atteindre laissés flous et le caractère contraignant des instruments internationaux aléatoire. La Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 et la Convention de New York relative aux droits de l'enfant sont les deux exemples les plus importants de ce type d'engagements internationaux. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est également un outil potentiellement puissant et important d'unification européenne du droit de la famille. Nous avons cependant déjà vu que l'unification opérée par cette convention reste en réalité très prudente, et n'est pas de nature à mener à une véritable unification du droit de la famille¹⁹¹⁷. Les unifications réalisées dans le domaine du droit international privé de la famille sont également des exemples à première vue importants d'unification internationale¹⁹¹⁸, encore que l'étude approfondie de l'apport des conventions internationales mène à la conclusion qu'« en dépit de quelques réussites ponctuelles le bilan de l'unification conventionnelle du droit international privé de la famille est [...] globalement négatif »¹⁹¹⁹. Ces dernières conventions ne sont cependant pas directement pertinentes pour l'étude d'une éventuelle unification internationale du droit de la famille, puisqu'elles ont justement pour objet de ne pas unifier le droit matériel de la famille, mais de coordonner les différences matérielles existant entre les ordres juridiques nationaux.

518. Les instruments internationaux qui nous intéressent ici sont donc ceux qui procèdent directement à une unification du droit de la famille, en ce sens qu'ils prévoient concrètement des règles communes relevant du droit de la famille, et ne se contentent pas d'affirmer des objectifs ou principes communément partagés. Ces instruments sont naturellement plus difficiles à élaborer, puisqu'il s'agit de trouver un corps de règles s'insérant de façon cohérente dans chacun des systèmes juridiques nationaux participants. La difficulté technique et politique de ce travail nécessitant de nombreuses adaptations est

¹⁹¹⁷ Cf. *supra*, n° 478 et s.

¹⁹¹⁸ Sur lesquelles voy. notamment A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009.

considérable, et explique pourquoi même des entreprises d'unification autoritaire se sont généralement gardées de procéder à une unification du droit de la famille ne tenant pas compte des particularités locales¹⁹²⁰. Cela n'empêche pas que certaines conventions ou instruments de coopération internationale ont pu aboutir dans le domaine du droit de la famille. Au niveau européen, on peut notamment penser, d'une part, en raison du nombre d'Etats participants, à la convention du Conseil de l'Europe sur les adoptions, et d'autre part, en raison du niveau d'intégration réalisée, à la coopération nordique.

519. La Convention du Conseil de l'Europe, entrée en vigueur dans dix-huit Etats, fait ainsi partie des réussites de la coopération internationale en matière de droit de la famille. Pourtant, elle illustre parfaitement la nécessité de ne pas encadrer trop strictement le droit de la famille, à défaut de quoi celui-ci risquerait de se trouver en décalage avec des besoins sociaux futurs. Le succès de cette convention ne l'a en effet pas empêché de se voir dénoncée par certains des Etats parties, au motif que la convention était devenue inadaptée. Ces dénonciations sont déjà un constat d'échec de l'unification, ainsi mise à néant. Mais un élément relevant du fond est encore plus révélateur de la véritable impossibilité d'unification illustrée par cet exemple. La convention de Strasbourg du 24 avril 1967 prévoyait en effet en son article 6 que « la législation ne peut permettre l'adoption d'un enfant que par deux personnes unies en mariage, qu'elles adoptent simultanément ou successivement, ou par un seul adoptant »¹⁹²¹. Or cette disposition a été considérée par de nombreux Etats participants comme portant atteinte au droit des couples non-mariés, et notamment homosexuels, d'adopter, car ceux-ci se trouvaient de fait dans l'impossibilité d'adopter ensemble l'enfant¹⁹²². La seule solution face à cette situation était de réviser le traité, ce qui fut fait par la convention européenne en matière d'adoption des enfants de Strasbourg du 27 novembre 2008. La disposition incriminée a donc été remplacée par l'article 7 relatif aux « conditions de l'adoption » de la convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) de

¹⁹¹⁹ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, coll. RCADI, Leyde, 1994, p. 226 ; voyez également notamment le chapitre III sur « les limites de l'unification », pp. 184 à 225.

¹⁹²⁰ Que l'on pense à l'entreprise unificatrice napoléonienne ou colonisatrice, à chaque fois le droit de la famille fût épargné de l'unification imposée.

¹⁹²¹ § 1

¹⁹²² D'autant plus qu'il est évident qu'au moment de la conclusion de la convention, la notion de mariage devait être entendu comme une union entre personnes de sexe différent, et qu'en vertu des principes classiques d'interprétation des traités internationaux, l'interprétation admise au moment de la signature du traité est maintenue en cas de changement ultérieur du contexte juridique (voy. le traité de Vienne et la jurisprudence de la Cour internationale de justice), ce qui impliquerait donc une impossibilité radicale pour les couples homosexuels, furent-ils mariés, d'adopter.

Strasbourg du 27 novembre 2008, qui prévoit en son paragraphe 1^{er} que « la législation permet l'adoption d'un enfant par deux personnes de sexe différent qui sont mariées ensemble ou, lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré [ou] par une seule personne » tout en affirmant en son paragraphe 2nd que « les Etats ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable ». L'évolution est caractéristique, parce que l'on passe d'un cadre normatif strict et rigide à un cadre souple, qui doit permettre les adaptations sociales nécessaires, mais qui est en même temps tellement souple que l'on peut se demander s'il lui est encore une normativité propre. Dans le cadre de la convention de 1967, on était en effet en présence d'une véritable règle, prévoyant que seuls les couples mariés ou les personnes seules pouvaient adopter, en sorte que l'on pouvait parler d'une unification du droit de la famille en ce domaine. Avec la convention de 2008, et la reconnaissance pour les Etats de procéder unilatéralement à une extension du champ des personnes susceptibles d'adopter, on perd ce caractère unificateur. Au lieu d'imposer une solution commune à l'ensemble des Etats participants, on leur reconnaît la possibilité d'adapter à leur guise la convention à leurs exigences nationales. Où l'on voit que l'on est aux antipodes de l'unification, car ce qui est reconnu de façon uniforme n'est pas une solution substantielle donnée, mais la possibilité pour les Etats participants d'adopter la règle la plus adaptée à leur contexte juridique national. Ce tour de passe-passe était nécessaire pour permettre aux Etats ayant ratifié la convention de 1967 de s'en défaire plus facilement. Il illustre parfaitement l'irréductible impossibilité de procéder durablement à une unification internationale du droit de la famille.

520. Le second exemple a trait à l'expérience des pays nordiques¹⁹²³, nommément les institutions du Congrès des juristes nordiques créé en 1872, puis du Conseil nordique créé en 1952 et du Conseil nordique des ministres en 1971¹⁹²⁴. Mais même si « l'expérience des Pays Nordiques est tout à fait remarquable »¹⁹²⁵ tant elle a pu entraîner une intégration

¹⁹²³ A savoir le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, ainsi que les territoires autonomes des Îles Féroé, du Groenland et d'Åland. Les pays baltes, c'est-à-dire l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie, ayant le statut de pays observateur, l'Estonie ayant candidaté en vue de son adhésion.

¹⁹²⁴ Voy. sur ces points, B. ANCEL, *Théorie générale du droit comparé*, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, Paris, 2008, en ligne : <http://www.u-paris2.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils.LectureFichiergw?ID_FICHE=2849&OBJET=0017&ID_FICHER=13254>, p. 70 à 72 ; voy. égal. le site officiel du Conseil nordique (<http://www.norden.org/en>).

¹⁹²⁵ B. ANCEL, *Théorie générale du droit comparé*, préc., p. 72.

approfondie se traduisant par une véritable unification juridique¹⁹²⁶, y compris de certains aspects du droit de la famille, et parfois jusque dans les questions de détail¹⁹²⁷, cette unification s'est érodée en raison de la multiplication de législations nationales spécifiques. Les réformes législatives intervenues depuis la Seconde Guerre mondiale ont en effet conduit à un degré d'harmonisation de moins en moins approfondi¹⁹²⁸. L'adoption de nouvelles législations « progressistes », notamment par la Suède, suivie de la Finlande, a rompu l'unité de législation qui pouvait exister pendant un temps¹⁹²⁹. Pour prendre l'exemple de la Suède, les réformes législatives, notamment le nouveau Code du mariage de 1987, mais également d'autres réformes intervenues lors des années 1990 en matière d'obligations alimentaires, de responsabilité parentale et de successions, n'ont jamais été opérées de façon à respecter ou favoriser une législation nordique commune¹⁹³⁰. Tout au plus les autorités des autres pays ont été consultées ou informées dans le cadre du processus de réforme¹⁹³¹. Ce qui subsiste dès lors est un modèle nordique de droit de la famille¹⁹³², mais certainement pas un droit de la famille unifiée¹⁹³³. L'expérience des pays nordiques est ainsi un autre exemple du besoin d'adaptabilité nationale, lequel s'est révélé plus fort que le désir de forger une unité et une identité transnationale.

521. L'étude des exemples d'unification réalisée laisse ainsi surtout l'impression d'un inévitable retour des particularités nationales, qui s'impose avec autant de force que ne le ferait une véritable loi scientifique. Ce n'est d'ailleurs guère surprenant. L'absence de démocratie et de société supranationales entraîne très logiquement l'impossibilité d'un droit

¹⁹²⁶ Dont le traité d'Helsinki de 1962 du 23 mars 1962 sur la coopération entre le Danemark, la Finlande, l'Islande et la Suède fait clairement un objectif (voyez l'article 4 du traité : « The High Contracting Parties shall continue their co-operation in the field of law with the aim of attaining the greatest possible uniformity in the field of private law. », texte accessible sous : <http://www.norden.org/en/about-nordic-co-operation/agreements/treaties-and-agreements/basic-agreement/the-helsinki-treaty>).

¹⁹²⁷ Voy. succinctement Walter PINTENS, « Die Rolle der Wissenschaft bei der Europäisierung des Familienrechts », in Festschrift für Erik Jayme, Munich, Sellier, 2004, p. 1339 à 1352, spéc. p. 1346.

¹⁹²⁸ S. BLOMSTRAND, « Nordic Co-operation on Legislation in the Field of Private Law », dans Peter WAHLGREN (dir.), *International aspects*, vol. 39, coll. Scandinavian studies in law, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 2000, spéc. p. 59- 78 aux pages 69- 70.

¹⁹²⁹ Voy. succinctement Walter PINTENS, « Die Rolle der Wissenschaft bei der Europäisierung des Familienrechts », in Festschrift für Erik Jayme, Munich, Sellier, 2004, p. 1339 à 1352, spéc. p. 1346.

¹⁹³⁰ S. BLOMSTRAND, *Nordic Co-operation on Legislation in the Field of Private Law*, préc., note 1948 à la page 70.

¹⁹³¹ S. BLOMSTRAND, *Nordic Co-operation on Legislation in the Field of Private Law*, préc., note 1948.

¹⁹³² AGELL, Is there One System of Family Law in the Nordic Countries ?, Eur J L R, 2001, 313 et s. (à vérifier)

¹⁹³³ BRADLEY, « A family law for Europe ? Sovereignty, political economy and legitimation, in : BOELE-WOELKI, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, European Family Law Series n°4, Anvers/Oxford/New York, 2003, pp. 82 et ss (à vérifier).

matériel de la famille unifié au niveau supranational. On rejoint alors clairement un constat déjà fait au milieu du XXe siècle :

*« L'unité internationale de droit ne peut pas être maintenue dans le cas où d'importants changements de la vie sociale se produisent dans un des pays soumis à la loi uniforme, sans que la situation naisse dans les autres pays. La loi uniforme reste le droit juste, là où l'état des choses n'a pas changé, tandis que la loi ne correspond plus à l'évolution dans tel autre pays. Elle n'est donc plus la loi juste, et il serait indiqué, même peut-être inévitable, de renoncer à l'unité du droit, pour adapter l'ordre juridique au nouvel ordre social né dans le pays en cause. »*¹⁹³⁴

522. La sévérité du constat de l'impossibilité d'une unification européenne ou internationale du droit de la famille n'a cependant pas empêché l'approfondissement de certains efforts d'unification opérés, phénomène à la mode¹⁹³⁵, par une partie de la doctrine. Ces travaux doctrinaux peuvent être, au même titre que les conventions étatiques, une source d'unification, et il importe donc d'analyser la plus importante entreprise d'unification doctrinale du droit de la famille au sein de l'Europe, réalisée par la « commission pour le droit européen de la famille ».

2 Les tentatives officieuses

523. La tentative d'unification doctrinale la plus importante au niveau européen est sans aucun doute celle effectuée par la commission permanente pour le droit européen de la famille. Créée le 1^{er} septembre 2001 et constituée par des experts originaires de divers Etats européens, son objectif principal est « le développement des réflexions novatrices, aussi bien théoriques que pratiques, sur la question de l'harmonisation du droit de la famille en Europe »¹⁹³⁶ en vue duquel « la Commission s'attachera principalement à formuler des

¹⁹³⁴ Adolf F. SCHNITZER, *De la diversité et de l'unification du droit – Aspects juridiques et sociologiques*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bale, 1946, p. 104, et ce alors même que l'auteur souhaitait et prédisait une unification au moins partielle du droit en raison de l'homogénéisation des modes de vie et le développement des transports (*ibid.* spécialement pp. 18 et 108), qui est allée en s'approfondissant au cours de la suite du siècle.

¹⁹³⁵ Voy. en matière de droit des contrats notamment la Commission LANDO, et le groupe de von BAR.

¹⁹³⁶ « Création de la commission pour le droit européen de la famille » In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°4. Octobre-décembre. p. 973. Sur la présentation de la méthodologie de la CEFL, voyez également I. SCHWENZER, « Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law », in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 143 à 158. ; K. Boele-Woelki « Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum europäischen Familienrecht », in : A.-L. Verbeke et al. (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerp : Intersentia 2012, p. 167-186 ; M. ANTOKOLSKAIA, « The "Better Law" Approach and the Harmonisation of Family Law », in *Perspectives for*

Principes de Droit Européen de la Famille dans le but d'une harmonisation du droit de la famille en Europe »¹⁹³⁷. La commission pour le droit européen de la famille a dans ce cadre élaboré des « principes de droit européen de la famille sur le divorce et les pensions alimentaires entre époux divorcés »¹⁹³⁸, des « principes de droit européen de la famille concernant la responsabilité parentale »¹⁹³⁹ et des « principes de droit européen sur les régimes matrimoniaux »¹⁹⁴⁰. A première vue, et à titre de modèle pouvant aider la réflexion des législateurs nationaux, le travail de ce groupe d'experts peut naturellement être utile. Mais à y regarder de plus près, la démarche effectuée par la commission pour le droit européen de la famille révèle un parti pris en faveur d'une unification à tout prix qui est hautement critiquable. Lorsqu'un de ses membres fondateurs écrit que « puisque l'unification du droit international privé intervenue et à intervenir à travers plusieurs règlements dans le domaine du droit international de la famille n'aura qu'une incidence limitée sur l'intégration au sein de l'Europe, *puisque les différences subsisteront entre les ordres juridiques nationaux, il faut poursuivre de façon renforcée l'harmonisation des droits de la famille* »¹⁹⁴¹, on voit bien que tout ce qui compte pour la Commission est une harmonisation totale¹⁹⁴².

the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 159 à 182. ; site internet : <http://ceflonline.net/> ; pour une perspective américaine : T. GLENNON, « An American Perspective on the Debate over the Harmonisation or Unification of Family Law in Europe, Book Review of Perspectives on the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe », *Family Law Quarterly*, 2004, p. 209.

¹⁹³⁷ *Ibid.*

¹⁹³⁸ Accessibles sous : <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-French1.pdf>, et sur lesquels voy. K. BOELE-WOELKI, « Europeanisation of Family Law », in Katharina BOELE-WOELKI et COLLECTIF (dir.), *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, coll. European family law series, n°7, Intersentia, Antwerp etc., 2004 spéc. Vol I, p. 3 à 32.

¹⁹³⁹ Accessibles sous : <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-French.pdf>, et sur lesquels, voy. notamment *European Family Law in Action. Volume III : Parental Responsibilities*, K. Boele-Woelki, B. Braat and I. Curry-Sumner (eds.).

¹⁹⁴⁰ Katharina BOELE-WOELKI, Frédérique FERRAND, Cristina GONZALEZ-BEILFUSS, Maarit JÄNTERÄ-JAREBORG, Nigel LOWE, Dieter MARTINY et Walter PINTENS (dir.), *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, coll. European family law series, n°33, Intersentia, Cambridge etc., 2013 ; et les contributions ayant accompagné la conférence lors de laquelle les principes ont été présentés, Katharina BOELE-WOELKI, Nina DETHLOFF et Werner GEPHART (dir.), *Family law and culture in Europe : developments, challenges and opportunities*, coll. European family law series, n°35, Cambridge, 2014.

¹⁹⁴¹ K. Boele-Woelki, « Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum europäischen Familienrecht », in : A.-L. Verbeke et al. (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerp : Intersentia 2012, p. 167-186, spécialement pp. 174 à 175 (« Da die Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts, die im Bereich des internationalen Familienrechts mit mehreren Verordnungen stattgefunden hat und noch stattfinden wird, nur begrenzte Auswirkungen auf die Integration in Europa hat, weil die Unterschiede in den nationalen Rechtsordnungen bestehen bleiben, sollte die Angleichung der Familienrechte stärker vorangetrieben werden »), c'est nous qui traduisons et soulignons.

¹⁹⁴² Autour de l'idée notamment qu'il faut imposer la « meilleure loi » ; sur ce point, voy. not. Katharina BOELE-WOELKI (dir.), *Common core and better law in European family law*, coll. European family law series, n°10, Intersentia, Antwerp etc., 2005.

524. Rien d'étonnant dès lors que dans le sillage des travaux de la commission pour le droit européen de la famille, on réclame une « déclaration de principe constatant les avantages pratiques de l'harmonisation face aux inconvénients manifestes de la diversité de lois existant au sein de l'Union »¹⁹⁴³. L'objectif principal est en effet la « création d'un corps de Principes de droit européen de la famille qui est censé être le mieux à même de permettre l'harmonisation du droit de la famille en Europe »¹⁹⁴⁴, corps de principes qui, de façon révélatrice, a vocation à « remplacer les droits nationaux »¹⁹⁴⁵. On voit donc bien qu'il s'agit de remplacer la diversité des lois nationales par un corps de règles uniformes, non d'inciter le législateur national à la réflexion en posant des principes directeurs ! Les principes de la Commission ne doivent donc pas se contenter de reprendre les droits de la famille en Europe, mais « contribuer à l'émergence d'un véritable droit de la famille européen »¹⁹⁴⁶. L'harmonisation du droit de la famille est « souhaitable, en vue de réaliser une véritable libre circulation des personnes, et [en vue de promouvoir] l'identité européenne et un espace judiciaire unique efficace »¹⁹⁴⁷. La commission pour le droit européen de la famille n'a assurément pas le sentiment que l'uniformisation qu'elle promeut est en réalité une négation du projet européen et que cette uniformisation est profondément néfaste pour la construction d'un droit européen de la famille. Et pour cause, puisque pour elle l'existence de différences entre droits nationaux de la famille constitue en elle-même une entrave insupportable à la libre circulation des personnes, peu important que ces différences puissent éventuellement être coordonnées de façon à garantir cette dernière¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴³ « it would certainly also be immensely valuable to have an authoritative statement of the practical advantages of harmonisation contrasted with the manifest disadvantages of the existing wide variety of law within the Union », Stephen CRETNEY, « Breaking the Shackles of Culture and Religion in the Field of Divorce? », in *Common Core and Better Law in European Family Law*, édité par Katharina BOELE-WOELKI, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 3 à 14, spéc. p. 14.

¹⁹⁴⁴ « CEFL's main objective is the creation of a set of Principles of European Family Law that are thought to be the most suitable for the harmonization of family law in Europe », Katherina BOELE-WOELKI, « The Working Method of the Commission on European Family Law », in *Common Core and Better Law in European Family Law*, édité par Katharina BOELE-WOELKI, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 15 à 38, spéc. p. 15.

¹⁹⁴⁵ « The question should be raised whether the CEFL has already paid attention to the changes which the Principles would bring to the national laws they are designed to replace » (*ibid.*, spéc. p. 36).

¹⁹⁴⁶ « The CEFL Principles do not only restate the family laws in Europe but contribute to the coming into existence of a factual European family law » (*ibid.*, spéc. p. 37).

¹⁹⁴⁷ « Die Kommissionsmitglieder sind der Überzeugung, dass eine gewisse Harmonisierung des Familienrechts wünschenswert ist, um einen wirklich freien Personenverkehr zu realisieren, und dass diese Harmonisierung die europäische Identität und einen effizienten einheitlichen Rechtsraum fördern wird » Walter PINTENS, « Die Rolle der Wissenschaft bei der Europäisierung des Familienrechts », in *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier, 2004, p. 1339 à 1352, spéc. p. 1346.

¹⁹⁴⁸ Voy. les préambules de chaque corps de principes, par lesquels la commission « reconnaît que la libre circulation des personnes en Europe est entravée par les différences qui demeurent » ; voy. également K. Boele-Woelki « Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum europäischen Familienrecht », in : A.-L. Verbeke et al. (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerp : Intersentia 2012, p. 167-186, spéc. p. 175.

525. Le caractère hautement critiquable d'un travail d'unification opéré dans des officines d'experts qui prétendent substituer leur travail à celui résultant des processus législatifs des divers Etats européens est renforcé par la valeur relative des résultats auxquels la Commission aboutit au terme d'un processus d'évaluation nécessairement subjectif, et qui révèle à lui seul les dangers d'une européanisation du droit de la famille quant au caractère nécessairement démocratique du droit de la famille. La Commission assume d'ailleurs la subjectivité de son entreprise, tout en minorant son importance¹⁹⁴⁹. Et la critique adressée à celui qui n'adhérerait pas à son approche uniformisatrice est trouvée d'avance, puisqu'une telle personne se rendrait coupable de ne pas « penser dans une perspective européenne »¹⁹⁵⁰. On voit donc clairement que ces principes européens de droit de la famille auto-proclamés s'inscrivent dans une approche idéologique dont le cœur est l'harmonisation comme fin en soi des droits de la famille nationaux en Europe. Ce caractère idéologique est par ailleurs renforcé par un autre aspect, plus surprenant. L'harmonisation autour d'un noyau commun de valeurs n'est en effet plus jugée souhaitable lorsque, pour quelque raison que ce soit, ce noyau commun est considéré comme inadapté. Pour éviter d'être accusés d'« étroitesse d'esprit », les auteurs des principes ont en effet jugé nécessaires de s'éloigner du noyau commun pour promouvoir l'harmonisation autour de règles différentes, prétendument « meilleures », de ce noyau commun¹⁹⁵¹. Il n'est guère surprenant que ces « meilleures » règles sont l'expression de l'exaltation de l'individualisme égoïste au détriment de solidarités familiales jugées pourtant nécessaires par une majorité d'Etats européens¹⁹⁵². La question de la légitimité du groupe d'experts pour prôner ainsi une solution différente d'une majorité, voire d'un consensus, entre Etats européens n'en devient que plus évidente.

526. Un autre aspect est cependant encore plus important. Si la commission pour le droit européen de la famille a cru bon de s'écarter parfois des règles familiales du noyau

¹⁹⁴⁹ « In the final drafting of the Principles an assessment of these values [inherent in every legal order] (an evaluation) has to take place. Apparently, there is no universally accepted hierarchy of values, and thus no objective standard for the evaluation. Some degree of subjectivity in the evaluation process can not be avoided, but does this really matter? », (Katherina BOEL-WOELKI, « The Working Method of the Commission on European Family Law », préc., spéc. p. 31)

¹⁹⁵⁰ « Sometimes, it was difficult to distance oneself from one's own legal background and to find a balance between, on the one hand, feeling responsible for or representing national solutions and, on the other, thinking from a European perspective » ; *ibid.* spéc. p. 36.

¹⁹⁵¹ « If it was possible to elaborate a common core for a significant majority of legal systems, we could have followed this solution. However, should we take it for granted that this common core reflects the best solution? Certainly not. We would have been accused of short-sightedness if we had not evaluated the common solutions. » ; *ibid.* spéc. p. 31-32

¹⁹⁵² Majorité qui existe de l'aveu même du groupe, puisqu'en cas de majorité, il aurait pu harmoniser sur le fondement d'un « consensus » sans devoir favoriser la « meilleure » loi qui n'est pas encore majoritaire...

européen commun, c'est qu'elle a estimé nécessaire de refléter ou d'anticiper, voire de préparer, l'évolution sociale en matière familiale. Si elle l'a fait, c'est qu'elle estime qu'il faut garder un certain dynamisme en matière de législation familiale. Or qu'advient-il de ce dynamisme garantissant un droit de la famille adapté aux mœurs des destinataires lorsque le jugement de valeur sur la « meilleure loi » n'est plus apporté par le peuple ou la nation, mais par des groupes de « pseudo-experts » plus ou moins institutionnalisés, imposant une solution harmonisée et uniforme à l'ensemble des pays européens ? La réponse à cette question ne date pas d'aujourd'hui. Mancini l'avait déjà formulée en 1874 en des termes toujours actuels et dont l'éloquence est inégalable :

*« Et si, par un prodige, on pouvait obtenir ou imposer [un accord sur une codification complète et universelle du droit civil], il constituerait la plus manifeste offense aux lois nécessaires de la nature humaine, la violence la plus flagrante, l'injustice la plus évidente. »*¹⁹⁵³

527. Et plus spécialement au sujet du continent européen :

*« supposons l'Europe soumise à un Code unique [...], il est évident que si cette immense et majestueuse unité était permanente et durable, et ne devait pas se dissoudre à la première difficulté, pour se réduire à un fait passager et éphémère, il deviendrait impossible d'y introduire la moindre modification sans le consentement de tous les Etats contractants [...]. Si l'on demandait même l'assentiment de la seule majorité des Etats [...], l'indépendance législative serait enchaînée et détruite, et l'on aurait élevé un nouvel et formidable obstacle aux progrès de la civilisation, qui sont presque toujours le fruit de réformes introduites dans les législations existantes. »*¹⁹⁵⁴

528. La commission pour le droit européen de la famille est ainsi l'illustration de tout ce qu'il ne faut pas faire. Son approche s'appuyant sur l'harmonisation et l'uniformisation du droit de la famille ne doit donc nullement guider ou influencer le législateur européen en vue de l'élaboration du droit de la famille de l'Union européenne. Ce qui importe en réalité est la compatibilité entre législations familiales. Or celle-ci implique une ouverture d'esprit à l'égard de solutions différentes également acceptables, qui fait

¹⁹⁵³ P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87, spéc. p. 226.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.* Mancini continue :

« Disons-le franchement : [...] aurait-on substitué à la législation protectionniste le libre échange, ou aboli la peine de mort dans plusieurs pays, si l'on avait empêché quelque nation de l'Europe de faire à ses risques et périls l'expérience des effets de telle ou telle réforme au sein de la société, encourageant par le succès de son exemple les autres à l'imiter, et s'il eût été absolument nécessaire d'obtenir pour cela l'adhésion simultanée et le consentement de tous les peuples civilisés ? »

justement défaut aux méthodes d'harmonisation ou d'unification postulant la supériorité de la « meilleure loi » à imposer à l'encontre de la diversité constituée par les « mauvaises » ou « moins bonnes » lois. Le mérite des principes de la commission pour le droit européen de la famille est d'avoir justement mis en exergue ce caractère idéologique et inadapté d'un droit de la famille européen harmonisé ou uniformisé. Il appartient désormais à l'Union européenne de ne pas suivre cette même démarche idéologique. Cet écueil devrait pouvoir être évité par l'Union européenne d'autant plus aisément que l'unification du droit de la famille n'est pas nécessaire pour permettre à l'Union européenne de concevoir un droit européen de la famille. L'Union européenne doit au contraire prendre toute la mesure de la dimension nécessairement nationale du droit de la famille.

B L'inévitable ancrage national du droit de la famille

529. Face aux échecs des unifications internationales, de source officielle ou officieuse, le caractère *a priori* insurmontable de la dimension nationale du droit de la famille se pose d'abord comme un fait. Mais ce constat n'explique pas le phénomène. Il est évidemment impossible de vouloir rechercher ici les causes des différences culturelles, dont l'étude relève d'autres branches scientifiques¹⁹⁵⁵. Ce qui doit cependant intéresser le travail de recherche juridique est la question de savoir pourquoi ces différences culturelles se traduisent également par des différences juridiques très marquées, au point qu'elles se révèlent irréductibles à une véritable unification entre plusieurs Etats. La première raison de ces différences réside dans la sensibilité sociale¹⁹⁵⁶, et partant politique, des questions relevant du droit de la famille (1). A cette dimension s'ajoute cependant encore une seconde, tout autant déterminante. Le droit de la famille a en effet une indéniable dimension démocratique, liée à cette dimension sociale. Comme les démocraties en Europe s'appuient sur des espaces publics et des institutions concrétisés au niveau des Etats-nations, remettre en cause la possibilité pour les Etats de façonner leur droit de la famille constituerait un véritable déni de démocratie. La reconnaissance de cette dimension démocratique renforce donc de façon fondamentale l'ancrage national du droit de la famille (2).

¹⁹⁵⁵ Notamment de la sociologie et de l'anthropologie.

¹⁹⁵⁶ Cette sensibilité sociale s'exprime au niveau national, qui est dans le contexte européen celui de l'Etat-nation. C'est en effet au niveau national que les sociétés atteignent une cohésion suffisante pour exprimer une opinion partagée ou majoritaire s'imposant à tous les membres de la société. Cela confère une dimension nationale au droit de la famille qui est essentielle

1 La dimension sociale et politique du droit de la famille

530. Le droit de la famille est un droit extrêmement influencé par des considérations sociales et culturelles. Cela commence avec les objectifs généraux que poursuit le droit de la famille et qui oscillent entre la réalisation du bonheur individuel de chaque membre de la famille et la satisfaction des besoins sociaux assumés par les familles. Mais il s'agit là d'objectifs tellement vagues que l'on peut encore à la rigueur se mettre d'accord sur leur consécration¹⁹⁵⁷. La manière dont il faut concrètement traduire ces objectifs généraux est cependant une question autrement plus délicate¹⁹⁵⁸. La subjectivité des réponses possibles et apportées entraîne une diversité très grande en fonction des objectifs que le corps social décide de faire prévaloir, en sorte que l'on peut à juste titre considérer que « le droit de la famille est le miroir de la société qui le produit »¹⁹⁵⁹. Mais ce travail d'adaptation qui doit faire correspondre le droit de la famille aux jugements de valeurs de la société à laquelle il s'applique demande à l'évidence un processus long, où il faut trouver un consensus, et qui est fonction de nombreux paramètres non-juridiques. Dès lors, s'impose le constat que « le droit de la famille, que ce soit en droit matériel ou en droit international privé, est profondément ancré dans le contexte social, culturel et économique de chaque région du monde, voire de chaque Etat »¹⁹⁶⁰. Porter un jugement de valeur sur les choix opérés par une société en matière de droit de la famille est un travail complexe. Il faut en effet veiller à ne pas verser dans l'écueil consistant à « [prôner] sous le couvert du respect de l'identité culturelle, un relativisme généralisé [...] conduisant à une sclérose des systèmes juridiques traditionnels »¹⁹⁶¹. En même temps, « le respect des différences, des particularismes européens ne doit pas être "survalorisé" et déterminer une diminution de l'exercice des libertés, des droits fondamentaux »¹⁹⁶². Cela signifie qu'il faut reconnaître le statut particulier

¹⁹⁵⁷ Topique à cet égard est évidemment le recours systématique à l'« intérêt supérieur de l'enfant ».

¹⁹⁵⁸ Pour ne donner que quelques-unes des interrogations soulevées : Comment définir ce que l'on entend par la recherche du bonheur ? faut-il garantir la paix des familles ? la stabilité des relations familiales ? assurer à l'individu ou au groupe une place prépondérante ? où est l'intérêt des enfants ? quelle part reconnaître à la nécessité de respecter les besoins de la société ou des autres membres de la famille ?

¹⁹⁵⁹ P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, 4e édition, Répertoire Defrénois, Paris, 2011, n° 54.

¹⁹⁶⁰ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009, spéc. p. 19.

¹⁹⁶¹ Pierre GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in : *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, Paris, 1999, pp. 431 à 440, spéc. p. 440. Se référant également à Sélim ABOU, *Culture et droits de l'homme*, Hachette, 1992, p. 66 ; et Etienne LE ROY, « Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels », in : *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Aupelf, UREF, 1994, p. 59 et s., cf. également *supra*.

¹⁹⁶² *Ibid.*, spéc. p. 439.

occupé par le droit de la famille résultant du fait que ce dernier implique des arbitrages tellement délicats sur des questions où il n'y a pas de réponse certaine qu'une part de subjectivité est inévitable.

531. Et c'est là une différence fondamentale avec les objectifs économiques poursuivis par d'autres branches du droit. On peut en effet savoir quand une règle permet le développement économique, ou quand elle y est contraire. Ces droits-là peuvent donc avoir théoriquement une certaine objectivité, même si celle-ci peut ensuite être sujette à discussions en raison des difficultés à la déterminer. Le droit de la famille cependant est par définition subjectif, et soumis à des variations considérables d'une société à une autre, d'une époque à une autre. Les développements récents en Europe soulignent par ailleurs cette impossibilité de figer le droit de la famille une fois pour toutes : les problématiques des mariages homosexuels, des partenariats civils, du divorce, de l'adoption, de l'égalité des droits entre enfants, des moyens de procréation médicalement assistée, y compris le recours aux gestations pour autrui, sont autant de domaines où les droits des Etats européens se développent de façon confuse, tantôt contradictoire, tantôt dans une même direction, mais par des chemins très divers. La place qu'occupe le droit de la famille pour les sociétés contemporaines est dès lors ailleurs que dans la recherche d'une vérité objectivement constatable ou d'un objectif objectivement atteignable. La famille est un « élément constitutif de la structure sociale de l'Etat »¹⁹⁶³ et « s'interroger sur la famille c'est s'interroger sur le fondement de l'ordre social »¹⁹⁶⁴. Le droit de la famille est dès lors un pilier de l'ordre juridique, non seulement parce que l'ordre juridique doit s'appuyer sur un modèle familial qui assure l'éducation de ses citoyens, mais aussi parce qu'il est une des branches du droit les plus importantes pour faire correspondre le droit aux besoins de la société¹⁹⁶⁵. Le législateur européen a conscience de cette fonction fondamentale assumée par la famille et le droit de la famille lorsqu'il affirme par l'article 33 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que « la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social »¹⁹⁶⁶.

¹⁹⁶³ A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, coll. RCADI, n°283, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2000, p. 94.

¹⁹⁶⁴ Rémi LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Le Seuil, Paris, 2003, p. 483.

¹⁹⁶⁵ Ce qui permet également de garantir ainsi l'adhésion des destinataires des règles au droit institué pour eux.

¹⁹⁶⁶ Voy. égal. l'article 33 de la Charte (« Vie familiale et vie professionnelle »), § 1er,

532. Face à l'impossibilité de déterminer abstraitement le contenu souhaitable du droit de la famille et l'importance du droit de la famille pour les structures sociales de l'Etat, la question se pose donc de savoir à quel niveau et comment doit être défini le droit de la famille, et éventuellement le droit européen de la famille. L'analyse des textes fondateurs des droits fondamentaux dont on fait pourtant la source principale d'unification européenne du droit de la famille est à cet égard édifiante. L'enracinement national des droits fondamentaux est en effet frappant. Le droit au respect de la vie familiale peut être limité par des considérations permettant une ingérence de l'autorité publique, notamment en vue de la protection de la morale, ou de la protection des droits et libertés d'autrui¹⁹⁶⁷, tandis que le droit au mariage est reconnu « selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »¹⁹⁶⁸. Le même constat s'applique pour la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont l'appréciation relève de chaque Etat. Cela montre que l'on a conscience des risques du recours aux droits fondamentaux, et de la nécessité d'asseoir ces droits fondamentaux dans les différents droits nationaux. Cette prudence est heureuse, puisqu'elle permet de tenir compte du fait que le droit de la famille dépend d'une conception de la famille intimement liée à la société, ce qui implique que l'antériorité des ordres juridiques nationaux se manifeste notamment et de façon particulièrement forte dans le droit de la famille. Cette dimension sociale est illustrée à merveille par les unifications internationales passées qui, face à l'absence de constitution d'une société unique, n'ont jamais su se maintenir dans le temps, en raison des différences d'interprétation et d'évolution législative dues au besoin d'adaptation du droit de la famille à chaque société nationale. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme laisse également une grande place à la marge d'appréciation des autorités nationales.

533. Se poser la question du droit européen de la famille soulève alors des difficultés qui peuvent paraître de prime abord insurmontables. Le droit de la famille comporte en effet une dimension sociale et politique tellement importante qu'il n'est pas concevable de l'élaborer à un niveau qui ne garantit pas sa dimension démocratique. En raison du déficit démocratique de l'Union européenne dont résulte que la démocratie s'exprime d'abord et surtout au niveau des Etats membres, il y a là un évident renforcement de la dimension nationale du droit de la famille.

¹⁹⁶⁷ Article 8 Conv. EDH

¹⁹⁶⁸ Article 12 Conv. EDH, 9 Charte

2 La dimension démocratique du droit de la famille

534. La dimension nécessairement démocratique du droit de la famille se présente sous un double aspect. Premièrement, puisque le droit de la famille est un droit très variable et subjectif, le seul moyen de pouvoir adopter des points de vue « objectifs », des « vérités sociales », est de procéder de façon démocratique, c'est-à-dire en laissant les instances représentatives, ou le peuple lui-même, décider des objectifs à atteindre en matière de droit de la famille et des moyens d'y parvenir. Deuxièmement, procéder par voie démocratique permet aussi de s'assurer, au moins dans une certaine mesure, que les citoyens s'identifieront encore au droit de la famille qui leur est applicable. C'est là en effet une condition indispensable pour que ce droit puisse être effectif, à un moment où on érige de plus en plus l'effectivité du droit en dogme absolu¹⁹⁶⁹.

535. Or, sous ces deux aspects, l'Union européenne n'a pas réussi pour le moment à créer le cadre qui puisse remplir ce double rôle. L'importante décision du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur la ratification du traité de Lisbonne mérite de ce point de vue d'être relevée¹⁹⁷⁰. Le *Bundesverfassungsgericht* y affirme en effet que « l'unification de l'Europe sur la base d'une union conventionnelle d'Etats souverains régie par des traités ne saurait être réalisée de manière telle qu'il ne resterait plus dans les Etats membres de marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale. Ceci vaut notamment pour les matières qui marquent les conditions de vie des citoyens, notamment leur espace privé – protégé par les droits fondamentaux – de sécurité personnelle et sociale et dans lequel ils mènent leur vie sous leur propre responsabilité. Ceci vaut également pour les décisions politiques dont la prise nécessite de manière particulière la compréhension préalable d'aspects culturels, historiques ou linguistiques particuliers et qui, dans un espace marqué par le régime parlementaire et par les partis politiques, se développent de manière discursive face

¹⁹⁶⁹ Notamment dans les débats sur la légitimité du droit (reposant de plus en plus sur l'effectivité, et de moins en moins son caractère démocratique ou la justice).

¹⁹⁷⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), (traduction en français disponible sous : http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html). Sans oublier que les jurisprudences constitutionnelles de nombreux autres pays européens vont dans le même sens, voy. à titre d'exemple décision en Pologne : Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, *Revue trimestrielle de droit européen* 2011 p. 500 (Traité de Lisbonne ; constitutionnalité ; transferts de compétences ; souveraineté ; primauté de la Constitution polonaise sur le droit de l'Union européenne ; identité des valeurs constitutionnelles polonaises et des principes fondamentaux de l'Union européenne ; procédures de révision des traités ; parlements nationaux), *Trybunał Konstytucyjny* (Tribunal constitutionnel de la République de Pologne), 24 novembre 2010, K 32/09 ; http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_32_09_EN.pdf (version anglaise de la décision).

au public politique »¹⁹⁷¹. Autrement dit, l'unification européenne ne doit pas être réalisée de telle manière qu'il ne reste plus aux Etats membres la marge de manœuvre suffisante pour élaborer par leur propres choix politiques les conditions de vie économiques, culturelles et sociales de leurs citoyens, tout en sachant que cela vaut particulièrement pour les domaines qui marquent les conditions de vie des citoyens et les décisions politiques qui sont particulièrement dépendantes de considérations culturelles, historiques et linguistiques¹⁹⁷².

536. Le droit de la famille fait à l'évidence partie de ces domaines des conditions de vie qui sont fonction de facteurs culturels et historiques et dont l'espace doit être laissé aux Etats membres. Le Tribunal précise bien que « font également partie de ces domaines [essentiels d'action démocratique] des questions culturelles comme [...] la réglementation relative à la famille »¹⁹⁷³. Cela signifie, et c'est là le point essentiel de la décision du Tribunal, que l'Union européenne ne propose pas un cadre qui permette d'élaborer de façon satisfaisante le droit de la famille. Le lien qui existe entre les citoyens et l'Union européenne reste pour le moment trop distendu, et même à supposer que le fonctionnement de l'Union européenne soit en lui-même démocratique, il ne garantit pas pour autant que le droit soit aussi élaboré de façon démocratique, c'est-à-dire dans un lien qui l'unit directement aux destinataires. L'Union européenne souffre en effet de son manque de légitimité inhérent à sa qualité d'institution internationale dérivée¹⁹⁷⁴. Or, pour reprendre la formule du Tribunal de Karlsruhe, « l'autodétermination démocratique dépend de manière notable de la possibilité de se réaliser dans son propre espace culturel, lorsqu'il s'agit d'adopter des décisions comme

¹⁹⁷¹ N° 3 des considérations principales.

¹⁹⁷² La Cour précisant au para. 249 que :

« Font entre autres partie des domaines essentiels d'action démocratique le régime de la nationalité, le monopole de la force civile et de la force militaire, les recettes et les dépenses, y compris le recours à l'emprunt, ainsi que les restrictions les plus importantes dans le cadre de la réalisation des droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les restrictions les plus intenses comme la privation de la liberté prononcée par la justice pénale ou dans le cadre d'un internement. Font également partie de ces domaines matériels d'importance des questions culturelles comme l'utilisation de la langue, la réglementation relative à la famille et à l'éducation, le régime de la liberté d'opinion, de la liberté de la presse et de la liberté de réunion, ou encore l'approche relative aux convictions religieuses ou philosophiques. »

¹⁹⁷³ Au point 249 de la décision, qui reprend la citation principale déjà effectuée, et qui la précise, le passage intégral de cette suite se lisant comme suit : « Font entre autres partie des domaines essentiels d'action démocratique le régime de la nationalité, le monopole de la force civile et de la force militaire, les recettes et les dépenses, y compris le recours à l'emprunt, ainsi que les restrictions les plus importantes dans le cadre de la réalisation des droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les restrictions les plus intenses comme la privation de la liberté prononcée par la justice pénale ou dans le cadre d'un internement. Font également partie de ces domaines matériels d'importance des questions culturelles comme l'utilisation de la langue, la réglementation relative à la famille et à l'éducation, le régime de la liberté d'opinion, de la liberté de la presse et de la liberté de réunion, ou encore l'approche relative aux convictions religieuses ou philosophiques ».

¹⁹⁷⁴ Voy. sur ce point not. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Éd. du Seuil, Paris, 2008.

celles prises [...] en matière du droit de la famille [...]. Les actions que l'Union européenne peut déjà exercer dans ces domaines concernent la société à un niveau qui relève de la responsabilité primaire des Etats membres et de leurs subdivisions. [...] La réglementation [du] régime des rapports familiaux [touche] de manière particulière à des convictions et des valeurs développées, qui sont ancrées dans des traditions et des expériences historiques propres à chaque Etat. Ici, l'autodétermination démocratique exige que la communauté politique concernée, unie par de telles traditions et valeurs, demeure le sujet d'une source de légitimité démocratique »¹⁹⁷⁵. En l'absence de constitution directement adoptée par le peuple européen, l'Union européenne ne peut pas prétendre légiférer de façon démocratique à destination d'un peuple européen dont l'existence n'est attestée par aucun acte fondateur légitimant¹⁹⁷⁶. Pour le droit de la famille, cela signifie donc que l'Union européenne doit accepter le fait que le droit de la famille est adopté au niveau national, le seul qui dispose de la légitimité démocratique nécessaire, et que l'Union européenne n'a ni la compétence¹⁹⁷⁷, ni la légitimité¹⁹⁷⁸ pour le faire.

537. Nous avons eu l'occasion de constater empiriquement le caractère inadapté d'un droit européen de la famille uniformisée¹⁹⁷⁹. L'ouverture des conditions de fond du mariage, pour permettre les mariages entre personnes de même sexe, alors que pendant très longtemps de tels mariages étaient totalement inconcevables, prouve la nécessité de permettre aux sociétés nationales d'adapter leur droit de la famille à leurs besoins et aspirations. Un

¹⁹⁷⁵ Point 260 de la décision, qui se lit intégralement comme suite : « l'autodétermination démocratique dépend de manière notable de la possibilité de se réaliser dans son propre espace culturel, lorsqu'il s'agit d'adopter des décisions comme celles prises en ce qui concerne le système scolaire et celui de l'éducation nationale, en matière du droit de la famille, dans le domaine de la langue, dans certains domaines du régime des médias, ou encore en ce qui concerne le statut des églises, des communautés religieuses et des communautés philosophiques. Les actions que l'Union européenne peut déjà exercer dans ces domaines concernent la société à un niveau qui relève de la responsabilité primaire des Etats membres et de leurs subdivisions. La fixation du programme des cours et du contenu de l'enseignement, ainsi que par exemple la détermination de l'organisation d'un système scolaire structuré sont des décisions politiques fondamentales qui présentent un lien fort avec les racines culturelles et les valeurs de chaque Etat. La réglementation de l'école et de l'éducation touche, de la même manière que le régime des rapports familiaux et les décisions relatives aux questions de la langue et de l'intégration de la transcendance dans la vie publique, de manière particulière à des convictions et des valeurs développées, qui sont ancrées dans des traditions et des expériences historiques propres à chaque Etat. Ici, l'autodétermination démocratique exige que la communauté politique concernée, unie par de telles traditions et valeurs, demeure le sujet [d'une] source de légitimité démocratique ».

¹⁹⁷⁶ Ces actes fondateurs des ordres juridiques restent les constitutions nationales, et tous les ordres juridiques internationaux, aussi-intégrés fussent-ils, ne peuvent tirer leur juridicité propre qu'en s'appuyant sur les constitutions nationales des différents Etats parties, sans que cela s'oppose ensuite au principe de primauté du droit international du point de vue de l'ordre juridique international.

¹⁹⁷⁷ Qui en vertu de la décision du Tribunal constitutionnel allemand ne peut même pas lui être attribuée.

¹⁹⁷⁸ Pour l'obtention de laquelle il faudrait repasser par un acte fondateur, c'est-à-dire une constitution, dont l'adoption est politiquement, et c'est presque un euphémisme, utopique.

¹⁹⁷⁹ Cf. *supra*, n° 541 et s.

constat proche s'impose pour le divorce, mais dans le sens de la convergence cette fois-ci. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire Johnston, ait heureusement décidé que le divorce ne constitue pas un droit fondamental protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, n'a pas empêché l'Irlande de rejoindre par la suite le quasi consensus européen, qui est finalement devenu complet depuis que l'Île de Malte a introduit le divorce dans son droit national. Où l'on voit que la convergence du droit de la famille peut se réaliser en dehors d'un matraquage par les droits fondamentaux, voire même être encouragée par l'absence de solution imposée par le haut¹⁹⁸⁰. Comme on ne peut pas prévoir les développements sociaux futurs, consacrer des droits fondamentaux dans le domaine familial risque à chaque fois de créer, dans l'immédiat ou dans le futur, un décalage trop important entre le droit et la société.

538. Mais le problème vient aussi de ce que le concept de droits fondamentaux n'est pas bien adapté à la question du droit européen de la famille. Ce qui les définit n'est pas leur contenu, qui est variable¹⁹⁸¹, mais leur fonction et la façon dont ils sont élaborés. En cela, ils contribuent directement à la conception contemporaine de la démocratie. La véritable fonction des droits fondamentaux est celle d'un garde-fou pour éviter les atteintes flagrantes à des considérations de justice supérieure. Or justement, le droit de la famille est un droit très variable et subjectif, qui se prête donc mal à la consécration de tels principes de justice supérieure, et même si l'on parvenait à dégager ces principes de justice supérieure, encore faudrait-il leur donner un contenu suffisamment précis pour que puisse être caractérisée l'atteinte qui y serait portée. Démontrer techniquement, et en dehors d'un jugement de valeur subjectif, qu'une solution de droit de la famille est contraire à un principe fondamental est tout sauf chose aisée. Concernant le principe d'égalité, il est ainsi difficile de savoir quand deux situations sont véritablement identiques. Il en va de même pour la question de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui se prête à toutes les discussions et interprétations. Cela ne veut pas dire que ces notions ne doivent jamais avoir vocation à intervenir. Seulement faut-il réserver leur intervention aux cas d'atteinte manifeste, c'est-à-dire qui dépassent une simple appréciation subjective. En outre, à trop vouloir préciser les droits fondamentaux, l'on se rend esclave des conceptions précises que l'on a consacrées, ce qui peut éloigner ces droits de

¹⁹⁸⁰ Les débats sur l'utilité d'une évolution du droit de la famille peut en effet se dérouler bien plus sereinement lorsqu'il ne s'agit pas de se prononcer pour ou contre un *diktat* européen, mais d'assumer ses propres responsabilités sur la meilleure solution à adopter. Cette responsabilité des autorités nationales est d'ailleurs clairement rappelée par les instances européennes lorsqu'elles se réfèrent à la marge d'appréciation nationale.

¹⁹⁸¹ Voy. not. l'arrêt *Marckx*, et le caractère évolutif des droits reconnus par la Conv. EDH.

l'évolution de la société. Une trop grande précision peut également leur enlever le caractère dynamique, alors que celui-ci est nécessaire pour qu'ils constituent toujours un cadre d'évaluation pertinent pour servir efficacement de garde-fou. L'intervention des droits fondamentaux est donc possible et souhaitable. Mais pour éviter de figer leur contenu et afin de ne pas créer un décalage entre la société et le droit, cette intervention doit rester très prudente¹⁹⁸².

539. Le droit de la famille est ainsi révélateur d'une certaine conception de la matière, laquelle varie d'un ordre juridique à l'autre en fonction de la culture et la tradition de chaque pays. Essayer de construire un système concurrent fondé sur des notions « passe partout » comme les droits fondamentaux ou les libertés européens pour l'imposer ensuite aux ordres juridiques nationaux en dehors de toute recherche de systématisation cohérente serait un procédé préjudiciable non seulement aux particularismes nationaux, mais également, et surtout, aux intérêts des justiciables privés. Car la solution à leur litige ne se trouverait plus dans un ordre juridique complet et logique, fruit d'une histoire et d'une tradition, mais serait tributaire de l'appréciation de la conformité de leur situation à un certain nombre de notions vagues et floues, opérée par un ordre juridique supérieur qui peut paraître très éloigné. L'antériorité de l'ordre juridique interne se fonde en effet sur la considération que les solutions de la loi du for sont celles qui correspondent *a priori* le mieux aux aspirations et préoccupations de la société au service de laquelle se met le système judiciaire. La remise en cause de cette antériorité par le jeu de la primauté du droit de l'Union européenne doit donc se faire en respectant ce lien nécessaire entre le droit et la société au nom duquel le juge statuera, ce qui implique que l'Union européenne respecte pleinement la diversité des ordres juridiques nationaux et la nécessité d'une élaboration démocratique des règles du droit de la famille.

540. La dimension sociale et démocratique, et dès lors nécessairement nationale, du droit de la famille constitue un obstacle à première vue irrémédiable sur le chemin de la construction d'un droit européen de la famille. Pourtant, la création ou la reconnaissance d'un droit européen de la famille sont nécessaires en vue de l'objectif d'unité du statut familial, et souhaitable au vu des avantages possibles pour les citoyens européens. Reste donc à déterminer s'il est possible de dépasser la dimension nationale du droit de la famille pour néanmoins réaliser un droit européen de la famille.

¹⁹⁸² Sur la question des droits fondamentaux et des droits de l'homme, cf. égal *supra*.

II L'inutilité d'une unification du droit de la famille

541. La nécessité d'une matérialité partagée en vue de l'établissement d'un droit international privé commun étant une idée largement répandue¹⁹⁸³, la question qui se pose au regard de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice est celle de l'éventuel besoin d'une conception commune du droit de la famille, et donc d'une unification au moins partielle du droit de la famille. Comment pourrait-il y avoir en effet un espace commun s'il n'y a pas une famille européenne, mais seulement des familles européennes¹⁹⁸⁴ ? Le problème est donc de savoir si l'impossibilité d'une unification du concept de famille au niveau européen signifie nécessairement l'échec du projet européen. Ou si inversement, l'aboutissement du projet européen implique de surmonter coûte que coûte les résistances nationales, aussi légitimes soient-elles, à une unification européenne de la famille. Il faut donc déterminer quelles valeurs doivent être reconnues au niveau de l'Union européenne en vue de la construction d'un droit européen de la famille. Or, il est à ce titre important de constater que l'élaboration d'une matérialité propre au droit de la famille de l'Union européenne se révèle inutile en raison de la communauté de valeurs constituée par les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la Charte (A). Cela n'élimine cependant pas l'importance de la valeur centrale autour de laquelle doit être conçu le droit de la famille de l'Union européenne, valeur qui est celle du respect des identités nationales et des systèmes et traditions juridiques des Etats membres (B).

A L'inutilité d'une matérialité européenne

542. Se pose la question de savoir dans quelle mesure le droit de la famille de l'Union européenne doit comporter des objectifs matériels propres autour desquels celui-ci viendrait s'articuler. Une certaine matérialité est en effet en général utile, voire même nécessaire, pour la construction d'un système de droit international privé commun, et ce encore plus dans un domaine aussi sensible à des considérations matérielles que celui du droit

¹⁹⁸³ En raison de la communauté juridique que l'on présuppose souvent ; sur ce point, cf. *supra*, n° 76 et s., not. n° 134 et s.

¹⁹⁸⁴ Voy. sur ce point égal. H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? - Rapport préliminaire pour le 101e Congrès des notaires de France, » les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité ? », *Defrénois* 2005.1461 et s. ; H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit

de la famille. Seule une certaine matérialité du système permet ainsi de s'assurer que la situation comportant un élément d'extranéité que l'on voudrait intégrer à son ordre juridique présente la proximité matérielle suffisante pour pouvoir être accueillie. L'idéal serait donc de pouvoir donner un objectif matériel clair au système européen de droit de la famille, autour duquel l'ensemble s'articulerait.

543. Mais donner un objectif matériel au sens premier du terme, comme par exemple la faveur ou la défaveur au divorce, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ou les conditions d'ouverture de l'adoption, n'est pas possible pour deux raisons. Premièrement et simplement, l'unicité de concepts n'existe pas de façon suffisante au niveau européen. Le fait que tous les Etats membres connaissent le mariage, le divorce et l'établissement de la filiation ne permet nullement d'en déduire l'existence d'un corps de règles communes suffisamment précises¹⁹⁸⁵. Et deuxièmement, une telle unité n'est pas souhaitable. En raison des différences culturelles et sociales qui existent entre nations européennes, l'objectif ne doit pas être celui de l'unité, mais celui de la diversité. L'identité culturelle que l'Union européenne véhicule¹⁹⁸⁶ ne se conçoit en effet pas autour de valeurs culturelles à proprement parler. Elle se définit au contraire « davantage par des valeurs politiques que par des affinités culturelles au sens étroit »¹⁹⁸⁷. Il en résulte que « les principes et valeurs, politiques et moraux, forment donc l'essentiel de l'identité culturelle européenne qui, dès lors, apparaît essentiellement comme "une identité morale fondée sur la valeur de la démocratie et des droits de l'homme" »¹⁹⁸⁸. La démocratie en tant que valeur n'est évidemment d'aucune utilité au regard de la détermination de la matérialité du droit de la famille. Quant aux droits fondamentaux, nous avons déjà vu qu'ils n'imposent que très timidement et insuffisamment une matérialité donnée.

de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 171 - 185.

¹⁹⁸⁵ Cf. *supra*, n° 453 et s., sur le constat de la diversité, que l'on retrouve de façon éclatante au sujet des conditions posées par les différents ordres juridiques et qui divergent fortement.

¹⁹⁸⁶ Sur l'affirmation de laquelle par les autorités de l'Union européenne, voyez notamment J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement pp. 406 à 412.

¹⁹⁸⁷ Marie-Thérèse BITSCH, « Les institutions européennes, reflet ou promoteur des identité européennes ? », in Marie-Thérèse BITSCH, Wilfried LOTH et Raymond POIDEVIN (dir.), *Institutions européennes et identités européennes*, Bruylant, Bruxelles, 1995, spéc. p. 505, cité par J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 408.

¹⁹⁸⁸ J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 408 – 409, citant Victoria CAMPS, « L'identité européenne, une identité morale », in Jacques LENOBLE et Nicole DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Editions Esprit, Paris, 1992, p. 99.

544. Cela n'empêche pas que les droits fondamentaux doivent évidemment être respectés par le droit de la famille de l'Union européenne. La reconnaissance de la juridicité de la Charte et l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme impliquent naturellement que le droit de l'Union européenne doit être conçu de façon conforme aux droits fondamentaux qui y sont consacrés. Mais les outils européens qui ont débouché sur la création de principes communs dans le domaine des droits fondamentaux n'ont eu qu'une influence limitée sur la dimension nationale du droit de la famille. Cette influence n'est certes pas négligeable, mais ne saurait dissiper le doute quant à la pertinence du recours à la méthode des droits fondamentaux pour la construction d'un droit de la famille de l'Union européenne. Nous avons en effet déjà vu¹⁹⁸⁹ que le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit de se marier et de fonder une famille, ainsi que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant étaient au cœur des droits fondamentaux relevant du droit de la famille, et que ces droits étaient conçus en tenant compte de leur nécessaire dimension nationale. Le recours aux droits fondamentaux se révèle cependant bien plus fructueux quant à la possibilité de découvrir des concepts partagés en Europe, dont il faut alors déterminer l'utilité pour la construction d'un droit européen de la famille.

545. A juste titre, le rôle que les droits fondamentaux pourraient jouer pour trouver « une origine commune [permettant] d'élaborer des constructions abstraites puisque l'ensemble de la matière [du droit civil européen] disposerait d'un fondement identique »¹⁹⁹⁰ a déjà été mis en exergue. Les droits fondamentaux représentent donc l'indéniable avantage de permettre un consensus au niveau européen et de contribuer à l'existence de certaines valeurs partagées par l'ensemble des nations européennes et qui, pour cela, sont révélatrices d'une véritable culture européenne. Certains concepts sont en effet universels et à l'évidence partagés par tous les Etats européens. On peut ici penser au mariage et à la filiation des

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra*, n° 469 et s.

¹⁹⁹⁰ K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 489, qui se demande également si l'on ne pourrait pas « y puiser l'unité qui fait tant défaut au système ? [...] La construction de principes communs pourrait se faire autour du principe d'égalité, qui servirait alors de "credo commun". Admettre explicitement ce fondement fédérateur permettrait sans doute de conférer une orientation au droit civil européen et lui éviterait de se construire au coup par coup. Un tel amarrage lui concéderait une espérance de continuité et de longévité, ce que lui garantit déjà, dans une certaine mesure, son caractère flexible » (*ibid.*, p. 489-490, citant J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », dans *Etudes en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pédone, Paris, 2004, p. 107 et s., spéc. p. 111. Le recours au seul principe d'égalité serait cependant certainement insuffisant, puisque ce principe manque cruellement de contenu et de précision. La difficulté réside en effet dans l'appréciation des situations pour savoir si elles sont ou non comparables, ce qui implique souvent un jugement de valeur. A titre d'illustration, dans l'affaire *Garcia Avello* (précité), c'est le fait d'avoir imposé l'égalité de traitement à une situation qui était sur de nombreux points comparables qui a été jugé contraire au principe d'égalité...

enfants biologiques nés dans le cadre d'une relation stable¹⁹⁹¹. La Cour européenne des droits de l'homme peut également souvent s'appuyer sur le consensus existant au sein des droits de la famille des Etats membres¹⁹⁹². Il convient cependant de déterminer le rôle qu'il convient d'attribuer à ces valeurs communes dans le cadre du droit de la famille de l'Union européenne.

546. La réponse à cette question dépend du rôle dévolu au droit de la famille. Doit-il s'agir d'un droit progressiste, qui a pour but d'encourager et de provoquer des changements sociaux ? Ou doit-il s'agir d'un droit conservateur, qui a pour but de freiner les sautes d'humeurs plus ou moins populistes de la société et de faire respecter les principes traditionnels fondamentaux ? Cette question se pose à l'évidence aussi pour les droits fondamentaux au niveau européen, et l'absence de consensus sur cette question, qui est un préalable au développement d'un droit matériel de la famille unifié, rend le recours aux droits fondamentaux bien délicat. A partir du moment où tous les Etats membres sont en effet d'accord sur une solution matérielle donnée, l'application du droit de chaque Etat membre est respectueuse de cette matérialité commune. Si l'on décide dès lors de consacrer cette matérialité commune au niveau européen, on fait clairement prévaloir la fonction conservatrice du droit de la famille, au détriment du besoin d'adapter le droit de la famille aux évolutions de plus en plus rapide de la société. Nous avons déjà pu démontrer l'impossibilité d'une telle démarche, qui mène en réalité à une sclérose du droit ainsi unifié¹⁹⁹³. Veut-on au contraire privilégier l'approche progressiste, il faut laisser aux Etats nationaux les moyens de faire évoluer leur droit national. Cela implique donc, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, de laisser une large marge d'appréciation aux autorités nationales en matière de droit de la famille. En même temps, et les illustrations ne manquent pas¹⁹⁹⁴, le fait de ne pas consacrer une solution européenne imposée par le haut ne s'oppose pas à ce que les Etats membres trouvent un consensus de fait, en raison de l'évolution parallèle de leurs sociétés qui appellent des solutions proches¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹¹ Autour desquels tous les droits nationaux s'accordent et que le droit de l'Union européenne a toujours pu intégrer dans la définition des membres de la famille. Cf. égal. *supra* sur le fait que le droit dérivé pertinent a défini la notion de famille autour de cette idée d'une « famille nucléaire ».

¹⁹⁹² Même si elle n'en fait pas un critère unique, ni contraignant. Cf. *supra*, n° 469 et s.

¹⁹⁹³ Cf. *supra*, n° 517 et s.

¹⁹⁹⁴ Voy. not. le divorce, mais également d'autres domaines dans lesquels on constate une certaine convergence.

¹⁹⁹⁵ Cf. *supra*, n° 537 (notamment l'arrêt *Johnston*).

547. Cette difficulté ne doit pas condamner le recours aux droits fondamentaux comme une des bases conceptuelles du droit de la famille de l'Union européenne. La création d'un droit européen de la famille ne peut en effet se faire sans tenir compte de ces concepts communs qui doivent servir d'ossature au droit européen de la famille. Il est donc utile et nécessaire d'appuyer le droit de la famille de l'Union européenne sur les droits fondamentaux dégagés par la Cour de Strasbourg. Mais le recours à ces droits fondamentaux n'implique pas de dégager une certaine matérialité dans le domaine du droit de la famille. Au contraire, « envisagés comme base générale, les droits fondamentaux comportent un avantage : ils n'imposent pas une uniformisation mais veillent au contraire au respect des particularités de chaque État »¹⁹⁹⁶. En outre, il a déjà été démontré que la conception commune des droits fondamentaux trouve clairement ses racines dans la diversité¹⁹⁹⁷. Dès lors, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'est pas forcément un outil d'uniformisation, mais au contraire veille aussi à la coordination, et donc au respect, des différences entre systèmes et valeurs juridiques¹⁹⁹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a également pu clairement mettre en avant que la Convention européenne des droits de l'homme intègre au titre de ses exigences « le respect du pluralisme culturel » en matière de droit de la famille¹⁹⁹⁹. D'où le constat, que l'on retrouve de façon générale au sujet de l'identité culturelle de l'Union européenne²⁰⁰⁰, selon lequel c'est bien la diversité qui est au cœur de l'identité européenne. L'objectif que l'Union européenne doit donc rechercher en matière de droit de la famille n'est pas celui d'œuvrer dans le sens d'un certain droit de la famille, unique et commun, mais de garantir un cadre dans lequel puissent s'épanouir différents droits de la famille, multiples et divers.

548. Le droit de la famille de l'Union européenne doit donc tendre vers l'obtention de l'« union dans la diversité »²⁰⁰¹. L'objectif matériel du système européen de droit de la famille est ainsi d'assurer son plein effet à chaque législation nationale. On retrouve des

¹⁹⁹⁶ K. GARCIA, *Le droit civil européen*, préc., note 946, spéc. p. 365.

¹⁹⁹⁷ Voy. par exemple J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 418 à 426. Voy. égal. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

¹⁹⁹⁸ F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

¹⁹⁹⁹ Voy. not. *Harroudj contre France*, CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09 ; cf. égal. *supra*.

²⁰⁰⁰ J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire: contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, coll. Collection du Centre de Recherches Administratives, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, spéc. p. 429 à 439.

²⁰⁰¹ Voy. l'article I-8 du traité établissant une constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004, précité.

considérations relatives à la souveraineté, ou pour adopter une terminologie de droit de l'Union européenne, relatives au principe de subsidiarité²⁰⁰². Les ordres juridiques conservent leur vocation naturelle à régir toute situation de droit privé qui peut se présenter²⁰⁰³. Seulement, la délimitation du champ d'application de chaque ordre législatif ne se fait plus de façon unilatérale par chaque ordre juridique national, mais de façon plus ou moins concertée au niveau européen, le droit de l'Union européenne répartissant la compétence entre les différents ordres législatifs des Etats membres²⁰⁰⁴. Paradoxalement, dans un domaine où l'on semble abandonner le principe de souveraineté, puisque la répartition des compétences se fait à un niveau supérieur aux Etats, ce principe réapparaît parmi les nouveaux objectifs du système européen, à travers la nécessité du respect des cultures et traditions nationales. Le système européen de droit de la famille ne doit donc pas poursuivre un objectif matériel spécifique, mais, en raison de l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux, garder une stricte neutralité matérielle. Tout au plus peut-il s'appuyer sur un objectif partagé déjà par tous les ordres juridiques nationaux, la règle de l'unanimité garantissant que le droit de l'Union européenne n'entre pas en conflit avec les objectifs matériels poursuivis par un ordre juridique particulier²⁰⁰⁵.

549. Il est vrai cependant que dans le domaine du droit de la famille, les implications matérielles sont sans doute trop importantes pour pouvoir parvenir à une neutralité absolue du droit de l'Union européenne. Les ordres juridiques nationaux sont très sensibles aux questions familiales, comme le montrent notamment le rôle de l'ordre public ou celui des droits fondamentaux en matière de droit international privé de la famille. L'ordre juridique de l'Union européenne ne doit alors pas obligatoirement se préoccuper lui-même de ces considérations matérielles, dans la mesure où il y a au niveau européen un corps de normes comportant des droits fondamentaux et constitutif d'un « ordre public commun »²⁰⁰⁶. Les Etats s'engagent à respecter ces droits déduits de la Convention européenne des droits de

²⁰⁰² Mais le principe de la souveraineté se présente ici sous un aspect novateur, notamment par rapport au sens que l'on lui attribue traditionnellement en droit international privé.

²⁰⁰³ *Ibid*, p. 51.

²⁰⁰⁴ Voy. également la thèse de S. Francq, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

²⁰⁰⁵ Voy. not. l'article 81 § 3 TFUE, alors que dans d'autres domaines notamment le domaine économique, l'Union européenne dispose en vertu des transferts de souveraineté effectués du pouvoir de donner elle-même des orientations politiques.

²⁰⁰⁶ Sur la notion d'un « ordre public européen », cf. *infra*, n° 909 et s. et n° 914 et s.

l'Homme à l'égard de « toute personne relevant de leurs juridictions »²⁰⁰⁷. Une certaine matérialité est donc assurée du seul fait que le litige sera soumis au juge d'un Etat membre. Cette matérialité du droit européen de la famille n'est d'ailleurs pas limitée à ce qui est consacré par les droits fondamentaux, puisqu'il faut aussi tenir compte du consensus qui existe de fait entre les Etats européens sur la base d'une histoire et d'une culture partagées²⁰⁰⁸. Affirmer un objectif matériel spécifique au droit de la famille de l'Union européenne n'est alors plus nécessaire, et serait contre-productif²⁰⁰⁹. Cette absence de nécessité quant à la matérialité du droit de la famille de l'Union européenne a pour conséquence que l'objectif de la neutralité doit avoir une importance bien supérieure dans la balance des intérêts en cause. Il n'est certes pas inconcevable d'avoir un corps de droits fondamentaux de l'Union européenne, qui faciliterait même la cohésion du système de droit international privé européen de la famille et qui pour cela peut avoir une utilité certaine. Mais son aboutissement implique de surmonter les obstacles qui se dressent face à l'élaboration d'un véritable droit matériel de la famille de la part de l'Union européenne et qui tiennent à l'absence de société et de démocratie européennes suffisamment cohérentes. Que l'on dépasse ces obstacles un jour est une question qui doit être traitée sur le plan politique²⁰¹⁰. Et l'affirmation de l'objectif d'unité du statut familial n'y change rien. Cet objectif implique en effet d'atteindre une certaine justice de droit international privé, liée notamment à l'harmonie internationale des solutions²⁰¹¹, laquelle n'a pas besoin pour se réaliser de poursuivre un objectif matériel déterminé. Même si l'existence d'un tel objectif en facilite l'élaboration cohérente, cela ne signifie pas que son élaboration soit impossible sur la base d'autres objectifs.

550. Qu'est-ce qui s'oppose en effet à l'idée que l'objectif matériel autour duquel doit s'articuler la recherche européenne de solution aux problèmes de droit international privé de la famille soit celui du respect de la diversité des conceptions de fond et des cultures et

²⁰⁰⁷ Article 1^{er} de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

²⁰⁰⁸ Rien dans les droits fondamentaux n'interdit la polygamie, tant qu'elle n'est pas discriminatoire, ni l'inceste. Pourtant ces deux interdits sont partagés par tous les Etats européens. Pour cela, notamment pour les consensus qui se dégagent en raison d'une convergence spontanée et non-imposée des droits de la famille, les recherches doctrinales, telles que celles effectuées par la commission pour le droit européen de la famille, ne sont en rien inutiles ; Bien au contraire, l'absence de consécration normative directe ne fait que souligner l'importance du rôle dans la doctrine, qui doit préparer le travail législatif par la suite

²⁰⁰⁹ Puisque l'on figerait la matérialité du droit de la famille au détriment du besoin éventuel d'adaptation nationale, et que l'on rendrait l'unanimité plus difficile à atteindre.

²⁰¹⁰ Voy. par exemple sur le débat autour de la pertinence de l'adoption d'un droit commun des contrats, voire d'un « Code civil européen », Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, Dalloz, 2002, p. 2202.

²⁰¹¹ Voy. G. Kegel, *Begriffs- und Interessenjurisprudens im internationalen Privatrecht*, précité.

traditions, et donc des législations matérielles, nationales ? On peut transposer ici au niveau des valeurs du droit européen de la famille les propos que Pierre Manent a adressé à l'égard de l'individualisme des droits de l'homme et de leur inaptitude à fonder le commun :

« Le commun du dénominateur commun ne nous fait pas sortir de l'individualisme, puisqu'il le définit. Le commun au sens fort, plein, presque sacré du terme, c'est quelque chose qui, approprié ou embrassé par l'individu, le transforme en l'agrandissant. »²⁰¹²

551. De la même façon, le commun du droit européen de la famille ne doit pas être le dénominateur commun entre les droits de la famille nationaux, mais doit être ce « quelque chose qui transforme en agrandissant ». Autrement dit, le commun doit être le partage de certaines valeurs qui impliquent pour chaque ordre juridique concerné, européen et national, un dépassement par rapport aux valeurs et objectifs qui lui sont propres. Où l'on voit clairement que ce commun ne peut pas se limiter à certaines valeurs matérielles, qui au lieu d'un agrandissement impliqueraient un rétrécissement du champ des possibles²⁰¹³. Ce commun doit au contraire tourner autour du respect des identités et traditions juridiques nationales des autres ordres juridiques concernés. L'Union européenne doit respecter les identités et traditions des Etats membres qui la composent, tandis que les Etats membres doivent respecter les identités et traditions des autres ordres juridiques nationaux. Le système de droit de la famille de l'Union européenne s'articule ainsi autour d'un objectif principal, celui de la neutralité matérielle. Celle-ci est seule à même de permettre au droit européen d'obtenir une articulation suffisante de ses objectifs propres et d'aboutir à une continuité de traitement au niveau de l'Union européenne qui permettra d'atteindre l'objectif d'unité du statut familial. Mais c'est également cette neutralité qui permettra d'atteindre l'objectif du respect des ordres juridiques nationaux, objectif qui doit rester primordial au sein du droit international privé européen de la famille.

552. L'importance des droits fondamentaux ne doit donc pas être occultée, mais il convient de la comprendre correctement. Le rôle des droits fondamentaux dans le cadre du droit de la famille de l'Union européenne est de peser en faveur du besoin de coordination et de continuité de traitement international, non de consacrer certaines solutions substantielles. Si, depuis le traité d'Amsterdam, l'ordre juridique de l'Union européenne est devenu

²⁰¹² P. MANENT, *Enquête sur la démocratie*, Gallimard, 2007, p. 165.

²⁰¹³ Cf. égal *supra* le débat sur le rôle de la communauté pour le droit international privé européen.

beaucoup plus ambitieux en vue d'assurer l'effectivité de la citoyenneté européenne, laquelle suppose la libre circulation des citoyens et comme corollaire la continuité de traitement des situations juridiques et le respect des droits fondamentaux, cette ambition ne requiert ni autorise une harmonisation des droits de la famille matériels des Etats membres²⁰¹⁴. Le droit de la famille de l'Union européenne peut donc atteindre l'objectif d'unité du statut familial sans consacrer une matérialité propre, en s'appuyant sur la communauté de valeurs existant parmi les législations familiales européennes. Mais cette communauté de valeurs, en tant que simple dénominateur, reste insuffisante en vue d'insuffler un véritable esprit au système de droit européen de la famille. Pour pouvoir être conçu, ce système a en effet besoin d'une vraie valeur de référence, partagée par tous les Etats membres, mais en même temps autonome. Elle ne dépend donc pas de la position des législations nationales, qui en quelque sort l'acceptent irrémédiablement. Cette valeur de référence doit être pour le droit de la famille de l'Union européenne le respect des identités nationales et des systèmes et traditions juridiques des Etats membres.

B Le respect des identités et des systèmes et traditions juridiques nationaux

553. L'effectivité de la citoyenneté européenne passe par une parfaite continuité de traitement des situations familiales au niveau de l'Union européenne. Dans un domaine où la diversité des législations nationales doit être respectée, ce but est cependant plus délicat à réaliser qu'il ne l'est dans des domaines où il peut y avoir une harmonisation ou une uniformisation législative au niveau européen. Se pose alors la question de la manière dont on peut atteindre l'objectif d'effectivité de la citoyenneté européenne. Ici le recours aux méthodes du droit international privé se révèle être un élément de réponse plus qu'intéressant. Lorsqu'une autorité publique intervient, il faut surtout s'assurer que les décisions prononcées dans un Etat membre puissent circuler et produire leur plein effet librement sur le territoire des autres Etats membres. L'objectif d'unité du statut familial serait dans ce cadre atteint à travers une véritable territorialité européenne qui entraînerait, à l'instar de ce qui se fait à l'intérieur d'un ordre juridique national, une circulation et une reconnaissance

²⁰¹⁴ Voy. l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

automatiques de l'ensemble des décisions prononcées à l'intérieur de cet ordre juridique²⁰¹⁵. Il suffirait donc, sans intervenir sur le droit matériel de la famille, de mettre en œuvre de façon efficace les méthodes de droit international privé du conflit de juridictions, pour savoir quel ordre juridictionnel national doit intervenir pour prononcer la décision, qui sera ensuite reconnue dans l'ensemble des Etats membres et qui pourra y être exécutée sans formalité supplémentaire.

554. Mais le législateur européen doit aller au-delà de la simple mise en place d'un régime libéralisé de circulation des décisions. Au lieu de se contenter d'assurer une libre circulation des décisions judiciaires, voire des actes publics, il doit également assurer une continuité de traitement préalablement à toute intervention d'une autorité publique. Une territorialité commune suppose en effet que les décisions rendues dans les différents Etats membres soient sinon identiques, du moins suffisamment proches pour que l'on puisse prévoir avec la plus grande prévisibilité la solution au litige. Et un simple déplacement à l'intérieur de cet ordre juridique commun ne doit entraîner de conséquence radicale ni sur la solution apportée à un éventuel litige, ni sur la permanence de l'état personnel ou familial du citoyen. L'objectif d'unité du statut familial et la réalisation d'un véritable espace judiciaire commun seraient sinon mis à mal. La cohérence de l'espace de liberté, de sécurité et de justice suppose en effet d'offrir au citoyen européen une stabilité et une prévisibilité de son statut en dehors de toute intervention d'une autorité. Cet impératif peut efficacement être obtenu par le recours à la méthode du conflit de lois, méthode de droit international privé par excellence. Si on permet en effet de déterminer par avance de façon claire et précise pour l'ensemble de l'espace judiciaire européen quel est le droit qui apportera la solution au fond, l'unité du statut familial est réalisée. L'élaboration au niveau de l'Union européenne de règles de conflit de lois répondrait ainsi de façon tout à fait satisfaisante aux nouveaux objectifs de l'ordre juridique de l'Union européenne en matière familiale²⁰¹⁶. Et la citoyenneté européenne pourrait trouver à s'épanouir efficacement, car les personnes souhaitant se déplacer au sein de l'Union européenne n'auraient plus à craindre l'insécurité juridique tenant à la diversité des statuts familiaux entre Etats membres, qui aujourd'hui peut encore dissuader de faire usage de la liberté de circulation. La mise en place d'un système de droit international privé cohérent au niveau européen serait une solution permettant d'atteindre de façon efficace et satisfaisante

²⁰¹⁵ Voy. B. Ancel et H. Muir Watt, La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II », précité, p. 441 et S.

²⁰¹⁶ A condition évidemment que les règles soient suffisamment bien formulées.

les nouveaux objectifs de l'Union européenne liés à la citoyenneté européenne en matière de droit de la famille.

555. Cela montre que les règles de droit international privé peuvent suffire à réaliser les objectifs du droit de la famille de l'Union européenne, sans qu'il soit besoin pour cela de recourir à une harmonisation ou une uniformisation dépassant le cadre du droit international privé. On éviterait ainsi d'entrer dans le domaine du droit matériel, lequel peut rester de la compétence exclusive des ordres juridiques nationaux. Il est donc clairement possible, par le recours aux méthodes du droit international privé, d'obtenir l'unité du statut familial en respectant la diversité des statuts familiaux. Cette possibilité technique ne suffit cependant pas. Pour pouvoir construire un système sur la base de cette valeur du respect de la diversité, il faut que cette dernière ait une force fédératrice et un potentiel de construction suffisants. Il s'agit en quelque sorte de savoir si on peut trouver la matérialité propre du système de droit de la famille européen dans la valeur du respect des divers ordres juridiques nationaux pour pouvoir en faire le fondement du système de droit international privé européen de la famille.

556. L'objectif de la diversité des statuts familiaux permet ainsi de tenir compte du besoin de découvrir des valeurs communes respectueuses des valeurs nationales. Il correspond en réalité à l'intégration des valeurs de tolérance et de respect, associées à la volonté du vouloir vivre ensemble au sein d'une véritable union. L'Union européenne, en vue de la création du droit européen de la famille, doit donc intégrer cet objectif si souvent rappelé, mais si souvent vidé de sa substance, d'atteindre l'« union dans la diversité »²⁰¹⁷. Il faut donc être capable de construire autour du noyau de principes communs un système qui permette à chaque Etat membre de développer sa diversité nationale, mais qui fasse aussi en sorte que cette diversité nationale soit reconnue au sein de l'ensemble de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il s'agit de véritablement faire « émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des États membres et sur l'unité par le droit européen »²⁰¹⁸. Et il n'y a là aucune expression d'un nationalisme condamnable. Au contraire, « pour éviter la refermeture nationaliste, il faudrait [...] assumer [...] le ressourcement identitaire, [car] sinon celui-ci s'opérera dans la fermeture et le désir

²⁰¹⁷ Voy. la devise de l'Union européenne, encore que souvent on ait plutôt l'impression d'assister à « l'union dans l'adversité ».

²⁰¹⁸ Programme de La Haye.

d'intégration ira vers les intégrismes religieux, ethniques, nationalistes ». Accepter la dimension nationale du droit de la famille, tout en y intégrant la valeur du respect des droits de la famille des autres Etats membres permet de choisir entre les « deux façons de retrouver la foi de la nation en elle-même » celle qui est à l'évidence préférable, c'est-à-dire celle « [du] patriotisme et [de] l'ouverture », plutôt que celle de « la fermeture nationaliste »²⁰¹⁹.

557. Le système de droit de la famille européen y gagnerait en cohérence, tout en étant adapté aux exigences contemporaines, ce qui rendrait ce système parfaitement viable. On a pu constater à juste titre que « l'époque postmoderne²⁰²⁰ est caractérisée par le rôle primordial que les individus accordent à leur identité culturelle, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les mœurs et les autres traditions de la communauté à laquelle un fort sentiment de loyauté les lie. [...] Parmi les traditions qui caractérisent cette identité figurent également certaines règles de droit, surtout en matière de droit des personnes et de la famille »²⁰²¹. Le droit de la famille de l'Union européenne doit donc être conçu de façon à rester « ouvert à la diversité des possibles », faute de quoi il priverait les individus de leurs ressources culturelles nécessaires en ouvrant la voie à « l'homogénéisation et l'édulcoration des valeurs »²⁰²². Le droit de la famille de l'Union européenne y trouverait en même temps une véritable identité, une identité dans laquelle les citoyens européens pourraient se reconnaître, une identité de l'Europe et des Européens, construite autour de l'exigence d'une « pensée articulatoire, respectueuse des autres et ouvertes à eux »²⁰²³.

558. Le problème tient au fait que ces valeurs de tolérance et de respect ne sont pas encore partagées par l'ensemble des Etats membres, et pas toujours ceux que l'on croit être les plus conservateurs au niveau des valeurs familiales traditionnelles. L'échec du projet de

²⁰¹⁹ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 55.

²⁰²⁰ Encore que nous préfererions le terme d'époque « contemporaine ». Cf. égal. *supra*, n° 201, nos discussions sur le postmodernisme.

²⁰²¹ Voy. not. E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, 251, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1991, spéc. p. 167.

²⁰²² Phénomène social de premier ordre, il convient en effet d'étendre au droit de la famille l'affirmation de Valérie Melin : « C'est dans le local, dans l'ancrage dans les racines de la langue maternelle et d'un sol singulier que sont les ressources. Le sujet culturel à venir, parlant plusieurs langues qu'il traduit, travaillant de l'une à l'autre, à la fois ancré et voyageur, aura pour éthique non pas l'homogénéisation et l'édulcoration des valeurs pour supprimer le conflit, mais œuvrera à interpréter et à comprendre. [...] N'étant plus soumis à un modèle culturel exclusif, il sera ouvert à la diversité des possibles », Valérie Melin, *Consruire – déconstruire – reconstruire une citoyenneté européenne à partir de l'Autre*, in *La citoyenneté européenne, Désirs d'Europe, Regards des marges*, édité par Christine Delory-Momberger, Gunter Gebauer, Marianne Krüger-Potratz, Christiane Montandon et Christoph Wulf, L'Harmattan, Paris, 2011.

²⁰²³ Gilles Rouet, *Citoyennetés, nationalités et identités en Europe à l'ère de la mobilité généralisée*, in *Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques*, sous la direction de Gilles Rouet, p. 25.

règlement Rome III montre que les Etats qui se veulent les plus progressistes en matière de droit matériel peuvent être ceux qui sont le plus réactionnaire en matière de droit international privé²⁰²⁴. Ce refus de la valeur du respect de la diversité des statuts familiaux est très inquiétant face à la question de l'existence d'un droit européen de la famille. Plus encore que l'existence de valeurs matérielles communes, l'existence d'une valeur commune de tolérance doit en effet être découverte et érigée en pierre angulaire du système de droit européen de la famille. Cette valeur de tolérance s'exprime très naturellement dans le droit international privé, qui est l'« invitation à l'autre »²⁰²⁵. Rien de surprenant donc à ce que l'Union européenne cherche à développer un droit international privé commun correspondant à un droit international privé qui, en raison de l'adhésion commune des ordres juridiques de tous les Etats membres à cette valeur centrale²⁰²⁶, va au-delà du simple « respect dû à l'étranger »²⁰²⁷. Néanmoins les difficultés de faire aboutir les projets de droit international privé européen de la famille rendent sceptique sur l'état du projet européen. A force de vouloir faire avancer ce projet européen par un développement très progressif, voire progressiste, du droit, on doit se demander si l'évolution est encore celle d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples. Elle traduit en tout cas une véritable absence de volonté de faire fonctionner ensemble les différences qui rendent la culture européenne tellement dense et enviable. Elle méconnaît aussi ces valeurs européennes fondamentales, qui sont celles du respect de la diversité et la volonté de vivre ensemble dans cette diversité.

559. Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux devrait pourtant jouir d'une importance politique de premier ordre, à un titre comparable à celui de la diversité culturelle, qui « apparaît comme un élément particulièrement important dans l'économie générale du projet européen auquel, par ailleurs, elle contribue à donner une structuration spécifique. Valeur fondamentale et principe du droit de l'Union, [elle] se trouve également intimement liée à l'idée directrice de la construction européenne. Influençant jusqu'à la forme même de l'Union, la diversité singularise non seulement l'ordre juridique de cette dernière, mais également, le projet européen dans son ensemble »²⁰²⁸. Les proclamations officielles ne

²⁰²⁴ (Suède pour le divorce), l'impossibilité de concevoir l'application éventuelle d'une autre loi que la loi du for traduit une étroitesse d'esprit qui renvoie dans l'histoire du droit international privé plusieurs siècles en arrière.

²⁰²⁵ Cf. formule prêtée à Jean Déprez, par Gaud Tall

²⁰²⁶ Adhésion commune à une valeur que nous expliquerons plus tard par le concept de « communautarité » (cf. *infra*, not. n° 560).

²⁰²⁷ W. GOLDSCHMIDT, « Die philosophischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts », in *Festschrift M. Wolff*, 1952, p. 203 et s., spéc. p. 205. Cf. égal *supra*.

²⁰²⁸ J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 512.

manquent pas, et vont bien au-delà de la seule Union européenne et sa devise de « l'union dans la diversité ». Le Conseil de l'Europe a eu l'occasion d'affirmer que, dans le contexte européen actuel, « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sont plus importants que jamais »²⁰²⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a également, à maintes reprises, souligné l'exigence du respect de la pluralité culturelle comme faisant partie des droits de l'homme au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁰³⁰. La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle du 2 novembre 2001²⁰³¹ souligne l'importance de la diversité culturelle et du pluralisme culturel, et la « grande charte » de la politique culturelle internationale adoptée par l'UNESCO en 2005²⁰³² va même jusqu'à dire que « la diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité »²⁰³³. Les réflexions doctrinales d'envergure, notamment autour du « groupe de Fribourg »²⁰³⁴ ne manquent d'ailleurs pas, et vont dans le même sens d'une protection de la diversité au sein du système des droits de l'homme²⁰³⁵. Il doit être possible de transposer cet attachement à la diversité culturelle au niveau du droit de la famille de l'Union européenne. Il ne faut pas négliger en effet que « la diversité des systèmes restera une donnée de base du droit international privé, en particulier de la famille »²⁰³⁶. Pour pouvoir faire fonctionner harmonieusement cette diversité de systèmes, il faut construire un système commun qui la respecte.

560. Il est donc plus que jamais nécessaire de faire aboutir le droit européen de la famille. Les concepts communs existent, sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la « communautarité »²⁰³⁷ de certaines valeurs matérielles. Il n'y a plus qu'à s'en servir et, en les combinant à la volonté du vivre ensemble,

²⁰²⁹ Conseil de l'Europe, Livre blanc sur le dialogue interculturel « vivre ensemble dans l'égalité de dignité », 2008, p. 12.

²⁰³⁰ *Handyside c. le Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Série A, n° 24, § 49 ; *Gorzelik et autres c. Pologne* (Grande chambre), arrêt n° 44158/98 du 17 février 2004, *Harroudj contre France* (CEDH, 4 octobre 2012, requête n° 43631/09).

²⁰³¹ Accessible sous : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

²⁰³² Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, signée à Paris le 20 octobre 2005 (accessible sous : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

²⁰³³ Voy. Le Préambule de la Convention.

²⁰³⁴ coordonné par Patrice Meyer-Bisch, pour une présentation du groupe cf. <http://www.unifr.ch/iiedh/fr/recherches/cultural/declaration-de-fribourg1/groupe-de-fribourg>

²⁰³⁵ Voy. en particulier la déclaration de Fribourg de 2007 sur les droits culturels, notamment son article 3 sur le respect de l'identité et du patrimoine culturels P. MEYER-BISH et M. BIDAULT, *Déclarer les droits culturels, Commentaire de la Déclaration de Fribourg*, Bruylant, 2010, p. 17.

²⁰³⁶ Bucher RCDAl 2000, p. 96

à créer un système de droit international privé de la famille qui permette de coordonner et de faire coexister les droits nationaux de la famille au sein d'un droit européen de la famille commun. Les raisons pour lesquelles il faut centrer le respect de la diversité sur le respect des systèmes et traditions juridiques nationaux vont au-delà du simple constat du caractère profondément national du droit de la famille²⁰³⁸. Les nations sont « les couleurs de l'humanité ; si elles venaient à disparaître, l'humanité deviendrait d'une lugubre uniformité »²⁰³⁹. Or l'uniformité qui résulterait de la disparition des nations serait bien triste, et une expression particulièrement pauvre du projet européen. Le général de Gaulle avait pu exprimer l'apport primordial des cultures nationales dans des termes qui méritent d'être repris : « Dante, Goethe, Chateaubriand, appartiennent à toute l'Europe dans la mesure où ils étaient respectivement et éminemment Italien, Allemand et Français. Ils n'auraient pas beaucoup servi l'Europe s'ils avaient été des apatrides et s'ils avaient pensé, écrit en quelque espéranto ou volapük intégrés... »²⁰⁴⁰. Le droit de la famille de l'Union européenne ne doit donc pas se concevoir comme un ordre juridique porteur de valeurs matérielles propres, mais comme un ordre juridique porteur d'une coordination des valeurs matérielles défendues par les ordres juridiques nationaux. A défaut, il s'imposerait aux droits de la famille nationaux comme un ordre immuable, alors que l'on sait que celui-ci « ne correspond pas à la réalité des choses qui demande une adaptation perpétuelle aux changements continuels de la vie sociale »²⁰⁴¹. Et en raison du caractère social et démocratique du droit de la famille, cette adaptation des valeurs matérielles doit se faire au niveau national. Pour construire un droit de la famille, l'Union européenne doit donc « accepter le national, pour construire le subnational »²⁰⁴². Tout comme la morale pour le droit civil des Etats membres, laquelle n'est que l'expression de la matérialité propre de chacun de ces systèmes, le respect de la diversité des valeurs des droits de la famille nationaux conférerait un « supplément d'âme »²⁰⁴³ au droit de la famille de l'Union européenne et constituerait la véritable « sève »²⁰⁴⁴, gage de viabilité, du système européen.

²⁰³⁷ Sur ce concept, cf. également *infra*, n° 947 et s.

²⁰³⁸ Sur lequel cf. *supra*, n° 529 et s.

²⁰³⁹ Alexandre SOLJENITSYNE.

²⁰⁴⁰ Lors d'une conférence de presse à L'Elysée, le 15/05/1962, la vidéo est accessible sous : <http://www.ina.fr/politique/politique-internationale/video/I00012375/charles-de-gaulle-esperanto-ou-volapuk-integres.fr.html>.

²⁰⁴¹ Adolf F. SCHNITZER, De la diversité et de l'unification du droit – Aspects juridiques et sociologiques, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bale, 1946, p. 103.

²⁰⁴² Gilles Rouet, Citoyenneté de l'Union européenne et nationalités : vers de nouvelles articulations ?, in Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques, sous la direction de Gilles Rouet, p. 117.

²⁰⁴³ D'après la formule de CORNU.

²⁰⁴⁴ Pour s'inspirer de la formule attribuée à JOSSERAND.

561. Le système de droit de la famille européen doit donc dûment tenir compte des systèmes et traditions juridiques nationaux, qui font directement partie de l'identité nationale des Etats membres de l'Union européenne. Ce constat s'impose techniquement. Le seul moyen de se passer de ce respect de la diversité des statuts familiaux serait de consacrer un droit de la famille européen uniformisé. Or nous avons vu que cette unification n'est techniquement pas nécessaire, l'unité dans la diversité pouvant se réaliser si l'on fait de l'objectif du respect de la diversité la véritable matrice du droit de la famille de l'Union européenne. Au niveau politique, l'harmonisation du droit de la famille est également pour le moment officiellement écartée. Reste à savoir si politiquement cette prévalence de l'objectif de la diversité des statuts familiaux nationaux aux dépens d'une harmonisation du droit de la famille au niveau de l'Union européenne est également appropriée, ce qui implique d'analyser l'importance de l'objectif de la diversité des statuts familiaux pour le projet européen.

III L'importance de l'objectif de diversité pour le projet européen

562. L'objectif de la diversité des statuts familiaux n'a pas seulement un caractère fondamental si l'on veut faire aboutir un droit de la famille de l'Union européenne. Dans la mesure où « le patriotisme et l'europhisme ne doivent pas être opposés, mais liés [et] l'Europe métanationale [...] être l'Europe des patries »²⁰⁴⁵, l'Union européenne doit assumer, et il n'y a rien de contradictoire dans ces termes, la nature résolument nationale du droit européen de la famille (A). Ceci est d'autant plus important que ce nécessaire respect de la diversité nationale se traduit très concrètement par un encadrement des mesures que l'Union doit et peut prendre pour réaliser le droit européen de la famille (B).

A La nature nationale et plurielle de l'ordre juridique de l'Union européenne

563. Une conception plurielle et nationale de la famille permet de concrétiser l'ordre juridique européen. L'acceptation de la pluralité des droits de la famille est donc pour l'Union européenne la condition nécessaire en vue de sa mutation en ordre juridique véritable à travers la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle contribue de la sorte à

²⁰⁴⁵ E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 56.

donner à la construction européenne « une unité structurante qui lui offre une dimension politique »²⁰⁴⁶. Le tableau qui en résulte est d'une simplicité telle que l'on ne comprend pas pourquoi il n'irrigue pas davantage les discours et les politiques européens. « Le » peuple européen se réalise dans « les » nations qui le composent, et l'émergence d'un peuple européen ne peut se faire qu'autour de la pleine reconnaissance de chaque nation et du rôle des nations dans le concert européen. Une fois que l'Union européenne saura traduire politiquement et juridiquement le respect des identités nationales, il sera possible, autour de la fameuse et si souvent bafouée devise « unie dans la diversité », de construire et de concevoir un peuple européen. Le droit de la famille de l'Union européenne joue donc un rôle capital dans la construction de l'Union européenne, à un titre comparable à celui de la diversité culturelle²⁰⁴⁷. Rôle capital en ce qu'il est un indéniable révélateur du sérieux que les autorités européennes attribuent au respect des nations. Rôle capital également en ce que le droit de la famille a vocation à rester un des domaines les plus intimement sociaux du droit, et qu'ôter le pouvoir de décider de leur droit de la famille aux sociétés nationales serait à la fois un déni de démocratie de tout premier ordre, et la source inévitable de tensions sociales dont le pouvoir déstabilisant est difficilement prévisible. Le respect de la diversité des droits matériels nationaux de la famille se pose donc comme une nécessité absolue pour l'Union européenne, et, si elles ne s'y conformaient pas, les instances européennes ne trahiraient pas seulement les traités, mais également l'idée européenne en son cœur même²⁰⁴⁸.

564. Bien plus qu'un frein à la construction européenne, la diversité des statuts familiaux peut donc être un des socles de la future identité européenne, raison pour laquelle elle doit aussi être un pilier de la citoyenneté européenne et le fondement de la construction d'un droit de la famille de l'Union européenne. Il n'y a, en matière de droit de la famille, pas de culture européenne suffisamment homogène pour déboucher sur un droit de la famille harmonisé. Cette absence laisse l'ordre juridique européen dans la dépendance des ordres

²⁰⁴⁶ J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 501 ; encore qu'il ne faille pas, contrairement à l'auteur, en faire l'expression d'un « droit fondamental des Etats à l'identité » au cœur du modèle d'un Etat cosmopolitique, sur ce débat, *ibid.* pp. 490 à 493 ; et surtout Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, Gallimard, NRF essais, Paris, 2000.

²⁰⁴⁷ Sur l'influence de la diversité culturelle sur la légitimation démocratique de l'Union, voyez notamment J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., note 1828, spécialement p. 468 à 479 ; cf. également la discussion *supra*.

²⁰⁴⁸ On a l'impression que l'idée européenne est celle de la traduction ; voy. le défi que le traduire présente pour l'Union européenne : « Construire plus de solidarité en Europe exige l'invention et l'enrichissement d'une activité politique commune européenne ; pour lui donner des ressources de légitimité, il faut construire un espace d'intercommunication des langues et des cultures politiques nationales », Jean-Claude BARBIER, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, Paris, 2008, p.252. ici transposé à la construction d'une Europe juridique.

juridiques nationaux, seuls susceptibles d'apporter les solutions juridiques de fond aux difficultés nées des relations familiales. La possibilité de revêtir une situation de fait d'une signification juridique implique en effet de porter un jugement de valeur sur cette situation. Or en matière familiale, ce jugement de valeur ne peut émaner que des ordres juridiques nationaux, qui restent seuls compétents pour traduire le fait en droit²⁰⁴⁹. Même au regard d'une acception procédurale de l'Etat de droit, les ordres juridiques nationaux restent les seuls pouvant servir de référence, puisque les conditions de l'Etat de droit ne sont, dans le cadre de cette acception procédurale, remplies que par les Etats nations²⁰⁵⁰. Le lien avec la théorie habermassienne du « patriotisme constitutionnel »²⁰⁵¹, d'après laquelle la source de légitimité de l'Union européenne pourrait être trouvée dans l'identification populaire avec les valeurs résultant des normes fondamentales de l'Union européenne, notamment les traités constitutifs et la Charte des droits fondamentaux, est également très intéressant. Aujourd'hui cette possibilité est en effet fortement remise en cause par les faits, qui correspondent bien plus à un « défaitisme constitutionnel », c'est-à-dire une évidente méfiance populaire à l'égard de l'Union européenne²⁰⁵². Dès lors, l'affirmation du respect de la dimension nationale du droit de l'Union européenne pourrait redonner un second souffle à la thèse du patriotisme constitutionnel à l'égard de l'Union européenne. Si celle-ci se montrait en effet capable de donner pleinement aux ordres juridiques nationaux les moyens d'exister, affirmant clairement l'objectif du respect des particularités nationales sur la base de ses textes constitutifs, il serait certainement plus facile aux citoyens de faire preuve de patriotisme constitutionnel à son égard.

565. Quelle que soit la théorie de référence, la protection de la dimension nationale du droit de la famille est donc nécessaire pour respecter les exigences démocratiques, qui impliquent que le droit de la famille s'exprime au niveau national. Elle devient alors une condition de l'effectivité de la notion même de citoyen européen²⁰⁵³. Il faut donc clairement

²⁰⁴⁹ En cela, les ordres juridiques nationaux restent les seuls correspondant à une acception substantialiste de l'Etat de droit ; (voy. not. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1^o éd. (identique à la 4^o éd. rev. et compl. 1994, 1^o éd. 1992), coll. Taschenbuch Wissenschaft, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1998).

²⁰⁵⁰ Voy. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, préc. ; L'Etat de droit suppose aussi la volonté de s'unir, qui n'est pour l'Union européenne que la volonté indirecte, exprimée par le pouvoir constitué.

²⁰⁵¹ Jürgen HABERMAS, *L'intégration républicaine*. Essais de théorie politique. Paris, Fayard, 1998

²⁰⁵² Refus explicite des documents constitutifs par les peuples français et néerlandais, acceptation ultérieure des textes de substitution de façon bien moins explicite et populaire, refus de la Charte par plusieurs pays.

²⁰⁵³ Citoyen européen pour lequel vaut, autant que pour le citoyen national, qu'« il n'y a pas de citoyen sans Nation, ni de citoyen sans démocratie » (Pierre Mazeaud, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-22/echange-de-voeux-a-l-elysee.50701.html>).

souligner l'importance de la dimension nationale du droit de la famille de l'Union européenne. Comme cela a bien été dit ailleurs, « une Europe unifiée qui oblitère les vieux Etats-nations et devient une superpuissance centralisée, où les identités nationales sont noyées dans une bureaucratie anonyme, n'est pas plus possible que désirable »²⁰⁵⁴. Il n'y a dès lors aucun besoin de rechercher l'existence d'un « peuple européen », l'Europe étant plutôt une « multitude civile »²⁰⁵⁵ susceptible de se muer en une « communauté de citoyens »²⁰⁵⁶, à condition de respecter la dimension nécessairement nationale de la citoyenneté. Il n'est donc pas approprié de considérer qu'« à la communauté des citoyens succède la citoyenneté multiculturelle »²⁰⁵⁷, notion par ailleurs susceptible de transformer le pluralisme en relativisme²⁰⁵⁸. Ce qu'il importe de souligner, au-delà de la querelle stérile des mots²⁰⁵⁹, est « l'apparition d'une notion d'identité plurielle qui permet d'associer à la citoyenneté politique et sociale une citoyenneté qu'il vaut mieux nommer "interculturelle" car le terme renvoie à une conception ouverte des droits culturels »²⁰⁶⁰. L'Union européenne doit en effet rester un « véritable lieu du multiple »²⁰⁶¹.

566. Ce constat est fondamental pour bien saisir les contours de la citoyenneté européenne, qui n'est pas une citoyenneté autopoïétique, mais est bien une

²⁰⁵⁴ Raoul C. van CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur ; Unité et diversité sur deux millénaires*, traduit de l'anglais par Bruno De Dominicis, Dalloz, Rivages du droit, Paris, 2010, spéc. p. 139.

²⁰⁵⁵ La formule est de Toni Negri, « L'Europe est une multitude civile », *Le Monde*, 17 décembre 2010, p. 19, cité par Gilles Rouet, *Citoyenneté de l'Union européenne et nationalités : vers de nouvelles articulations ?*, in *Citoyennetés et nationalités en Europe, Articulations et pratiques*, sous la direction de Gilles Rouet, p. 116.

²⁰⁵⁶ Dominique Schnapper, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, NRF Essais, Paris, 1994, cité également par Gilles Roulet dans l'article précité.

²⁰⁵⁷ C. WHITOL de WENDEL, « La citoyenneté revisitée », in *La question migratoire au 21^e siècle*, 2010, cité par Mireilles DELMAS-MARTY, « Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 15 à 26, spéc. p. 21.

²⁰⁵⁸ La notion de multiculturalisme soulève de façon récurrente d'importants débats en philosophie politique, que nous ne pouvons malheureusement relater ni discuter ainsi, voyez notamment l'ouvrage collectif *Multiculturalism and Political Theory*, édité par A.S. LADEN et D. OWEN, Polity Press, Cambridge, 2007, et l'article de Julie RINGELHEIM, « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction », in *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 1 à 65, spécialement pages 4 à 11.

²⁰⁵⁹ L'on a justement souligné qu'« il importe peu que l'on conserve ou non les termes de multiculturalisme, de citoyenneté ou de démocratie multiculturelle, pour autant que l'on se donne les moyens d'améliorer le fonctionnement de nos démocraties en les ouvrant à la diversité culturelle et identitaire sans sombrer dans les dérives communautaristes », M. MARTINIELLO, *La démocratie multiculturelle – Citoyenneté, diversité, justice sociale*, 2^e édition entièrement remaniée, Presses de Sciences Po, Paris, 2011, p. 146, voyez également la discussion du même auteur sur « Qu'est-ce que le multiculturalisme », *ibid.*, pp. 85 à 108.

²⁰⁶⁰ Mireilles DELMAS-MARTY, « Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux », in *La citoyenneté européenne*, préc., p. 15 à 26, spéc. p. 22, ouvrant ensuite sur la nécessité de concevoir la possibilité d'élargir la notion de citoyenneté à une citoyenneté du monde, dont nous avons souligné l'importance fondamentale pour tout ordre juridique prétendant à l'universel (cf. *supra* partie I, titre I, not. n° 178 et s.). Cette prétention à l'universel étant à nos yeux consubstantiellement liée à l'idéal et l'identité européens, la construction européenne ne pourra se réaliser qu'en restant fidèle à ces valeurs.

²⁰⁶¹ Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2004, p. 377.

« intercitoyenneté »²⁰⁶², supposant et nécessitant les citoyennetés nationales afin de se réaliser et se concrétiser. Or le fait de se trouver face à une intercitoyenneté n'est pas sans conséquences sur la nature de l'ordre juridique de l'Union européenne et la dimension fédérale ou fédérative de celui-ci. Dans un premier temps, cette notion renforce le caractère fédéral de l'Union européenne, puisque « cette intercitoyenneté fédérative appelle un statut autonome qui correspond à différents types de droits et de devoirs »²⁰⁶³. Même si elle « suppose le déplacement physique du ressortissant d'un Etat membre dans un autre Etat fédéré, ce qui le fait changer de sphère de pouvoir et de domination, tout en restant dans le cercle de la Fédération »²⁰⁶⁴, elle n'en confère pas moins des « droits spécifiques dont bénéficient certains individus parce qu'ils sont justement membres d'une Fédération »²⁰⁶⁵, droits fédératifs reconnus à une personne « parce qu'elle appartient (au sens de ressortissant) à un Etat membre de la Fédération »²⁰⁶⁶. Mais puisqu'il s'agit d'une intercitoyenneté, elle ne se substitue pas à la citoyenneté nationale. L'expression selon laquelle « le fédéralisme donne deux patries »²⁰⁶⁷ saisit bien ce phénomène. Dès lors, « le sens profond de l'aventure fédérale est de transformer en communauté politique l'ensemble des composantes fédérées différentes, *tout en sauvegardant l'allégeance initiale des individus membres à l'égard de l'Etat membre* »²⁰⁶⁸.

567. Où l'on voit clairement que le projet fédéral de l'Union européenne peut également représenter une plus-value inestimable pour les Etats européens face aux tensions nées de la mondialisation et des risques que celle-ci présente pour l'effectivité du pouvoir normatif de l'Etat. Dans la mesure où « il va de soi que les Etats antérieurs n'ont accepté de se fédérer que sous la condition déterminante de leur survie à l'état de collectivités fédérées »²⁰⁶⁹, l'Union européenne doit respecter dans toute son étendue le principe d'autonomie des collectivités fédérées²⁰⁷⁰. Cela implique que « non seulement, [l'Union européenne] doit respecter cette autonomie [des Etats membres], mais en outre, elle doit la

²⁰⁶² Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, p. 217 à 231. et s.

²⁰⁶³ *Ibid.*, p. 222.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 223.

²⁰⁶⁵ O. BEAUD, *The question of nationality within a Federation*, p. 323-324 (cité par O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 225-226)

²⁰⁶⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 226.

²⁰⁶⁷ Jean-François AUBERT, *Traité*, t. I, n° 533, p. 204 (cité par O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 228)

²⁰⁶⁸ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 230. C'est nous qui soulignons.

²⁰⁶⁹ S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, p. 73.

²⁰⁷⁰ Sur lequel, voy. not. O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 324 et s.

garantir »²⁰⁷¹. Ainsi, « à côté de la fin commune de la fédération il existe, dans le *telos* de la Fédération, une fin particulariste, propre à chacune des unités fédérées : la conservation de leur existence politique, c'est-à-dire leur autoconservation »²⁰⁷². Dans la mesure où le droit de la famille fait partie des matières nécessaires à « l'autodétermination démocratique »²⁰⁷³, cette remarque fondamentale s'applique parfaitement à la possibilité de façonner le droit de la famille au niveau national pour que les Etats nations européens puissent préserver leur existence politique autonome. Cette obligation implique dès lors un respect scrupuleux des transferts de souveraineté et de compétences effectués par les Etats membres au profit de l'Union européenne. Pour illustrer l'importance de l'autodétermination démocratique en matière de droit de la famille, il est particulièrement révélateur de soulever la question de la prise en compte juridique du « multiculturalisme ». Pour relever ce défi du « multiculturalisme », « l'ambition de concilier citoyenneté, diversité et justice sociale suppose non seulement une intervention sur le front de la philosophie politique, mais aussi et surtout sur celui des politiques publiques ou encore des pratiques sociales »²⁰⁷⁴. Or l'Union européenne serait incapable de relever ce défi, puisque si elle doit se doter d'une philosophie politique de la diversité, il est bien évident que son pouvoir d'action en termes de politiques publiques et d'influence des pratiques sociales est trop limité. Ce pouvoir d'action existe au niveau des Etats nations, ou en tout cas doit y exister si ces Etats nations veulent continuer d'exister en tant que démocraties. La philosophie politique dont se dote l'Union européenne doit donc permettre aux Etats membres de déployer des politiques publiques qui influencent efficacement les pratiques sociales²⁰⁷⁵. On voit clairement que le niveau de prise de décision est le niveau national. L'Union européenne doit intervenir simplement, encore que son intervention soit d'une grande importance, pour garantir l'efficacité des décisions prises par les autorités nationales.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² *Ibid.*, p. 321.

²⁰⁷³ Voy. not. la décision sur le traité de Lisbonne du *Bundesverfassungsgericht* (préc.).

²⁰⁷⁴ M. MARTINIELLO, *La démocratie multiculturelle – Citoyenneté, diversité, justice sociale*, préc., p. 126. La « démocratie multiculturelle » que l'auteur appelle de ses vœux (notamment pp. 125 à 144) ne peut donc à l'évidence se réaliser qu'au niveau national. D'où aussi l'importance donner un terme différent à la démocratie européenne, qui est celle qui permet les démocraties « multiculturelles » nationales, alors que l'Union européenne ne peut pas en elle-même constituer une démocratie « multiculturelle ». Mais elle doit bien, à notre sens, être un ordre juridique pluriel et, espérons-le, démocratique.

²⁰⁷⁵ Ce qui peut justement être contourné par les libertés de circulation. D'où l'importance d'une intervention de l'Union européenne pour garantir l'impérativité des règles nationales, et non l'organisation de la concurrence entre ces règles, cf. *supra*, not. n° 240.

568. Il n'est pas inutile de rappeler à ce titre que les sondages effectués au sein de l'Union européenne montrent sans ambiguïté que « la nationalité reste le premier déterminant de l'identité des Européens »²⁰⁷⁶. La Commission semble cependant avoir trouvé une solution à cette malencontreuse prévalence du sentiment d'identité nationale. Elle ne fait plus poser cette question dans les mêmes études que celles sur le sentiment d'être citoyen de l'Union européenne²⁰⁷⁷. La référence au plus consensuel « sentiment d'être un citoyen de l'Union européenne » a en effet l'avantage de donner de meilleurs résultats, surtout lorsqu'il est déconnecté du sentiment d'appartenance dans un futur proche, qui laisse toujours dominer l'identité nationale²⁰⁷⁸. Mais au final, le constat de l'importance du sentiment d'appartenance nationale ne se laisse pas dissiper.

569. La citoyenneté de l'Union introduit donc une dualité de citoyennetés qui rapproche sensiblement le système de l'Union européenne d'un système fédéral, puisque « la notion de ressortissant européen est en train d'effacer la distinction entre étrangers et

²⁰⁷⁶ D'après l'Eurobaromètre n° 73 : « L'opinion publique dans l'Union européenne », L'identité nationale continue d'occuper la première place dans la définition que les Européens donnent d'eux-mêmes. Appelés à se prononcer sur la manière dont ils se voient dans un avenir proche, 46% des Européens se désignent d'abord par leur nationalité uniquement. 41% répondent « (NATIONALITE) et européen » et 7% « européen et (NATIONALITE) ». Seuls 3% se définissent comme européen. Uniquement 3% ne se prononcent pas (Eurobaromètre 73 : « L'opinion publique dans l'Union européenne », Etude réalisée par TNS Opinion & Social à la demande de la Commission européenne – Direction générale Communication, Coordinée par la Commission européenne - Direction générale Communication, novembre 2010, p. 116, accessible sous : http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb73/eb73_vol2_fr.pdf).

²⁰⁷⁷ A l'exception notable de l'Eurobaromètre Standard n° 77. Les Eurobaromètres suivants qui reprennent la question sont les études 76.4 (Eurobaromètre spécial n° 379) et 77, alors que le sentiment d'être citoyen de l'Union européenne a été sondé par les études 75, 77 et 78, ce dernier remplaçant de façon révélatrice cette question par celle sur « l'opinion sur une fédération d'Etats-nations » (toutes les publications sont disponibles sur le site de la Commission, sous : http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_arch_fr.htm). Leur étude est également intéressante à d'autres titres, par exemple pour constater que l'Union européenne, après « la liberté de voyager, étudier et travailler partout dans l'Union européenne » (42%) et « l'euro » (35%), est tout autant vue comme « la paix » (26%) que comme « un gaspillage d'argent » (27%) ou « la bureaucratie » (23%) (Eurobaromètre 78, L'opinion publique, p. 46). L'Eurobaromètre 77 de mai 2012 montre également que l'attachement des européens à leur « pays » reste très fort (91 %, dont 51 % très attachés), sans commune mesure avec l'attachement à l'Union européenne (46 %, dont 8 % très attachés !, voyez p. 7)

²⁰⁷⁸ A partir de l'Eurobaromètre 75 (p. 54), élément marquant, ce sentiment est resté stable, par rapport aux résultats obtenus l'année précédente, lorsque l'on interrogeait pourtant également les personnes sur leur sentiment d'identité, qui faisait apparaître l'importance de sentiment d'appartenance nationale (en 2010, 62 % étaient ainsi d'accord (21 % tout à fait, 41 % plutôt) avec la proposition « vous sentez vous citoyen(ne) de l'Union européenne », alors que 87 % des sondés se définissaient uniquement ou prioritairement par leur nationalité, dont 46 % uniquement par leur nationalité, ce qui signifie qu'une partie de ceux-ci est d'accord avec le fait de se sentir citoyen de l'Union européenne. Cette apparente anomalie peut sans trop de mal s'expliquer par les techniques de sondages, l'exemple ci-dessus étant topique de la possibilité d'orienter les réponses, les interrogés ayant une tendance naturelle à donner la réponse que la personne qui interroge attend d'elles, notamment lorsqu'il s'agit de sonder son accord avec des principes qui ne présentent que des avantages et dans l'immédiat aucun inconvénient ! En 2011, 61 % des sondés se sentaient citoyens de l'Union européenne, alors que 38 % se définissaient uniquement par leur nationalité (ce résultat permet au moins une certaine cohérence). En 2012 (Eurobaromètre 78, citoyenneté), 63 % des sondés se disaient sentir citoyen de l'Union européenne.

nationaux qui caractérisait le statut des membres des anciens Etats européens et indépendants »²⁰⁷⁹. Le principe d'intercitoyenneté européenne rapproche dès lors en théorie sensiblement les différentes nations européennes, car il entraîne l'« effet fondamental de faire disparaître la notion d'étranger de la catégorie des ressortissants de la même Fédération »²⁰⁸⁰ ce qui « implique de nouveaux droits et devoirs » pour ces citoyens²⁰⁸¹. Dans le domaine du droit de la famille, ces nouveaux droits et devoirs se traduisent par la consécration de l'unité du statut familial au sein de l'ensemble du territoire de l'Union européenne²⁰⁸². Mais, et ce point est capital, cette unité ne doit être obtenue qu'en respectant la dimension nationale de la citoyenneté de l'Union européenne. Premièrement parce que, « même si [...] une structure fédérative, quelle qu'elle soit, se caractérise par la multiplicité de ses buts, il ne faudrait surtout pas oublier que seul un Etat est en mesure d'agir dans toutes les directions et de réaliser cette ubiquité. Il y a donc un antagonisme irréductible entre principe d'omnicompétence et principe de partage des compétences, entre Fédération et Etats membres »²⁰⁸³. Or le droit de la famille illustre parfaitement la nécessité pour les Etats nationaux de pouvoir exercer pleinement leur compétence en ce qui concerne les orientations matérielles à donner. En matière familiale, les droits et devoirs attachés à la citoyenneté doivent donc être définis au niveau national. Deuxièmement, et ce point est encore plus important, « il ne peut exister de Fédération que tant que le conflit d'allégeance et de loyauté ne se pose. [...] Lorsque le conflit de loyauté survient, le risque de sécession surgit, et avec lui le risque [...] de dissolution du pacte fédératif »²⁰⁸⁴. Or, en matière de droit de la famille, la citoyenneté européenne ne doit pas devenir un outil par lequel les citoyens nationaux pourraient se défaire des devoirs que leur nation fait peser sur eux. A défaut, l'Union européenne permettrait de se servir de l'allégeance à l'égard de l'Union européenne aux dépens de l'allégeance nationale, et provoquerait ainsi le conflit d'allégeance et de loyauté tant redouté. Les conséquences risqueraient d'être dramatiques, car après la dislocation de l'impérativité des ordres juridiques nationaux par l'Union européenne, on risquerait bien d'assister à la dissolution du pacte fédératif à la base de l'Union européenne. Ce qui resterait *in fine* est impossible à prédire, mais cette incertitude est en elle-même évidemment inquiétante.

²⁰⁷⁹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 221.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 229.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² Cf. *supra*, n° 302 et s.

²⁰⁸³ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 318.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 230, l'auteur évoquant même le risque de guerre civile.

570. La reconnaissance de l'objectif du respect des ordres juridiques nationaux répond cependant parfaitement à ces inquiétudes. En acceptant le caractère irréductiblement premier de l'ordre juridique national par rapport à l'ordre juridique européen, l'Union européenne peut se réaliser en tant que fédération d'Etats nations sans compromettre les fondements de sa viabilité. L'objectif de diversité des statuts familiaux s'inscrit ainsi bien dans la nature institutionnelle particulière dans laquelle se trouve l'Union européenne, et qui s'exprime en premier lieu par les conditions d'accès à la citoyenneté fédérative. On soutient en effet que « l'unité fédérée est elle-même compétente pour déterminer l'accès à la citoyenneté », ce qui n'est pas le cas pour l'Union européenne, l'article 20 TFUE stipulant sans ambiguïté qu'« est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre » et que « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas »²⁰⁸⁵. Cette dépendance directe de la citoyenneté de l'Union à l'égard de la citoyenneté nationale au regard de son mode d'acquisition fait que l'Union européenne est une « fédération émergente »²⁰⁸⁶, qui reste très loin d'un Etat fédéral.

571. La reconnaissance de l'objectif de diversité des statuts familiaux est également lourde de conséquences en ce qui concerne la conception du droit de l'Union européenne au sens le plus général. Ce droit ne peut pas en effet se poser comme un droit total, au sens où il prétendrait atteindre une vérité ou une justice qui puisse être imposée aux ordres juridiques nationaux. La vérité et la justice que le droit de l'Union européenne doit atteindre sont au contraire celle de la coordination de la diversité. La valeur de justice absolue poursuivie par le droit de l'Union européenne est ainsi la possibilité de la communication et de la traductibilité entre les ordres juridiques qui composent l'Union européenne. Fournir ce cadre est un objectif très ambitieux, mais il implique aussi d'avoir conscience des nécessaires limitations matérielles des valeurs affirmées par l'Union européenne. Car pour être dans la communication et la traduction, il faut être capable de rester neutre lorsque l'on est l'arbitre qui fait communiquer²⁰⁸⁷. Le droit de la famille de l'Union européenne rejoint ainsi idée que le cœur de l'identité européenne s'exprime parfaitement par le concept de traduction²⁰⁸⁸. Au sujet de l'Europe sociale, un auteur a bien mis en exergue ce défi, en affirmant que

²⁰⁸⁵ Art. 20 TFUE.

²⁰⁸⁶ Voy. notamment C. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger, Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 51 et s.

²⁰⁸⁷ A la différence du sujet qui traduit, qui ne peut jamais être neutre, mais doit être capable de s'ouvrir à et de comprendre l'altérité

²⁰⁸⁸ Voy. not. F. JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, préc., note 156 et F. OST, *Traduire: défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009.

« construire plus de solidarité en Europe exige l'invention et l'enrichissement d'une activité politique commune européenne ; pour lui donner des ressources de légitimité, il faut construire un espace d'intercommunication des langues et des cultures politiques nationales »²⁰⁸⁹. Transposée à la construction d'une Europe juridique, la remarque garde son sens. Si l'Union européenne veut trouver une légitimité en matière de droit de la famille, elle doit trouver un cadre permettant l'intercommunication et la coordination des différents systèmes juridiques nationaux. Cette coordination implique compréhension et acceptation, et non mépris des différences et uniformisation.

572. Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux est donc un objectif fondamental si l'Union européenne veut garder un sens et une cohérence dans sa dimension politique. Mais le débat sur l'objectif de la diversité des statuts familiaux ne se limite pas à son influence sur la nature politique de l'Union européenne. Cet objectif entraîne en effet des conséquences tangibles sur le droit que l'Union européenne peut adopter en matière de droit de la famille.

B L'encadrement des pouvoirs de l'Union européenne

573. L'objectif de diversité des statuts familiaux a alors des conséquences concrètes très importantes sur l'élaboration du droit de la famille de l'Union européenne. Il condamne en effet toute velléité d'harmonisation européenne, notamment en privant l'Union européenne de toute compétence en ce domaine. Le droit de la famille de l'Union européenne ne peut donc pas consister en une unification ou harmonisation des droits matériels de ses Etats membres. Sur le plan institutionnel, l'harmonisation matérielle du droit de la famille au niveau européen est ainsi totalement exclue. Cette conséquence paraît évidente à la lecture des stipulations des traités. Pourtant, face à l'inventivité débordante d'une partie de la doctrine, il est loin d'être inutile de revenir sur la question de l'incidence de l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux sur la compétence de l'Union européenne²⁰⁹⁰.

²⁰⁸⁹ Jean-Claude BARBIER, *La longue marche vers l'Europe sociale*, PUF, Paris, 2008, p.252 (qui fournit par ailleurs des éléments très riches pour la réflexion générale sur la diversité culturelle, cf. pages 105 à 174, et qui plaide de façon convaincante en faveur du multilinguisme européen, tout en ayant conscience du caractère malheureusement peu probable de sa réalisation, cf. pages 227 à 258)

²⁰⁹⁰ A l'égard de cette compétence, on peut en effet lire à peu près tout et n'importe quoi. Voy. plus généralement sur la question p. ex. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, «Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in*

574. Un premier raisonnement consiste à affirmer que, au sujet de la convergence des législations en matière de droit des personnes et de la famille, la « voie [du] rapprochement par la substitution d'une législation européenne aux législations nationales [...] peut être empruntée tant en ce qui concerne les solutions de droit international privé que des solutions de droit matériel », et ce sur le fondement des articles 114 et 115 TFUE, donc « au titre de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur »²⁰⁹¹. L'auteur du raisonnement concède certes que la base juridique de l'article 114 est exclue pour les dispositions relatives à la libre circulation des personnes par le paragraphe 2 du même article. Mais il n'en déduit pas l'impossibilité du recours à cette stipulation. Il en tire simplement que « l'harmonisation, en matière de droit des personnes et de la famille, sera *difficilement réalisable* au titre de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur »²⁰⁹². *A contrario* cela signifie que, difficilement réalisable, cette harmonisation est pourtant juridiquement possible. Or il y a un gouffre entre l'impossibilité juridique prévue par le traité, qui se déduit ici directement de l'exclusion de la libre circulation des personnes, et la « difficulté de réalisation » que l'on voudrait en déduire. L'absurdité ne s'arrête cependant pas là. L'article 115 TFUE permettant à l'Union européenne, « sans préjudice de l'article 114 », de rapprocher les « dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur »²⁰⁹³, « pourrait, peut-être, constituer la base juridique d'une action en matière de droit des personnes et de la famille (*sic*) »²⁰⁹⁴. L'inconvénient de cette proposition est que l'article 114 TFUE, outre qu'il ne permet le recours qu'à des directives²⁰⁹⁵, requiert l'unanimité, laquelle est « difficile à envisager [...] dans les domaines du droit des personnes et de la famille »²⁰⁹⁶. L'harmonisation du droit de la famille sur la base du marché intérieur sera donc difficile parce qu'« il existe des résistances consubstantielles aux finalités de l'Union »²⁰⁹⁷. Et voilà que l'harmonisation du droit des personnes et de la famille s'est

Europe, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 194 à 216, spéc. p. 195 ; W. PINTENS, « Europeanisation of Family Law », in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 22.

²⁰⁹¹ L. BERNARDEAU, « Citoyenneté et droit communautaire », dans *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint : Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? - Droit privé européen : l'unité dans la diversité : convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, Sellier European Law Pub., Munich, 2011, spéc. p. 283- 296 à la page 294.

²⁰⁹² *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

²⁰⁹³ *Ibid.*

²⁰⁹⁴ *Ibid.*

²⁰⁹⁵ Ce que l'auteur feint (ou en tout cas nous le supposons) d'ailleurs d'ignorer...

²⁰⁹⁶ L. BERNARDEAU, *Citoyenneté et droit communautaire*, préc., note 2117 à la page 294.

transformée en « finalité de l'Union » ! Curieuse conception du marché intérieur pourtant que celle impliquant la nécessité d'une harmonisation du droit de la famille. Curieuse conception qui, au-delà du fait qu'elle est hautement condamnable, est abandonnée par l'Union elle-même²⁰⁹⁸.

575. Le fondement de la compétence de l'Union européenne en matière de droit de la famille est donc à chercher dans la libre circulation des personnes, conçue comme une liberté détachée du marché intérieur. La base juridique naturelle serait dès lors le paragraphe 2 de l'article 21 TFUE²⁰⁹⁹. Mais en matière d'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et de coopération judiciaire en matière civile, cet article est évincé par les stipulations particulières du traité, nommément l'article 81 TFUE. L'article 21 TFUE pourrait alors, prétendument, servir de base juridique à une harmonisation du droit de la famille au sein de l'Union européenne :

« L'article 65 TCE parle de mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière. Compte tenu du fait qu'aucune indication temporelle n'est donnée quant à la condition de l'incidence transfrontière, la position suivante peut être adoptée. Chaque situation interne qui n'est connectée qu'à un ordre juridique national peut – hypothétiquement – devenir une situation transfrontière (sic!). Afin de garantir la libre circulation des personnes en Europe, la Commission européenne devrait prendre les mesures nécessaires pour éviter la perte d'un statut juridique, qui par exemple peut résulter du changement de la résidence si l'élément de rattachement n'est pas stable, lorsque la loi applicable est déterminée sur la base de la résidence habituelle²¹⁰⁰. Conformément à cette interprétation large de l'article 61

²⁰⁹⁷ *Ibid.*

²⁰⁹⁸ Puisque celle-ci montre clairement sa volonté, par ses programmes stratégiques, de ne plus s'immiscer, pour le moment, dans le droit de la famille de ses Etats membres.

²⁰⁹⁹ Stipulant que :

« si une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif [de la libre circulation du citoyen de l'Union], et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1. ».

Cf. égal. *infra* les débats sur la base juridique du règlement sur la libre circulation des documents publics.

²¹⁰⁰ Mme Boele-Woelki faisant référence également sur ce point à N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 37 à 64.

TCE l'Union européenne pourrait même prendre des mesures afin d'harmoniser ou d'unifier en Europe le droit matériel de la famille »²¹⁰¹.

576. En prenant toutes les libertés imaginables avec le sens élémentaire des mots²¹⁰² et les principes de base du droit de l'Union européenne²¹⁰³, il devient alors possible de justifier une compétence de l'Union européenne en matière de droit substantiel de la famille. Pourtant, il suffit de réintroduire un minimum de rigueur et de respect pour l'Etat de droit pour disqualifier un tel « raisonnement ».

577. Le dernier raisonnement mobilisé pour conférer une compétence à l'Union se place sur le terrain des droits fondamentaux²¹⁰⁴. Ainsi, « la valeur normative dont est dotée la charte [...] peut constituer un point tournant pour le droit des personnes et de la famille »²¹⁰⁵ permettant l'élaboration du droit de l'Union « au sein duquel pourront être formulés des principes déterminant la structure et l'évolution du droit de la famille »²¹⁰⁶. L'Union européenne acquerrait donc sur le fondement de la Charte la compétence pour « déterminer la structure et l'évolution du droit de la famille ». C'est évidemment oublier que la Charte prévoit elle-même qu'elle « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités »²¹⁰⁷, que la Cour de justice en déduit que sa mission consiste à « interpréter, à la lumière de la charte, le droit

²¹⁰¹ Voy. BOELE-WOELKI, «The Working Method of the Commission on European Family Law», in *Common Core and Better Law in European Family Law*, édité par Katharina BOELE-WOELKI, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 15 à 38, spécialement note de bas de page n° 12, p. 18 : « Article 65 of the EC Treaty speaks of measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications. Due to the fact that no time indication is provided regarding the required cross-border implications the following view can be taken. Each internal relationship which is only connected to one national jurisdiction can – hypothetically – become a cross-border relationship (sic!). In order to guarantee the free movement of persons in Europe the EU Commission should take appropriate steps to avoid a loss of legal position, which for instance, can arise with a change of residence if the connecting factor is not immutable, but where the applicable law is based on the habitual residence in question. According to this broad interpretation of Article 61 EC Treaty the European Union even could take measures in order to harmonise or unify the substantive family law in Europe» (c'est nous qui traduisons et soulignons ; pour une plus ample «démonstration», voyez K. BOELE-WOELKI, «De competentie van de Europese Unie in familiezaken», FJR, 2004, p. 289 et s.). La citation est tellement révélatrice à notre sens qu'elle mérite d'être intégralement reprise.

²¹⁰² Qui transforment notamment la situation interne en situation transfrontière et *vice-versa*.

²¹⁰³ Et surtout le principe d'attribution des compétences.

²¹⁰⁴ Dans la droite ligne d'une tendance malheureusement trop répandue en doctrine, qui consiste à invoquer les droits fondamentaux un peu partout, en méconnaissance du principe, pourtant indispensable, consistant à réserver les droits fondamentaux à un nombre limité de situations dans lesquelles leur respect est nécessaire. Le risque est celui de la dilution du concept de droits fondamentaux et de l'autorité qui leur est accordée (voy. sur cette question également *supra*).

²¹⁰⁵ L. BERNARDEAU, *Citoyenneté et droit communautaire*, préc., note 2117 à la page 295.

²¹⁰⁶ *Ibid.* à la page 296.

de l'Union *dans les limites des compétences attribuées à celle-ci* »²¹⁰⁸ et que le principe du respect de l'Etat de droit, principe pourtant déclaré cardinal pour l'Union européenne²¹⁰⁹, implique avant tout un strict respect de la légalité des normes hiérarchiquement supérieures. Toutes ces considérations ne devraient en effet pas s'opposer à la volonté de faire « progresser la cause des droits de l'homme », laquelle, fort opportunément, impliquerait tout d'un coup l'harmonisation du cœur du droit de la famille.

578. Face aux errements d'une partie de la doctrine il est nécessaire de rappeler que rien dans les traités ne confère une compétence à l'Union européenne pour régler le droit matériel de la famille, à la différence du droit international privé de la famille pour lequel elle est expressément prévue²¹¹⁰. Les institutions de l'Union européenne feraient bien de le rappeler plus souvent et plus clairement, certaines « avancées » récurrentes, heureusement non suivies, du Parlement européen en matière de mariage entre personnes de même sexe témoignant d'une tentation certaine de ne pas s'encombrer avec le respect des exigences des traités en termes de répartition des compétences²¹¹¹. La conscience de ce que « l'unification aveugle serait un appauvrissement et un manque de souplesse là où les relations sociales qui sont l'objet de la réglementation par le droit, diffèrent essentiellement »²¹¹² est pourtant bien antérieure à la construction de l'Union européenne elle-même. Que l'on puisse néanmoins lire qu'« il a été démontré de façon irréfutable qu'à long terme l'unification européenne des règles de conflit de juridictions en matière de divorce, et en outre l'unification prévue des règles de conflit de lois en matière de divorce rend nécessaire d'harmoniser en Europe les droits du divorce matériels »²¹¹³ ne fait que souligner

²¹⁰⁷ Article 51, § 2 de la Charte.

²¹⁰⁸ C-400/10 PPU, Arrêt du 05/10/2010, *McB.*, c'est nous qui soulignons.

²¹⁰⁹ Voy. notamment l'article 2 TUE.

²¹¹⁰ Voy. l'article 81, § 3 TFUE.

²¹¹¹ Le Parlement européen n'ayant eu cesse de se prononcer en faveur d'une reconnaissance de la possibilité pour les couples de personnes de même sexe de se marier ; voyez la résolution du 8 février 1994, le Parlement européen demande clairement aux États membres de mettre fin à « l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes », recommande de « leur garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats » et de supprimer « toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants ».

²¹¹² Adolf F. SCHNITZER, *De la diversité et de l'unification du droit – Aspects juridiques et sociologiques*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bale, 1946, p. 106

²¹¹³ « It has been unmistakably demonstrated that in the long run the European unification of the rules on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in divorce matters and, in addition, the planned unification of the conflict of law rules on divorce makes it necessary to harmonise the substantive divorce laws in Europe », (Katherina BOELE-WOELKI, « The Working Method of the Commission on European Family Law », in *Common Core and Better Law in European Family Law*, édité par Katharina BOELE-WOELKI, Anvers – Oxford, Intersentia, 2005, p. 15 à 38, spéc. p. 19-20, faisant référence à M. JÄNTERÄ-JAREBORG,

l'aveuglement acharné avec lequel les idéologues de l'harmonisation du droit de la famille conçoivent leur rôle de scientifiques. Cela pourrait évidemment laisser inquiet quant aux finalités profondes poursuivies par le droit international privé de l'Union européenne. Cette inquiétude n'est cependant pas appropriée. Comme les enjeux concernés par le droit de la famille impliquent d'être appréhendés au niveau national, les principes de subsidiarité et de proportionnalité se dressent comme un obstacle infranchissable à une harmonisation du droit de la famille par l'Union européenne. Si les articles 21, paragraphe 2 et 81 TFUE confèrent donc une compétence à l'Union européenne pour permettre aux citoyens de l'Union l'exercice de leur droit de circuler librement, ils le font en respectant l'article 5 TUE, et notamment les principes de subsidiarité et de proportionnalité²¹¹⁴. Les propositions de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés soulignent ainsi que le principe de proportionnalité est respectée parce qu'elles « n'harmonise[nt] pas le droit [matériel] des États membres ». Or le raisonnement *a contrario* est ici évident. Si les règlements harmonisaient le droit matériel de la famille, ils ne respecteraient plus les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il serait tellement simple pour l'Union européenne d'inscrire clairement cette considération dans les instruments adoptés. Elle renforcerait la justification de son action, tout en coupant court aux critiques tenant à l'harmonisation rampante. Le législateur européen doit donc clairement inscrire dans les considérants des instruments européens de droit de la famille à venir que les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont respectés parce que l'instrument en question n'harmonise pas le droit de la famille des États membres²¹¹⁵. L'apport de l'objectif de diversité des statuts familiaux est de démontrer que l'intervention des principes de subsidiarité

»Unification of International Family Law in Europe – A Critical Perspective», in Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, édité par K. BOELE-WOELKI, Anvers, Intersentia, 2003, p. 194 à 216).

²¹¹⁴ Et le même raisonnement vaut *a fortiori* pour l'article 352, dans la mise en œuvre duquel, en vertu du paragraphe 2 du même article, le principe de subsidiarité jouit d'une importance particulière, et qui n'a qu'une vocation très résiduelle, si ce n'est aucune vocation, à intervenir en raison de l'existence de la stipulation spéciale des articles 21, paragraphe 2 et 81 TFUE. Pour rappel, l'article 352 stipule que : « 1. Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

et de proportionnalité ne se fait pas ici en contradiction des objectifs de l'Union européenne, mais justement en respectant et en promouvant chacun des objectifs de celle-ci.

579. Ces développements ont une conséquence importante sur l'étendue de la compétence de l'Union européenne en matière de droit de la famille. Celle-ci ne peut trouver son fondement que sur la base de la libre circulation des citoyens de l'Union européenne²¹¹⁶. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité s'opposent cependant à ce que l'action sur la base de la libre circulation des personnes entraîne une harmonisation du droit matériel²¹¹⁷. Dès lors, le principe d'attribution des compétences²¹¹⁸ a pour conséquence que les interventions européennes ne peuvent concerner que le droit de la famille « non-substantiel », au sujet duquel la possibilité d'intervention est expressément prévue²¹¹⁹. La compétence attribuée par l'article 21 § 2 s'épuise donc, en matière de droit de la famille, dans l'article 81 TFUE, ce qui implique, pour atteindre les objectifs liés à la citoyenneté européenne en matière familiale, que ce dernier soit effectivement mis en œuvre²¹²⁰. En même temps, l'article 81 TFUE ne se conçoit que comme un prolongement de l'article 21 TFUE, sans lequel l'action du législateur européen perdrait sa raison d'être²¹²¹. En dehors de l'article 81 TFUE, et à moins d'attribuer expressément la compétence à l'Union européenne d'intervenir en matière de droit matériel de la famille, ce qui supposerait non seulement une modification des traités de l'Union européenne, mais également, en raison de l'importance du droit de la famille pour les démocraties nationales, une modification des constitutions, voire des structures constitutionnelles²¹²², des Etats membres, l'Union européenne est dépourvue de compétence dans le domaine du droit de la famille.

²¹¹⁵ Inspiration qui est à l'évidence aussi celle de la proposition de règlement sur la libre circulation des documents publics.

²¹¹⁶ Article 21 § 2 TFUE, à l'exclusion de son lien avec le marché intérieur (Articles 114 et 115 TFUE) et la Charte des droits fondamentaux (Article 51 § 2 de la Charte)

²¹¹⁷ Article 5 §§ 1, 3 et 4 TUE.

²¹¹⁸ Article 5 §§ 1 et 2 TUE.

²¹¹⁹ Article 81, notamment § 3, TFUE.

²¹²⁰ L'absence d'initiative du législateur peut donc inciter la Cour de justice à intervenir, et pour elle le fondement de sa position ne peut être que les stipulations sur la citoyenneté de l'Union. Il serait à ce titre fort utile de plus clairement mettre en avant l'apport de l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la citoyenneté européenne, pour que le juge conçoive davantage celle-ci à l'aune des objectifs de celui-là.

²¹²¹ Qui est de permettre la libre circulation du citoyen européen. Où l'on voit que les deux articles sont dans une relation très étroite, qu'il serait dangereux d'ignorer.

²¹²² Ce qui soulèverait des problèmes notamment en Allemagne, où certaines dispositions de la constitution sont considérées comme immuables, en raison de la *Ewigkeitsklausel* prévu à l'article 79 de la Loi fondamentale fédérale qui protège notamment l'article 20 qui dispose que :

« (1) *La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social.*

(2) *Tout pouvoir d'Etat émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.*

580. La base juridique choisie pour la proposition de règlement relatif aux actes publics²¹²³ mérite à ce titre d'être analysée brièvement. Le choix de la base juridique de l'article 21 § 2 TFUE pourrait en effet à première vue inquiéter, puisqu'en ne faisant plus référence à l'article 81 TFUE, elle pourrait impliquer une volonté de consacrer implicitement une compétence s'étendant à tout le droit de la famille, ce qui reviendrait en réalité à poser une compétence illimitée de l'Union européenne, fondée sur l'idée que toute diversité est en elle-même une restriction de la liberté de circulation. Or, en réalité, si le choix de cette base juridique est regrettable, ce n'est pas parce qu'il étend excessivement la compétence de l'Union européenne, mais au contraire parce qu'il limite trop l'action de l'Union. La justification de cette base juridique est que la proposition « ne traite pas de la reconnaissance des effets des documents publics entre les États membres »²¹²⁴. Le règlement a dès lors vocation à s'appliquer « à l'acceptation de documents publics qui doivent être présentés aux autorités d'un Etat membre »²¹²⁵, mais non « à la reconnaissance du contenu de documents publics délivrés par les autorités d'autres Etats membres »²¹²⁶. L'exclusion de toute reconnaissance substantielle et la limitation aux seuls effets probatoires a pour conséquence que la proposition ne fait en rien progresser l'objectif d'unité du statut familial ! L'angle d'action choisi par la Commission est ainsi tellement restreint qu'il ne correspond à aucune des hypothèses prévues par l'article 81 pour la coopération judiciaire en matière civile. Il s'agit d'une harmonisation de certaines règles purement administratives de l'état civil international²¹²⁷. Ces formalités administratives constituent certainement aussi un obstacle à la libre circulation du citoyen de l'Union, mais un obstacle purement administratif qui n'a rien à voir avec les sérieux inconvénients découlant d'une discontinuité du statut familial. Le choix de la base juridique est donc juridiquement fondé. Mais il a pour conséquence que le règlement proposé ne peut en rien faire progresser l'unité du statut familial, qui aurait impliqué le choix de la base juridique de l'article 81 TFUE. On peut donc regretter l'absence

(3) *Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit.*

(4) *Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible. ».*

²¹²³ (COM (2013) 228 final)

²¹²⁴ Proposition, p. 6

²¹²⁵ Article 2 § 1 de la proposition.

²¹²⁶ Art. 2 § 2.

²¹²⁷ Sans pour autant constituer des mesures relevant de la coopération administrative, auquel cas l'action de l'Union européenne serait très limitée, puisque les mesures pour améliorer la capacité administrative des Etats membres à mettre en œuvre le droit de l'Union doivent intervenir « à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres », voyez l'article 197 TFUE, conçue de toutes manières pour une coopération administrative *stricto sensu*.

d'ambition que traduit cette proposition. Tout comme on doit craindre l'affaiblissement de l'objectif d'unité du statut familial que risque d'entraîner l'enfermement de l'action européenne dans un cadre aussi restreint.

581. L'objectif de la diversité des statuts familiaux entraîne donc très concrètement comme conséquence que l'Union européenne est totalement dépourvue du pouvoir d'harmoniser le droit de la famille matériel, l'absence de compétence dans le domaine du droit de la famille matériel et les principes de subsidiarité et de proportionnalité dans l'exercice des compétences dans le domaine de la libre circulation des personnes, qui impliquent des mesures de droit international privé de la famille, s'y opposant radicalement. Et cet objectif est également porteur d'importantes conséquences sur la façon de concevoir le droit international privé européen de la famille. Avant d'envisager celles-ci, il est cependant utile de se demander, à titre de conclusion, quel impact l'objectif de diversité des statuts familiaux peut avoir sur l'analyse du fédéralisme européen. Le droit de la famille de l'Union européenne, en ce qu'il doit pleinement respecter la nature fédérale particulière de l'Union européenne, est en effet un puissant révélateur de la « réalité du fédéralisme européen »²¹²⁸.

²¹²⁸ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préc., note 103, spéc. p. 363.

Conclusion du titre : Le droit international privé européen de la famille et la réalité du fédéralisme européen

582. L'Union européenne ne peut intervenir en droit de la famille qu'en respectant la diversité des ordres juridiques nationaux et en s'abstenant de toute harmonisation du droit matériel de la famille. Cela ne doit pas l'empêcher d'intervenir dans le droit « non-substantiel » de la famille, principalement, comme nous le verrons, le droit international privé de la famille, faute de quoi l'objectif d'unité du statut familial ne saurait être atteint. Mais l'objectif de la diversité des statuts familiaux oriente également l'action de l'Union européenne dans le champ de compétence dans lequel elle peut agir. Même s'il est inévitable que les règles de droit international privé affectent le droit matériel, parmi celles qui permettent d'atteindre l'objectif d'unité du statut familial, l'Union européenne doit choisir celles qui portent le moins atteinte au droit matériel des Etats membres et qui respectent donc au mieux l'objectif de diversité des statuts familiaux.

583. Les institutions européennes ne peuvent ignorer les limitations de pouvoirs qui découlent du respect des traités, notamment celle résultant du fait que la souveraineté réside uniquement au niveau des Etats membres. Les actes fondateurs des Etats, c'est-à-dire leurs constitutions, intègrent certes la construction européenne²¹²⁹, ce qui limite le pouvoir des institutions nationales dans un sens pro-européen. Mais cette limitation du pouvoir national résulte de la décision prise par les peuples nationaux. Il est parfaitement concevable que s'exprime un jour une « souveraineté européenne » qui prévoirait que l'Union européenne constitue un Etat ou ordre juridique, qui doit – entre autres missions – respecter les Etats nationaux et leur souveraineté. Il y aurait ainsi une double expression de la souveraineté, dont on voit mal pourquoi il faudrait refuser de tenir compte pour de prétendues impossibilités théoriques²¹³⁰, alors que le propre de la souveraineté est justement d'être absolument libre, y

²¹²⁹ Ce qui a des conséquences considérables, puisque la légitimité de l'Etat et de l'exercice de la puissance publique sont subordonnés à la condition de la contribution à et du respect de la construction européenne.

²¹³⁰ Voy. sur ce point le « dilemme de Calhoun », sur lequel, voyez notamment O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, spéc. p. 39 à 65 (et qui est résumé en ces termes : « John C. Calhoun, partisan des droits des Etats fédérés contre ceux de l'Union présente l'alternative suivante : soit la souveraineté appartient à chacun des Etats fédérés et leur association ne forme alors qu'une Confédération dénuée de toute souveraineté ; soit la souveraineté appartient à l'Etat fédéral et les Etats fédérés perdent alors leur souveraineté et par conséquent leur qualité étatique » (*ibid.*). Comme le rappelle M. Olivier Beaud, ce dilemme « a pour effet de rendre l'Etat fédéral

compris à l'égard des constructions théoriques²¹³¹. Mais l'on ne trouve guère de traces de la manifestation ou de l'expression d'une telle « souveraineté européenne ». Par conséquent, les prérogatives dont dispose l'Union européenne ne sont que celles que les Etats membres lui ont attribuées, et non celles qu'un hypothétique « peuple européen » lui confère. Cela restreint considérablement les pouvoirs et compétences de l'Union européenne dans le sens d'une limitation radicale aux compétences d'attribution prévues par les traités. Le fait que ces traités exigent le respect des identités nationales n'enlève rien à ce constat, puisque ce n'est pas la « souveraineté » de l'Union européenne qui est ainsi limitée, mais ses compétences d'attribution, lesquelles doivent être exercées dans le respect des identités nationales des Etats membres. L'Union européenne ne peut donc par elle-même modifier ni les finalités ni l'objet de son action, puisque cela reviendrait à revendiquer l'existence d'un pouvoir créateur – constituant ? – dont elle ne dispose pas en raison de l'absence d'adhésion directe des peuples européens à l'Union européenne, ni *a fortiori* étendre la sphère de ses compétences²¹³². Cette considération peut déjà faire hésiter quant à l'affirmation que les droits du citoyen européen tels que résultant du traité impliquent une unité du statut familial. Nous pensons cependant qu'une telle interprétation est non seulement compatible avec les traités, mais également conforme à l'esprit du projet européen. D'un autre côté, cette considération donne une importance particulière au nécessaire respect des identités nationales et donc à l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille des Etats membres. Toute atteinte à ce nécessaire respect serait ainsi une violation directe du traité. Mais plus gravement encore, une telle négation de la diversité des droits de la famille serait également une véritable usurpation de pouvoirs de la part de l'Union européenne, radicalement dépourvue de compétence en matière de droit substantiel de la famille, et une violation du pacte fondateur de l'Union européenne qui trouve sa légitimité dans les souverainetés nationales²¹³³. Une telle atteinte aux principes de souveraineté et d'Etat de droit serait évidemment très hasardeuse, tant elle ébranle les fondements de notre acception contemporaine de la démocratie et risque de rompre le nécessaire lien de confiance qui doit exister entre le citoyen et l'ordre juridique que

littéralement impensable dans la mesure où cet « État central » n'a de fédéral que le nom. En réalité, il ne constitue qu'une forme particulière d'État unitaire, un État unitaire plus décentralisé que les autres » (p. 45).

²¹³¹ Voy. à cet égard notamment l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du Vapeur Wimbledon du 17 août 1923 (http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf) et dans lequel la CIJ énonce que la souveraineté est tellement absolue qu'elle autorise aussi des renoncements irrévocables à la souveraineté.

²¹³² A cet égard il n'est pas inutile de garder à l'esprit que « dans les constitutions fédérales modernes, le but de la Fédération ne saurait jamais être attributif de compétences juridiques dès lors qu'il existe des dispositions constitutionnelles relatives au partage des compétences entre instances fédérales et fédérées » (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 275 et les références citées), ce qui est évidemment le cas pour l'Union européenne.

l'on lui impose. L'objectif de la diversité des statuts familiaux est donc indiscutablement d'une importance capitale, y compris au regard de considérations qui dépassent ses implications juridiques directes, et la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial ne doit en aucun cas se faire à ses dépens.

584. L'objectif de la diversité des droits familiaux, qui implique un respect des identités et ordres juridiques nationaux, révèle ainsi que la citoyenneté de l'Union européenne, correctement entendue, n'est pas une remise en cause ou un affaiblissement des « citoyennetés » nationales. Il importe en effet de bien faire la distinction entre l'appartenance fédérale et la nationalité pour être capable de comprendre que ces deux formes de citoyenneté ne se contredisent pas²¹³⁴. Bien au contraire : en insistant sur l'importance des droits nationaux et en la sublimant, la citoyenneté européenne renforce l'importance de la nationalité dans le cadre de la construction européenne et de la mobilité intra européenne. Face au défi posé par, sinon la mondialisation, du moins l'europanisation des modes de vie, l'approfondissement de la citoyenneté européenne dans le double sens de l'unité du statut familial individuel et de la diversité des statuts familiaux nationaux peut renforcer le concept de nationalité, en garantissant l'effectivité de l'impérativité des devoirs découlant du droit national²¹³⁵. A cet égard, notre étude soulève un point capital de la construction européenne, tenant à la nécessité de se montrer capable de concevoir l'Union européenne comme une union politique fondée sur l'existence de nations multiples qui organisent concrètement et efficacement la vie démocratique.

585. L'objectif de diversité des statuts familiaux est donc d'une importance capitale dans la conception que l'on se fait de l'ordre juridique européen, en ce qu'il exprime très directement le principe d'autonomie des Etats membres qui constitue « la pierre de touche du

²¹³³ Qu'il doit donc nécessairement respecter !

²¹³⁴ « Les concepts trop étatisés de l'Etat fédéral [n'étant] pas en mesure de rendre compte de la nature particulière du droit d'appartenance fédérale [...] la citoyenneté européenne ne peut être utilement décrite et expliquée que si elle se fonde sur l'idée d'une "appartenance fédérale" qui transcende très largement la prétendue opposition de la nationalité dans une Confédération et de la nationalité dans un Etat fédéral » (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 94). Il faut donc éviter « l'effet d'aveuglement provoqué par la distinction usuelle entre l'Etat fédéral et la Confédération » (C. SCHÖNBERGER, *Unionsbürger, Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr, 2005, p. 41-42 (traduit par Beaud, p. 94) qui « au lieu d'être un instrument de compréhension du problème, en est le contraire, le véhicule de l'incompréhension » (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 94-95)) ; L'appartenance fédérale n'entre alors pas en contradiction avec la nationalité.

²¹³⁵ Cela peut concerner le droit de la famille, mais pas uniquement, cf. proposition en matière électorale pour garantir à chaque citoyen européen le droit, qui est, peut-on en douter ?, aussi un devoir, de participer aux élections nationales.

fédéralisme »²¹³⁶. Nier ce principe d'autonomie reviendrait à nier le pouvoir autonome originaire des Etats membres et à tomber dans un Etat unitaire décentralisé²¹³⁷. Même si elle dispose désormais de ses propres compétences, l'Union européenne, et la nécessité du respect des systèmes et traditions juridiques des Etats membres l'illustre fort bien, est heureusement bien loin d'une telle négation du principe d'autonomie. Cela montre bien que l'Union européenne n'est pas un Etat fédéral, mais simplement une figure hybride entre la fédération et l'organisation internationale. Dans ce cadre, on a pu affirmer de façon fort convaincante que « non seulement les traités UE et FUE constituent bel et bien un pacte fédéral mais encore que ces derniers ont perdu leurs attributs de traités internationaux, ceci au profit de ceux d'une Constitution fédérative »²¹³⁸. Il faut naturellement garder à l'esprit que « dans de nombreux cas, les Fédérations ont été créées à la suite d'un processus très complexe où il est bien difficile de faire le départ entre la voie contractuelle de traités ou même de révision de traités, et la voie constitutionnelle au sens d'une loi étatique édictée unilatéralement », ce qui implique de chercher « un moyen d'échapper à cette alternative contraignante entre constitution et traité qui est loin d'être satisfaisante si l'on veut décrire correctement le fondement juridique d'une Fédération »²¹³⁹. L'Union européenne se trouve enfermée dans cette idée d'« incomplétude des fins de la Fédération »²¹⁴⁰. Mais la conciliation des objectifs

²¹³⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 276.

²¹³⁷ *Ibid.* : « Grâce [au principe d'autonomie des Etats membres, la doctrine dominante] distingue le fédéralisme de la décentralisation, car les collectivités fédérées seraient dotés d'un "pouvoir autonome originaire" alors que les collectivités décentralisées n'auraient qu'un pouvoir dérivé », citant Blaise KNAPP, « Confédération et cantons. L'influence des crises sur l'évolution de leurs relations », *Pouvoirs*, n° 43, 1987, p. 31.

²¹³⁸ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Economica, 2010, p. 57. L'auteur s'appuie pour arriver à cette affirmation sur les travaux d'Elisabeth ZOLLER qui a insisté sur la nature « plus tout à fait internationale sans être encore pourtant tout à fait interne » de l'ordre juridique de l'Union européenne (E. ZOLLER, *Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, préc., note 1631, spéc. p. 56), à la suite d'un processus entraînant que le droit international entre Etats européens « n'est plus tout à fait international, mais bien fédéral, donc constitutionnel » (*ibid.*, p. 155) ; également sur le fait que l'Union européenne est quelque part entre l'organisation internationale et l'Etat (fédéral) : « Un traité régit une organisation internationale, une constitution organise une communauté politique » O. DUHAMEL, *Pour l'Europe. Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Paris, Le Seuil, 2003, p. 25.

²¹³⁹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 80, l'auteur trouvant ce moyen dans la notion de « pacte constitutionnel fédératif ».

²¹⁴⁰ Développée par M. DIAMOND, « The ends of federalism », in W.A. Schamba (ed.), *As Far as Republican Principles will admit : Essays by Martin Diamond*, Washington D.C., The AIE Press, 1992 ; résumée par Olivier Beaud dans les termes suivants : « La véritable originalité de la pensée de Martin Diamond tient à l'idée supplémentaire et capitale que l'on appellera celle de l'incomplétude de ces fins. En effet, chacune des deux aspirations est nécessairement réalisée de façon incomplète : d'un côté, l'aspiration à rester indépendante, propre à la fin particulariste, ne peut pas être entièrement assouvie car, justement l'appartenance à la Fédération impose une limitation à la souveraineté (qui n'est alors plus une souveraineté, justement). [...] D'un autre côté, l'unification sous-tendue par la fin commune n'est pas non plus complète. Une Fédération est limitée par principe dans les fonctions politiques et administratives qu'elle remplit car elle n'a pas vocation à être un Etat omniscient. Au contraire, elle se caractériserait davantage par ce que les juristes appellent un "principe de spécialité" » (O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 280).

d'unité et de diversité des statuts familiaux permet justement de satisfaire cette finalité à première vue contradictoire, à deuxième vue constitutive de la fédération. Comme on a pu le dire, « le *telos* de la fédération se caractérise par cet équilibre qu'il faut maintenir entre les deux fins contradictoires que sont la fin commune et la fin particulariste. Il n'y a donc de Fédération que si cet équilibre fédératif est réellement l'objectif des fondateurs, que si cette tension existentielle est reflétée dans le dessein institutionnel et dans l'attitude des gouvernants »²¹⁴¹. Or l'importance du respect des ordres juridiques nationaux est soulignée dès les débuts de la construction européenne. Partant de l'idée que le fédéralisme est « un principe d'union, non pas un principe d'unification »²¹⁴², et que « l'union politique, impliqu[ant] l'existence d'un tout, mais les parties qui la constituent conserv[ant] leur individualité distincte [...] elle est exclusive de toute idée de domination ; [que] la collaboration en constitue l'essence »²¹⁴³, l'organisation internationale qui allait devenir l'Union européenne n'a pu se construire qu'en respectant les particularités de ses membres nationaux. Aujourd'hui l'Union européenne doit savoir rester fidèle à cette exigence du respect des diversités nationales, qui découle directement de sa nature fédérale. Car « à la différence de l'unification, l'union fédérale n'implique pas l'absorption des parties dans le tout »²¹⁴⁴. Cette affirmation correspond parfaitement à l'Union européenne : si on peut à la rigueur discuter de la question de savoir si l'Union européenne constitue déjà un tout, il est en revanche indiscutable qu'elle n'a pas vocation à absorber les ordres juridiques nationaux dans un ordre juridique européen intégré et uniformisé. D'où l'importance du respect de la diversité des droits de la famille nationaux au niveau de l'Union européenne, afin de garantir la cohérence et la souveraineté des ordres juridiques des Etats membres. L'objectif de la

²¹⁴¹ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 281 (repreant à son compte un principe fondamental aussi vieux que l'idée de Fédération ; voy. not. les références (p. 280 à 282) à James Madison (« Lettre de James Madison à George Washington du 16 Avril 1787 », in J. MADISON, *The Complete Madison, His Basic Writings*, édité par Padover, 1953, p. 184 : « Conceiving that an individual independence of the States is utterly irreconcilable with their aggregate sovereignty, and that a consolidation of the whole into one simple republic would be as inexpedient as it is unattainable »), Pellegrino ROSSI : *Per la Patria Comune* (Rapporto de la commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna, il 15 dicembre 1832), édition bilingue (franco-italienne établie par Luigi Lachhè, préface de L Lacchè, Bari, Piero Laicata, 1997, p. 11 : « toute Confédération est un état intermédiaire entre l'indépendance absolue de plusieurs individualités politiques et leur complète fusion dans une seule souveraineté ».)

²¹⁴² François CARDIS, *Fédéralisme et intégration européenne*, Lausanne, 1964, p. 34 : le fédéralisme est « un principe d'union, non pas un principe d'unification ».

²¹⁴³ M. MOUSKHLEY, *Confédération ou fédération européenne*, Campagne européenne de la jeunesse, Paris, 1952, p. 14 : « L'unité suppose [...] l'absorption de tous les éléments dont elle est faite. Elle se caractérise par une volonté "une" et une direction qui viennent du centre dont la souveraineté est absolue. Lorsqu'il y a unité, la cohésion est maintenue par la domination. [...] Comme l'unité, l'union politique implique l'existence d'un tout, mais les parties qui la constituent conservent leur individualité distincte. L'union n'est pas comme l'unité, transcendante à ses membres, elle leur est immanente. [...] Elle est exclusive de toute idée de domination ; la collaboration en constitue l'essence ».)

diversité des statuts familiaux traduit ainsi la nécessité du respect de la fin particulariste de la fédération.

586. Caractérisée par une double fin particulariste et commune, le but institutionnel²¹⁴⁵ de l'Union européenne se distingue ainsi fondamentalement de celui de ses Etats membres. En effet, « l'Etat, qui n'a pas à prendre en considération la fin particulariste, vise à garantir la sécurité et le bonheur de ses citoyens, alors que la Fédération vise certes aussi ce but, mais elle doit, en plus, assurer l'harmonieuse intégration des Etats membres. Encore une fois, la dualité se retrouve dans le contenu des principes du fédéralisme : le *telos* fédératif a une double fin »²¹⁴⁶, dont la dualité des objectifs en matière de droit de la famille de l'Union européenne rend parfaitement compte.

587. La double prise en considération de l'objectif d'unité et de diversité des statuts familiaux permet également de résoudre les cas de conflits diagonaux²¹⁴⁷ qui impliquent « une prise en compte, tant par les Etats que par les autorités de l'Union, des exigences qu'impose un système fédéral dont la survie est conditionnée au maintien de son incomplétude »²¹⁴⁸. Il importe donc de veiller au respect par les instances européennes du pacte fédératif, qui implique, premièrement, une limitation dans l'attribution des compétences au seul droit international privé, deuxièmement, une limitation dans l'exercice des compétences dans le sens du respect de la subsidiarité et de la proportionnalité, et troisièmement, et plus fondamentalement, l'obligation pour tout le droit de l'Union et particulièrement le droit de la famille, de respecter les identités et diversités nationales. Le gardien naturel de ce pacte fédératif doit être la Cour de justice. Mais il est sain, et révélateur de la nature hybride de l'Union européenne, que les cours constitutionnelles nationales gardent également un certain contrôle. Pour préserver les intérêts des justiciables, il est cependant primordial de savoir dépasser l'incomplétude du système européen, ce qui est d'ailleurs la condition *sine qua non* de la réalisation des objectifs politiques aussi bien de l'Union européenne que des Etats membres. Politiquement, le conflit qui peut apparaître est celui d'une divergence

²¹⁴⁴ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 282.

²¹⁴⁵ Le *telos*, pour reprendre la formule grecque utilisée par Olivier Beaud en référence au concept développé par Aristote dans l'*Ethique à Nicomaque*.

²¹⁴⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 283.

²¹⁴⁷ Sur lesquels, voy. notamment J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Economica, 2010, p. 103 et s.

²¹⁴⁸ *Ibid.* Cela implique également de bien comprendre ce que recouvre la notion d'incomplétude. Car le système peut être complet, à condition d'assumer la nécessité de ne pas vouloir atteindre un objectif au détriment de l'autre, mais de concevoir chaque objectif à l'aune de l'autre.

d'interprétation sur le sens et l'étendue du pacte fédératif. L'hypothèse correspond à un cas extrême, mais dans ce genre de situation, c'est bien l'acception nationale du pacte fédératif qui doit l'emporter, puisque ce pacte fédératif trouve sa légitimité non dans l'approbation directe par le peuple, mais dans la conformité aux constitutions nationales. La prise en compte de l'objectif de diversité des statuts familiaux permet de prévenir ce conflit, en sorte que ce ne seront pas les destinataires des règles du droit de la famille de l'Union européenne qui auraient à souffrir d'éventuelles luttes de pouvoir entre instances européennes et nationales.

588. Il ne faut d'ailleurs pas occulter le fait qu'il est impossible de trouver des solutions aux problèmes de droit de la famille européen dans la notion de citoyenneté prise isolément, c'est-à-dire comme impliquant simplement un droit à l'unité du statut familial²¹⁴⁹. Si la citoyenneté de l'Union européenne est bien le fondement du droit international privé européen de la famille, elle n'est apte à donner un système de solution qu'à condition d'être suffisamment précisée. Le droit de l'Union européenne est loin pour le moment de conférer les précisions suffisantes. Mais il ne peut pas en aller autrement. Car l'Union européenne ne peut s'appuyer sur aucun fonds culturel, sur aucun corps de règles de droit commun, dont on pourrait déduire le noyau d'une citoyenneté en matière de droit de la famille. La difficulté vient donc de ce que la précision du contenu de la notion de citoyenneté de l'Union européenne ne peut pas se faire uniquement par rapport au droit de l'Union, mais qu'elle implique justement de prendre bien davantage en compte les droits nationaux. On ne parviendra en effet à réellement saisir la citoyenneté européenne que si l'on parvient à découvrir l'essence commune des droits de la famille nationaux. La citoyenneté de l'Union ne peut ainsi prendre corps en matière de droit de la famille que si l'on trouve une méthode respectueuse à la fois de l'unité du statut familial et de la diversité des statuts familiaux. Intégrer le respect des traditions et systèmes juridiques des Etats membres dans la notion même de citoyenneté de l'Union permet donc de résoudre une équation autrement insoluble, qui est celle du contenu de la citoyenneté de l'Union européenne. L'objectif de diversité des statuts familiaux est dès lors primordial dans une vision européeniste, bien plus que dans une vision nationale. On a pu insister à juste titre sur le fait que « le génie de la construction de l'Europe est de ne pas avoir présenté comme antinomiques, mais complémentaires, les identités nationales et le projet fédéral. [...] L'histoire européenne, après avoir longtemps

²¹⁴⁹ J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préc., note 103, spéc. p. 303 et s.

confirmé le pessimisme hégélien²¹⁵⁰, tente depuis un demi-siècle de donner raison à l'idéalisme kantien²¹⁵¹. [...] Il s'agit de maintenir l'équilibre précaire, d'éviter que trop de centralisation étouffe les citoyennetés nationales, et que trop de tensions réduisent la citoyenneté européenne à une aspiration »²¹⁵². La citoyenneté européenne, si elle veut devenir un jour une réalité tangible en matière de droit de la famille, doit pleinement assurer le respect des citoyennetés nationales. Reste à savoir s'il est possible de trouver des systèmes permettant de satisfaire les deux objectifs à première vue contradictoires de l'unité du statut familial et de la diversité des statuts familiaux.

589. Où l'on voit que le défi premier n'est pas tant de trouver des règles ou des solutions, mais une méthode permettant l'élaboration de ces premières. La découverte d'une méthode commune se pose ainsi comme préalable à l'émergence d'une culture juridique européenne²¹⁵³ et l'élaboration d'un corps de règles partagé²¹⁵⁴. Cela rapprocherait d'ailleurs le droit européen contemporain des périodes historiques de relative unité du droit en Europe, le droit commun ayant toujours été avant tout une méthode commune, non un corps de règles uniformes²¹⁵⁵. Il est donc nécessaire de retrouver une méthode européenne commune, susceptible de surmonter les logiques qui s'opposent, entre la logique européenne cherchant l'uniformité et la logique nationale refermée sur elle-même²¹⁵⁶.

²¹⁵⁰ Qui affirmait que la guerre entre Etats était nécessaire, sinon à leur existence, du moins à leur « santé morale », voyez W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1993, spécialement § 324, p. 325.

²¹⁵¹ Qui pensait que la coopération entre Etats leur donne une nouvelle raison d'être et conduise à la paix entre Etats, EMMANUEL KANT, *Vers la paix perpétuelle*, traduction de J.-F. Poirier et F. Proust, Gallimard, Paris, 1994, spécialement annexe 1, point 2, p. 106 ; sur l'actualité de l'idée kantienne de paix perpétuelle, voyez N. BOBBIO, « I diritti dell'uomo oggi », in *L'età dei diritti*, Einaudi, Turin, 1990, pp. 253 à 270, et Habermas !!!

²¹⁵² Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, spécialement page 236.

²¹⁵³ Tant appelée de leurs vœux par les institutions européennes ; Voy. par exemple Skouris, « Towards a European Legal Culture », *ZEuP*, 2012, 1.

²¹⁵⁴ Voy. également Basedow : « Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal », *ZEuP* 1996, 379, dans le même sens pour le droit des contrats : Klaus Peter BERGER, « Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode », *ZEuP*, 2001, 4, spéc. p. 6 à 8.

²¹⁵⁵ Voy. sur ce point not. B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, préc., note 146. Ce processus de découverte d'une méthode commune est en cours, mais il peine à se traduire juridiquement au niveau du droit de la famille de l'Union européenne.

²¹⁵⁶ Plus spécialement pour la France, le « ressourcement français peut et doit être patriotique, républicain et européen », un « ressourcement dans le principe où l'identité française introduit quasi génétiquement en elle-même l'idée universaliste des droits de l'homme », E. MORIN, *Pour une politique de civilisation*, préc., note 1007, spéc. p. 55 illustration de ce que des exigences universelles, telles celles résultant de la notion de droits de l'homme, n'ont un véritable sens que dans la mesure où elles sont reçues et consacrées par un ordre singulier, mais que l'identité d'une nation/d'un ordre juridique, d'un ordre singulier peut se définir par son attachement aux valeurs universelles sans lesquelles cet ordre singulier n'existerait plus (puisque l'universel fait partie des fondements du singulier) et qu'avait déjà senti Thomas Mann lorsqu'il a appelé pour une Allemagne européenne, non une Europe allemande).

590. L'enjeu du respect de la diversité des droits de la famille nationaux est alors de taille. Car « plus que les différences objectives entre les Etats-membres, ce qui fait problème pourrait bien être la perception d'un projet européen homogénéisateur qui menacerait les cultures et identités nationales, auxquelles des parties significatives de la population restent très attachées »²¹⁵⁷. Il faut donc clairement recentrer le projet européen non pas autour de l'uniformisation, mais bien autour de la promotion de la diversité ! La question est primordiale pour la démocratie²¹⁵⁸. La conception du droit de la famille de l'Union européenne doit se faire autour du pluriel qui garantit le respect de la démocratie. Concernant l'avenir de la tension entre intégration européenne et respect des systèmes et traditions juridiques nationaux, à l'instar de celle entre universalisme et particularisme ou entre cosmopolitisme et esprit de clocher, « les chercheurs doivent être capables d'intégrer l'idée d'un ordre réellement universaliste et cosmopolite, avec quelques idées issues de la tradition du particularisme/paroissialisme. Une conception renouvelée du cosmopolitisme accepterait le rôle important joué dans la légitimité du droit par la participation démocratique au sein des communautés politiques existantes et rejetterait toute structure strictement verticale du droit et des institutions politiques »²¹⁵⁹. L'Union européenne doit donc pleinement respecter les démocraties nationales. A défaut, elle priverait le droit qu'elle édicte de légitimité, puisque

L'approche dialogique d'Edgar Morin, en ce qu'elle vise à permettre de concilier dans un système unique des logiques qui s'opposent, mais de façon à permettre à ces logiques de rester antagonistes, tout en étant également complémentaires, nous semble un cadre de réflexion approprié pour y parvenir.

²¹⁵⁷ M. MARTINIELLO, *La démocratie multiculturelle – Citoyenneté, diversité, justice sociale*, 2^e édition entièrement remaniée, Presses de Sciences Po, Paris, 2011, p. 52 à 53.

²¹⁵⁸ Car « dès lors que la gouvernance démocratique se reconnaît notamment par l'authentique mobilisation des pouvoirs et des ressources au profit de citoyens et de collectivités engagés dans l'élaboration des normes et politiques qui les concernent, il faut se demander dans quelle mesure la reconnaissance de la pluralité juridique et sa prise en charge par les acteurs légitimes comptent parmi les conditions de cette gouvernance démocratique » Ghislain OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in : *Méthodologie du pluralisme juridique*, Ghislain Otis (dir.), Editions Karthala, Paris, 2012, p. 9 à 24, spéc. p. 19, ce constat surtout posé par l'auteur pour les Etats culturellement hétérogènes, mais il vaut a fortiori pour l'Union européenne, au sein des Etats de laquelle le respect des minorités et cultures régionales est d'ailleurs institutionnellement et normativement organisé

²¹⁵⁹ « Concerning the future of the tension between universalism and particularism, as well as between cosmopolitanism and parochialism, [ndla : nous avons préféré garder deux termes « particularisme » et « paroissialisme » dans la traduction, pour refléter au mieux le sens du texte original], scholars should be open to integrating the idea of a truly universalistic-cosmopolitan order, with some ideas emerging from the tradition of parochialism. A renewed conception of cosmopolitanism would accept the important role played in legitimation of law by democratic participation within existing political communities, and reject any strictly vertical structure of law and political institutions”. Armin von BOGDANDY et Sergio DELLAVALLE, «Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law”, in *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Mortimer N. S. Sellers (éd.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 40 – 117, spéc. p. 116. (et *ibid.* de continuer «Cosmopolitanism should strive to avoid the dangers of «universal monarchy” and focus instead on defending universal rights and values belonging to all human beings”, ce qui soulève la question de la conception des droits de l'homme, qui doit évidemment être respectueuse de la diversité inhérente à la nature humaine et se cantonner au strict nécessaire pour ne pas entraver la démocratie de la prise de décision collective.

cette légitimité requiert de respecter la participation active des citoyens réunis au sein de communautés politiques suffisamment formées²¹⁶⁰, ce que sont en Europe, à l'heure actuelle, les nations. Cela ne doit pas empêcher l'émergence d'une culture juridique commune. Or le droit international privé européen de la famille, en tant que méthode d'organisation de la diversité, émerge comme outil de découverte d'une culture politique partagée, et dès lors d'une véritable identité européenne. L'Union européenne devrait pouvoir s'y retrouver sans peine. Car « si la Communauté européenne ne doit être ni un Etat-nation supranational, ni un empire multinational, il faut alors une médiation entre le cadre politique de référence et les cadres culturels d'appartenance. Cette médiation consiste dans une culture politique partagée »²¹⁶¹ qu'un droit international privé de la famille conçu autour du respect des diversités nationales offrirait parfaitement. Le droit de la famille de l'Union européenne doit ainsi contribuer directement au projet politique de l'Union européenne, et il faut pleinement prendre conscience de la place qui doit être la sienne. Le rôle des juristes est ici primordial, puisque « le fédéralisme, qui, au lieu de les aliéner, reconnaît les identités locales, les aspirations régionales et les cultures minoritaires, aura besoin des compétences de nos juristes, aussi bien au niveau national qu'européen »²¹⁶².

591. Les développements qui précèdent permettent de mettre clairement en exergue le défi auquel l'Union européenne est confronté en matière de droit de la famille, et qui rejoint, au niveau européen, une des difficultés fondamentales du droit international privé, qu'Henri Batiffol a résumé en ces termes :

²¹⁶⁰ Voy. sur ce point not. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung : Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, préc., note 830.

²¹⁶¹ Jean-Marc FERRY, « Pertinence du postnational », in Jacques LENOBLE et Nicole DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Editions Esprit, Paris, 1992, p. 45.

²¹⁶² Raoul C. van CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur ; Unité et diversité sur deux millénaires*, traduit de l'anglais par Bruno De Dominicis, Dalloz, Rivages du droit, Paris, 2010, p. 141.

« [Les sources internes] sont légitimes en droit et indispensables en fait ; mais il importe de rechercher leur accord avec les solutions de l'ordre international dans la mesure où ce dernier s'exprime en règles suffisamment positives, et est en mesure d'en assurer suffisamment l'observation, pour que l'ordre interne puisse éventuellement renoncer à une règle qu'il estimerait utile à sa propre cohérence, dans l'assurance que ce sacrifice ne sera pas vain, mais portera ses fruits dans un ordre international suffisamment défini et constitué. »²¹⁶³

592. L'ordre juridique de l'Union européenne est certainement un « ordre international suffisamment défini et constitué en mesure d'assurer suffisamment l'observation de règles suffisamment positives ». Mais au-delà de la formulation adéquate des règles européennes de droit de la famille, encore faut-il garantir que ces règles puissent être en « accord avec les sources internes, pour que l'ordre interne puisse éventuellement renoncer à une règle qu'il estimerait utile à sa propre cohérence ». A ce niveau, l'objectif de la diversité des statuts familiaux se révèle non seulement politiquement indispensable, mais également théoriquement nécessaire, afin de protéger, en l'érigeant en objectif de l'Union européenne, la cohérence de chaque ordre juridique national. Les ordres juridiques nationaux pourront alors renoncer à leurs propres règles de droit international privé, car leur cohérence serait garantie par les règles de l'ordre juridique international, en l'occurrence européen, qui assurera également le respect de l'objectif d'unité du statut familial. Si l'ordre juridique européen ne parvient pas à respecter la cohérence des ordres juridiques nationaux, alors ceux-ci seront contraints de sacrifier les objectifs du système de droit international privé européen afin de préserver leur cohérence interne. L'exception d'ordre public montre le caractère insurmontable de cette possible clause échappatoire. Mais dans l'hypothèse du recours à l'exception d'ordre public, sous quelque forme que ce soit, ce ne sont pas seulement les intérêts de l'ordre juridique européen qui seraient mis à mal. Plus gravement, ce sont les intérêts des personnes impliquées qui ne seraient pas respectés à travers la discontinuité de traitement ainsi créée. Où l'on voit que l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux est indispensable pour atteindre l'objectif d'unité du statut familial. Dans la construction d'un système de droit international privé commun, il lui est même antérieur, car il conditionne l'adhésion des ordres juridiques particuliers au système commun.

²¹⁶³ Henri BATIFFOL, *Traité*, 1^{re} édition, 1949, n° 25, p. 26 ; dans la 8^{ème} édition publiée par Paul LAGARDE en 1993, p. 38-39.

593. L'Union européenne ne peut donc chercher à réaliser l'unité du statut familial qu'à condition de respecter le préalable de l'antériorité des ordres juridiques nationaux, qui a une véritable valeur axiomatique pour la construction du droit international privé européen de la famille. La chance pour les citoyens de l'Union européenne est que ce préalable ne s'oppose pas à la construction d'un système commun. Mais il faut évidemment penser le système de droit de la famille européen dans le respect des particularités des ordres juridiques nationaux, ce que seul l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux est en mesure de permettre. Pour se convaincre de la conformité d'un tel objectif de diversité des ordres juridiques avec l'idée et la culture européennes, il suffirait de relire un passage célèbre de *L'esprit des lois* de Montesquieu :

« Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits [...], mais qui frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne le pas découvrir : les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences ? [...] Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? »²¹⁶⁴

²¹⁶⁴ *De l'Esprit des Lois*, Livre XXIX : chapitre XVIII « Des idées d'uniformité ».

Partie 3 Concevoir le droit international privé européen de la famille à l'aune de ses fondements théoriques et politiques

594. Dans le cadre normatif actuel, et si l'on ne veut pas donner à la citoyenneté de l'Union un sens purement économique versant dans l'ultralibéralisme, l'intervention de l'Union européenne en vue de garantir l'unité du statut familial des personnes se déplaçant sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne est indispensable. Il y a ainsi une évidente nécessité de l'intervention de l'Union européenne en vue de l'organisation de la pluralité et ce de façon réfléchie, afin de donner une véritable identité au citoyen européen et à la citoyenneté européenne, faute de laquelle « l'Europe deviendra un *Eros center* de la marchandise et de l'illusion, sans nation, sans citoyen, sans identité, sans qualité »²¹⁶⁵. Même si par le passé la pertinence du recours à une régulation du droit international privé de la famille par l'Union européenne a pu être fortement remise en cause, le dépassement de la dimension purement économique de l'Union européenne et l'approfondissement du projet européen justifient désormais l'élaboration d'un corps de règles au niveau européen. Le recours au droit international privé présente à cet égard à première vue d'indéniables atouts. Il permet théoriquement de prévenir les cas de discontinuité de traitement juridique au sein de l'Union européenne, de répondre aux défis d'ordre processuel et de respecter la compétence nationale en matière de droit matériel de la famille, tout en diminuant potentiellement les risques de contournement de l'impérativité des ordres juridiques, risques accrus dans le contexte du marché unique favorable à la libre circulation des personnes. La méthode ne met cependant pas fin à ce qui constitue la véritable racine des situations de discontinuité, c'est-à-dire la diversité des droits matériels de famille. L'unification matérielle du droit de la famille par l'Union européenne n'est pourtant pas une option envisageable, puisque elle constituerait une négation des ordres juridiques nationaux, et par là une négation des objectifs spécifiques de l'ordre juridique de l'Union européenne en cette matière, qui reprennent justement la nécessité du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux. La méthode de l'unification du droit matériel de la famille est donc irréalisable, et devrait le rester encore

²¹⁶⁵ G. ROUET, *Citoyennetés, nationalités et identités en Europe à l'ère de la mobilité généralisée*, préc., note 129 à la page 25.

longtemps face à l'absence de véritable démocratie européenne et compte tenu de la dimension nécessairement plurielle de l'identité européenne.

595. Le défi du droit de la famille de l'Union européenne est donc clairement posé. Il faut trouver la fameuse « unité dans la diversité », c'est-à-dire garantir la continuité de traitement juridique des relations privées familiales au sein de l'Union européenne dans un contexte de pluralité des droits matériels. Mais la possibilité pour l'Union européenne de pouvoir relever ce défi est contestée. Il a ainsi été mis en exergue que « ce qui permet aux systèmes nationaux d'aménager l'unité dans la diversité ne se retrouve pas en droit européen »²¹⁶⁶, ce dont le même auteur a déduit que « l'encadrement actuel du droit civil européen ne propose aucune solution à son défaut d'unité »²¹⁶⁷. Le tableau qui résulterait ainsi du droit européen pour la situation des citoyens européens en matière de relations familiales serait alors « consternant pour le citoyen, surtout à notre époque de mobilité croissante des personnes, [et] le resterait en effet s'ils n'existaient pas des remèdes à ces situations et si les Etats n'avaient pas la volonté de les mettre en œuvre »²¹⁶⁸. La véritable question pour la recherche juridique est donc celle de savoir s'il existe des remèdes aux difficultés juridiques nées de l'internationalité des situations familiales au sein de l'Union européenne. Quant à l'existence d'une réelle volonté de les mettre en œuvre, nous avons déjà dû faire part d'un certain scepticisme à l'égard de l'importance politique accordée aux objectifs qui fondent le droit de la famille de l'Union européenne²¹⁶⁹. D'autant qu'à côté de ces objectifs politiques, le droit international privé de l'Union européenne doit naturellement respecter également les objectifs « techniques » inhérents au droit international privé de la famille. Découvrir un système théoriquement cohérent qui permet de concilier les différents intérêts en cause pourrait cependant redonner un peu d'élan au droit de la famille de l'Union européenne, à condition que celui-ci respecte l'indispensable articulation du conflit de lois et du conflit de juridictions, nécessaire pour permettre l'unité du statut familial dans un contexte de diversité des statuts familiaux (titre 1) et que le fonctionnement du système soit conçu de façon à pleinement tenir compte de la dimension nationale du droit de la famille (titre 2).

²¹⁶⁶ GARCIA, *Le droit civil européen*, Larcier, Europe(s), Bruxelles, 2008, p. 269.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 269.

²¹⁶⁸ Paul LAGARDE, « Citoyenneté et droits européens – Der Bürger und Europarecht », in *Droit privé européen : l'unité dans la diversité ; Convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, édité par Christian BALDUS et Peter-Christian MÜLLER-GRAFF, Sellier, Munich, 2011, p. 11 à 20, spéc. p. 17.

²¹⁶⁹ Cf. *supra*, not. n° 344 et s.

Titre 1 Articuler le conflit de juridictions avec le conflit de lois

596. L'existence d'un droit international privé européen de la famille invite à se poser la question de la place respective des différentes méthodes de droit international privé. Bien qu'ayant tous deux pour vocation de répondre aux difficultés nées de l'internationalité de la situation familiale, le conflit de juridictions et le conflit de lois doivent dans ce cadre être soigneusement distingués. De façon générale, le conflit de lois poursuit un objectif de « proximité »²¹⁷⁰. La règle de conflit de lois doit permettre de trouver la loi étatique objectivement la plus proche de la situation juridique, en ce que cette loi présente les liens les plus étroits avec cette situation²¹⁷¹. Quant au conflit de juridictions, il faut distinguer entre les règles relatives à la compétence juridictionnelle et celles relatives à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. Les règles de compétence internationale visent surtout « à satisfaire l'équité procédurale, compte tenu de l'intérêt des parties à une justice commode, comme aussi des exigences de l'administration de la justice, et abstraction faite de l'influence qu'exerce la désignation des juges d'un pays sur la solution de fond donnée au litige »²¹⁷².

²¹⁷⁰ Voy. notamment la définition donnée par M. Paul Lagarde, selon laquelle le « principe de proximité pourrait s'exprimer par la règle de conflit suivante : « Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits » », in : P. LAGARDE, *Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé*, 196, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1986, spéc. p. 29.

²¹⁷¹ D'un autre côté, la loi ainsi désignée doit être matériellement assez proche de l'ordre juridique du for, à défaut de quoi elle ne trouvera pas à s'appliquer ; voy. notamment sur ce point la thèse de P. FRANCESKAKIS, mettant en avant la nécessité d'ouverture aux ordres juridiques étrangers et le rôle joué à cet égard d'une inévitable appréciation matérielle. Il parle ainsi de « tolérance aux lois étrangères » et de l'« admission des dispositions étrangères différentes de celles de la *lex fori* interne dans le commerce international », ce qui « signifie leur *internationalisation, en vertu d'une appréciation matérielle*, intervenue dès avant la déclaration de leur applicabilité » (c'est nous qui soulignons), in : *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Sirey, 1958, spéc. n° 13-23, p. 17-28. Et le domaine du droit de la famille, et donc de la désunion du couple, fait certainement partie de ceux où cet objectif de « proximité matérielle » est parmi les plus marqués, soit à travers la formulation de la règle de conflit, unilatérale ou en cascade, notamment, soit à travers le rôle dévolu à l'exception d'ordre public. Cette nécessaire proximité matérielle trouve son expression la plus importante dans l'exigence du respect par la règle de conflit de lois de l'antériorité de l'ordre juridique interne. Au sein des relations privées intra-européennes, le concept de « communautarité » se substitue, du point de vue de l'ordre juridique européen, au concept d'antériorité, lequel reste cependant fondamental du point de vue des ordres juridiques nationaux (cf. sur ces points, la réflexion sur « communautarité », au sens d'« européenité » et antériorité). Cette « communautarité » doit notamment se construire autour de l'objectif de la protection de l'impérativité du droit de la famille, qui doit être primordial du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne (cf. *supra*, n° 562 et s. et le débat sur la diversité des statuts familiaux) et qui ne peut être atteint que si la règle de conflit ne permet pas un contournement des règles par lesquelles les ordres juridiques nationaux assurent le respect de leur antériorité (ce qui implique que la loi applicable soit juridictionnellement proche de la situation, et matériellement suffisamment proche des conceptions de l'ordre juridique du for).

²¹⁷² D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970, p. 357. En matière de compétence juridictionnelle, il convient ainsi de mettre un accent particulier sur la proximité géographique et intellectuelle du tribunal saisi avec la situation, tout comme sur la commodité des parties qui joue également un rôle très important (v. p. ex. B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 415 et s. ; B. Audit, *Droit international privé*, précité, p. 276 et s. ; P. Mayer et

Quant aux règles de reconnaissance et d'exécution, elles tendent à garantir la continuité internationale de traitement à travers la réception de décisions étrangères et le respect des droits légitimement acquis à l'étranger, mais à condition que ces situations respectent suffisamment les préoccupations essentielles de l'ordre juridique de réception²¹⁷³. Cette diversité d'objectifs a une première conséquence importante sur la nécessité d'une différenciation des méthodes du droit international privé²¹⁷⁴. Pour le droit international privé de l'Union européenne, le constat dressé au regard du droit international privé en général, d'après lequel « il semble donc que les deux séries de règles [relatives à la détermination de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable] répondent à des préoccupations suffisamment différentes pour que leur rapprochement, certainement souhaitable en pratique, ne puisse être poussé jusqu'à l'absorption d'une des catégories par l'autre »²¹⁷⁵, reste ainsi parfaitement d'actualité²¹⁷⁶.

Voy. Heuzé, *Droit international privé*, précité, p. 197 et s.). Les considérations matérielles ne sont évidemment pas à négliger, notamment afin d'assurer le respect des droits fondamentaux, dont le droit à l'accès au tribunal, mais leur importance est *a priori* bien moindre que dans le conflit de lois. Le droit de la famille est ici encore particulièrement sensible à ces objectifs matériels. Il y a ainsi un nécessaire libéralisme des règles de compétence, notamment en raison du besoin de protection des individus concernés par les relations familiales en cause, et de la dimension socialement importante du droit de la famille, qui justifie qu'un ordre juridique soit rapidement directement juridictionnellement intéressé par une situation familiale (voy. sur ce point également *infra*). La confiance mutuelle régnant entre ordres juridiques européens peut cependant conduire à une renonciation plus facile à la compétence des autorités nationales en faveur des autorités d'un autre Etat membre, puisque l'on sait que l'ordre juridique qui interviendra en lieu et place est parfaitement bien placé pour trouver une solution satisfaisante à la relation familiale concernée. Cela n'empêche cependant pas l'existence de chefs de compétence alternatifs et concurrents, qui peuvent être maintenus pour favoriser notamment le bon déroulement du procès, et donc *in fine* faciliter l'accès au juge.

²¹⁷³ Leur libéralisme est nécessairement assez marqué dans le contexte européen, en raison du fait que l'objectif du droit international privé de la famille de l'Union européenne doit être la reconnaissance dans l'ensemble de l'Union européenne des situations familiales. Garantir que cette reconnaissance soit facilitée au maximum contribue à l'évidence à la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial, encore que cela ne dise rien sur la façon dont cette reconnaissance doit être mise en œuvre (voy. not. le débat sur la méthode de la reconnaissance, *supra*). Il est donc logique que l'objectif des règles de reconnaissance est l'accueil suffisamment libéral des situations familiales légitimement constituées à l'étranger. Cela n'empêche pas l'existence de conditions de régularité internationale qui garantissent la légitimité de la situation familiale étrangère aux yeux de l'ordre juridique d'accueil. Cette légitimité est ainsi soumise à des critères fixés par l'ordre juridique de réception. L'on trouve parmi ces critères des considérations conflictuelles, processuelles et matérielles. Cette nécessaire légitimité redonne également une importance certaine à l'objectif de protection de l'antériorité de l'ordre juridique national dans le cadre des règles de reconnaissance.

²¹⁷⁴ Diversité d'objectifs qui s'accompagne d'un degré très variable de matérialité des différentes méthodes, forte pour le conflit de lois, médiane pour les règles de reconnaissance et d'exécution, plus faible dans les règles de compétence juridictionnelle.

²¹⁷⁵ H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, A. W. Sijthoff, Leyde, 196, p. 55 à 66, spécialement p. 66.

²¹⁷⁶ Cette nécessaire différenciation explique d'ailleurs pourquoi l'Union européenne a déjà pu intervenir pour les règles de conflit de juridictions, mais uniquement de façon fort poussive pour les règles de conflit de lois. Renoncer au contrôle sur les règles de conflit de juridictions était en effet une chose pour les Etats membres, et ce d'autant plus que l'harmonie européenne des situations privées transfrontières semble être un objectif bien légitime. L'adoption des règlements Bruxelles II et Bruxelles II *bis* s'inscrit dans cette logique. Mais laisser échapper le contrôle sur les règles de conflit de lois, autrement plus marquées par les particularismes nationaux, en est une autre (voy. sur ce point not. S. Vigand, La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice :

597. Pour saisir le concept de droit international privé, nous avons proposé plus haut une distinction entre intégration juridictionnelle et intégration matérielle qu'il convient de reprendre ici²¹⁷⁷. D'un côté, la méthode du conflit de lois, qui concerne les règles sur la détermination de la loi applicable à la validité et aux effets d'un rapport juridique international, recouvre ainsi l'« *intégration matérielle* » de la situation à un ordre juridique. De l'autre côté, la méthode du conflit de juridictions dans son versant compétence internationale concerne l'« *intégration juridictionnelle* » de la situation, en ce que cette méthode détermine l'ordre juridique compétent pour faire intervenir ses organes pour apprécier juridiquement une situation internationale²¹⁷⁸ et ne préjuge ni de la loi applicable au fond, ni de la méthode retenue pour la déterminer. Lorsque les autorités de plusieurs ordres juridiques sont potentiellement concurremment compétentes, la méthode de la compétence internationale peut en outre inclure des techniques de coordination et de coopération entre autorités. Enfin, le conflit de juridiction comporte aussi la méthode relative à la reconnaissance des décisions, des actes ou des situations consacrés par des ordres juridiques étrangers qui concerne à la fois l'intégration juridictionnelle et matérielle de la situation²¹⁷⁹. A côté de ces méthodes nécessaires afin de déterminer les ordres juridiques concernés par la situation internationale et l'appréciation juridique qu'il convient de faire de cette situation, il y a également d'importants aspects concernant la mise en œuvre du système mis en place, notamment à travers les techniques de coopération entre les autorités des différents Etats

vers un droit international privé communautaire de la famille, thèse Paris II, soutenue le 29 juin 2005, spéc. p. 95-110, et surtout p. 109). Le droit de la famille est en effet d'autant plus concerné par ces difficultés qu'il s'agit d'un domaine où l'intervention de concepts matériels est particulièrement forte dans l'énoncé ou l'application des règles de conflit de lois, comme le prouvent l'intervention fréquente de l'exception d'ordre public et l'importance croissante des droits fondamentaux. En outre, les concepts matériels peuvent varier fortement entre les Etats membres, rendant un accord commun plus difficile (ce qu'illustre parfaitement la nécessité de passer par la coopération renforcée pour l'adoption du règlement Rome III, cf. *supra*, not. n° 354). C'est la raison pour laquelle une partie importante des questions relatives au droit international privé de la famille relève pour le moment encore du droit national des Etats membres (contrairement aux domaines économiques qui correspondent classiquement à la « matière civile et commerciale » où des accords entre Etats ont pu être trouvés plus facilement et plus tôt, notamment avec la convention de Bruxelles de 1968 et la convention Rome de 1980). Sur les questions de la compétence juridictionnelle et de la reconnaissance et de l'exécution, par contre, le consensus est plus facile à atteindre, car il y a une meilleure communauté de vue entre les Etats membres. Ceux-ci ont pu s'accorder sur des objectifs communs, réalisant ainsi une « communautarité » de concepts permettant l'émergence d'un droit international privé commun dans des domaines plus étendus (sur l'importance de la « communautarité », cf. *supra*, n° 560).

²¹⁷⁷ Et qui exprime une différence d'objet entre ces deux corps méthodologiques qui permet de les caractériser l'un par rapport à l'autre (cf. *supra*, n° 207 et n° 208).

²¹⁷⁸ Traditionnellement ses juges, mais aujourd'hui de plus en plus également ses autres autorités publiques, voy. not. P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004..

²¹⁷⁹ En ce qu'elle ne préjuge pas non plus de la loi intervenue pour apprécier matériellement la valeur juridique de la situation, cette méthode relève également, à première vue, de l'intégration juridictionnelle, mais nous allons voir que cette méthode implique en réalité d'affiner la question de l'appréciation de l'intégration juridique d'une relation privée internationale.

membres²¹⁸⁰. Primordiaux en pratique, ces aspects doivent néanmoins être écartés de la présente étude, qui se concentre sur l'aspect, théoriquement plus important, de la détermination des ordres juridiques susceptibles de contribuer à l'appréciation de la valeur juridique de la situation internationale.

598. Ainsi, là où les règles de compétence juridictionnelle doivent répondre à la question de l'intégration juridictionnelle directe d'une situation internationale²¹⁸¹, les règles de conflit de lois doivent répondre à celle de l'intégration matérielle de la situation internationale²¹⁸². Dans la première hypothèse, il s'agit surtout de dire que la situation est suffisamment pertinente pour un ordre juridique pour être tranchée conformément à des règles de droit. Mais l'on ne sait pas encore à ce stade lesquelles. Et c'est justement la détermination de ces règles de droit, applicables à la situation, que la règle de conflit de lois opère²¹⁸³. Cette diversité de fonctions des différentes méthodes aurait pu être un facteur important pour justifier la dualité des sources entre droit international privé européen et droit international privé national ou « simplement » international²¹⁸⁴. Pourtant, l'Union européenne ne saurait

²¹⁸⁰ Sur lesquelles, voy. not. A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620 ; H. VAN LOON, *International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption*, coll. RCADI, n°244, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1993.

²¹⁸¹ En déterminant qu'un ordre juridique est compétent pour connaître d'une situation familiale en raison de l'intérêt qui s'attache pour cet ordre juridique de voir le conflit tranché par des règles de droit.

²¹⁸² C'est-à-dire déterminer quel ordre juridique doit décider quelle est la solution matériellement la plus juste pour la situation familiale en cause.

²¹⁸³ En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, il s'agit de règles évidemment unilatérales, chaque ordre juridique ne pouvant attribuer une telle compétence qu'à soi-même, sans pouvoir donner d'injonction à un ordre juridictionnel étranger. Savoir si un ordre juridique est intéressé à ce qu'une situation soit résolue à travers la mobilisation de son service public et de ses acteurs du système de justice est une question dont l'appréciation relève évidemment de cet ordre juridique lui-même. Il appartient en effet à chaque ordre juridique de dire quand une situation est suffisamment grave ou pertinente à ses yeux pour que son système juridictionnel vienne la trancher ou la consolider juridictionnellement. La conséquence de cette unilatéralité en est un possible cumul de compétence – qui n'est pas condamnable en soi –, et un risque de conflit de procédures et de décisions – qui convient d'être combattu. Le système mis en place par exemple par le règlement Bruxelles II *bis* illustre parfaitement les possibilités de cumuls et instaure un mécanisme original et peu convaincant de litispendance pour pallier les risques de conflits (par son article 19 relatif à la litispendance et la connexité). La solution en matière d'obligations alimentaires va également dans le même sens, avec une faveur, au moins dans un second temps, pour le créancier d'aliments, en tout cas le créancier d'aliments « faible » (Voy. les articles 3 (faveur au demandeur) et 8 (faveur au créancier pour demander une révision, y compris si la procédure initiée en premier lieu a abouti à une solution, mais qui ne lui convient pas), ainsi que l'article 4 § 3).

²¹⁸⁴ Les règles de compétence juridictionnelle, ainsi que les règles de reconnaissance et d'exécution à l'égard des décisions émanant d'autorités des Etats membres, relèveraient de la compétence de l'Union européenne, parce que les fonctions assurées par elles sont primordiales pour l'espace judiciaire commun. La fonction des règles de conflit de lois cependant ne contribuerait pas suffisamment à la construction de cet espace, ce qui expliquerait pourquoi la compétence sur ce point resterait aux mains des Etats membres, tout comme celle concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions émanant d'Etats tiers. Dans ce cas, on assisterait alors à une quasi-éviction de la fonction de la règle de conflit de lois dans les relations familiales au sein de l'Union européenne. Elle serait supplantée par le jeu des conflits de juridictions et d'autorités, qui, à travers la généralisation du principe de reconnaissance mutuelle, marginaliseraient le rôle traditionnellement dévolu à la règle de conflit de lois (voy. not. parmi beaucoup d'autres G. P. Romano, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité*, *Revue critique de*

atteindre ses objectifs en limitant son action au seul conflit de juridictions (chapitre 1). Les fondements du droit international privé européen de la famille rendent nécessaire en effet de construire le système européen autour du rôle central de la règle de conflit de lois (chapitre 2).

Chapitre 1 La condamnation de systèmes se limitant au conflit de juridictions

599. Un système fondé uniquement sur le conflit de lois n'aurait aucun sens. Si chaque juge doit appliquer la même loi, mais n'est pas tenu de reconnaître la décision du juge étranger, il est évident qu'existe un important risque de contrariété de décisions. Le juge qui statuera de nouveau sur le même litige peut, de façon tout à fait plausible, rendre une nouvelle décision inconciliable avec la décision étrangère, en appréciant différemment la même situation factuelle en application des mêmes règles juridiques. On ne peut donc absolument pas dire que « si l'Union européenne ne devait plus connaître à l'avenir que des conflits de lois, loin d'être un échec, sa fédéralisation serait alors, une grande réussite politique »²¹⁸⁵. A tout le moins, les règles de conflit de lois communes devraient-elles être assorties de règles de reconnaissance communes. Tout comme il ne serait guère concevable de déclarer applicable la loi d'un Etat membre sans prévoir en même temps la compétence juridictionnelle des autorités de cet Etat membre²¹⁸⁶.

600. Le système, s'il ne veut pas embrasser l'ensemble des méthodes du droit international privé, doit donc nécessairement abandonner le conflit de lois. Reste à analyser si, sans règles de conflit de lois, le droit international privé européen de la famille saurait

droit international privé 2006, p. 457-519 ; H.-P. Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums*, *Rabels Zeitschrift*, Band 70, 2006, p. 651-732). Dans l'instance indirecte, une telle éviction n'est justifiable qu'à condition de saisir la nature exacte de la méthode de la reconnaissance, qui en fait en réalité une méthode de conflit de lois et contredit donc l'éviction du conflit de lois. Dans l'instance directe, le rôle de la règle de conflit de lois doit *a fortiori* rester intact, à défaut de quoi on tomberait inévitablement dans les gouffres ouverts par la jurisprudence *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul* de la Cour de justice (sur ces arrêts, voy. not. *supra*).

²¹⁸⁵ Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, préc., note 965, spéc. p. 367.

²¹⁸⁶ Sinon, les autorités nationales pourraient refuser leur compétence, alors même que leur loi serait applicable d'après le système européen comme la plus proche, parce qu'ils considéreraient que la situation ne les concerne pas suffisamment. Un tel système n'apporterait évidemment pas un cadre satisfaisant aux justiciables. Et il montre aussi que si l'Union européenne intervient par le conflit de lois en déterminant l'intégration matérielle de la situation, elle doit aussi intervenir pour déterminer, au moins partiellement, l'intégration conflictuelle de la situation, ne fût-ce que parce que l'intégration matérielle implique nécessairement aussi une intégration conflictuelle par rapport au même ordre juridique.

parvenir à des résultats satisfaisants, fût-ce en se limitant uniquement à des règles de reconnaissance commune (section 1), ou en prévoyant, en sus des règles de reconnaissance commune, des chefs de compétence internationale communs (section 2).

Section 1 La condamnation d'un système fondé uniquement sur la méthode de la reconnaissance

601. Se lancer dans une étude autour de la ou des méthodes de la reconnaissance²¹⁸⁷ est une entreprise « périlleuse »²¹⁸⁸ et on a parfois l'impression que le simple choix du singulier ou du pluriel du terme de « méthode » implique une pétition de principe qui clôt nécessairement la réflexion²¹⁸⁹. Le caractère polysémique de l'expression²¹⁹⁰ n'est certainement pas étranger aux difficultés rencontrées par la doctrine pour trouver un consensus sur le sens à donner à la méthode de la reconnaissance²¹⁹¹. En ce qui concerne plus particulièrement l'objet de notre étude, il est loin d'être certain que « la reconnaissance mutuelle européenne soit la même méthode de la reconnaissance que l'on utilise en droit international privé »²¹⁹². Cette polysémie a pour conséquence de devoir accepter que toute

²¹⁸⁷ La doctrine est particulièrement fertile à l'égard du principe de reconnaissance. Voy. entre autres : P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* (68) 2004. 225 s. ; *idem*, « La reconnaissance mode d'emploi », *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479 ; P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547 s. ; D. Coester-Waltjen, « Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf », *Festschrift E. Jayme*, 2004, I, p. 121 s. ; *idem*, « Anerkennung im Internationalen Personen-Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht », *IPRax* 2006. 392 ; W.H. Roth, « Methoden der Rechtsfindung und Rechtsanwendung im Europäischen Kollisionsrecht », *IPRax* 2006. 338 ; D. Henrich, « Anerkennung statt IPR : Eine Grundsatzfrage », *IPRax* 2005. 422 ; Curry-Summer, *All's well ends registered - The substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationship in Europe*, Antwerp, 2005, p. 394 ; T. Ballarino/L. Mari, « Uniformità e riconoscimento - Vecchi problemi e nuove tendenze cooperazione giudiziaria nella Comunità europea », *Riv. dir. int.* 2006 12 s. ; H.-P. Mansel, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ* 2006. 651, et les références complètes sur les interventions de la doctrine allemande à ce sujet ; Baratta, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of persona land family status in the EC », *IPRax* 2007. 4 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Revue crit.* 2007. 307 s. ; ; Quinones Escamez, « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *Revue crit.* 2007. 357 s.

²¹⁸⁸ P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 547 s.

²¹⁸⁹ *Ibid.* ; et P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *Liber amicorum Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 479.

²¹⁹⁰ Sur lequel, voy. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, n° 238.

²¹⁹¹ Voy. p. ex. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010.

²¹⁹² S. BARIATTI, « Reconnaissance et droit de l'Union européenne » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du Colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Editions Pédone, Paris, 2013, p. 61 à 66, spéc. p. 62

recherche autour de la notion de la reconnaissance est nécessairement critiquable, puisque il suffit de substituer un des sens de l'expression « reconnaissance » à celui utilisé par l'auteur de la recherche. Elle conduit également à laisser de côté certaines questions, pourtant indéniablement importantes, telle la question du domaine de la méthode de la reconnaissance²¹⁹³. Il faut plutôt se livrer à une réflexion de principe sur la méthode de la reconnaissance, ce qui implique aussi de clairement distinguer ici le terme de « reconnaissance » du « caractère exécutoire »²¹⁹⁴. Il s'agit alors de dépasser le caractère non-normatif du principe de reconnaissance mutuelle pour savoir si ce principe peut aller au-delà du statut de « concept programmatique qui a toujours besoin d'être mis en œuvre par des actes de droit dérivé »²¹⁹⁵.

602. Les difficultés rencontrées au sujet de la définition de la reconnaissance doivent donc inciter à une certaine suspicion, laquelle est même aggravée lorsque l'on constate qu'« en fait la reconnaissance est partout, elle est dans toutes les méthodes, parce qu'elle est de l'essence du droit international privé »²¹⁹⁶. Personne ne doute en effet de ce que la reconnaissance des situations légitimement constituées à l'étranger constitue l'objectif phare du droit international privé européen de la famille, tout comme il n'est pas inapproprié

²¹⁹³ Sur la distinction entre actes publics décisionnels et non décisionnels ou formels, voy. p. ex. H Muir Watt, « la rencontre dans l'espace des figures hybrides... », *Rev. gén. proc.* 1998, 711, 1999 291 ; P. Callé, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, pp. 163 ; B. Ancel, "Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel", *Cours Master 2*, Université Panthéon-Assas, 2008-2009, p. 91 ; G. Goldstein et H. Muir Watt, « la méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI*, 2010, pp. 1085

²¹⁹⁴ Auquel ce terme est traditionnellement réservé. Voy. sur ces questions, parmi d'autres, Basedow, J., Dutta, A., Bauer, C., Beckhaus, G., Damar, D., Fornasier, M., et al. (2010). « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, 522-720, également accessible sur : http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035_EN.pdf, n° 259). C'est d'ailleurs pour cette raison que le droit de l'Union préfère en matière d'actes publics le terme d'« acceptation », Etienne Pataut ; « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 147 à 166, spéc. p.149-150.

²¹⁹⁵ « Malgré cette nouvelle autonomie [résultant des articles 67 par. 4 et 81 par. 1 TFUE] le principe de reconnaissance mutuelle reste un concept programmatique qui a toujours besoin d'être mis en œuvre par des actes de droit dérivé » Christian Kohler « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 67 à 79, spéc. p. 68.

²¹⁹⁶ Pierre Mayer, « La reconnaissance : notions et méthodes », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 27 à 33, spéc. p. 29 ; du coup serait « "méthode de la reconnaissance" toute méthode dont le concept opératoire, celui sur lequel s'articule son fonctionnement, est la reconnaissance » (*ibid*, ce qui n'est sans doute pas pleinement satisfaisant, puisque le droit tend toujours vers la reconnaissance du sens juridique d'une situation de fait.

de dire qu'il constitue l'objectif fondamental du droit international privé²¹⁹⁷. Mais vouloir atteindre l'objectif par une méthode qui se contente simplement de rappeler l'énoncé de l'objectif, généralement en reformulant et décrivant les manifestations de cet objectif, ne peut qu'inciter à la prudence. S'il suffisait en effet de reformuler et de résumer des objectifs louables pour qu'il ne soit plus nécessaire de découvrir les moyens d'y parvenir, le verbalisme contemporain des politiques aurait vite fait de résoudre tous les problèmes ! Ce qui est vrai dans tant de domaines de la vie en société est vrai aussi pour le droit international privé. Avoir découvert un objectif ne livre pas en même temps sur un plateau les moyens techniques permettant de l'atteindre. Il appartient alors au scientifique de rechercher ces moyens techniques. Forcément moins attrayante que le tableau émerveillé de la description de l'objectif atteint, cette recherche des voies permettant d'aboutir, dans la meilleure mesure du possible²¹⁹⁸, à l'objectif espéré n'en est pas moins importante. Il conviendra dès lors de procéder, dans un premier temps, à une définition approfondie de la méthode de la reconnaissance, pour pouvoir faire la part entre ce qui relève de l'engouement pur et simple pour la reconnaissance, dépourvu de véritables prolongements normatifs, et ce qui relève à proprement parler d'une méthode, juridique et en droit international privé, de la reconnaissance (I). Ce n'est qu'ensuite que pourront être analysées les raisons qui condamnent irrémédiablement le recours exclusif à la méthode de la reconnaissance pour le droit international privé européen de la famille (II).

I La définition de la méthode de la reconnaissance

603. La notion de reconnaissance connaît un engouement qui ne se limite pas aux études juridiques, mais que l'on retrouve dans d'autres domaines scientifiques. Le concept de reconnaissance « traverse aujourd'hui à la vitesse de la lumière l'ensemble des sciences sociales (autres que le droit ?), la psychanalyse et la philosophie »²¹⁹⁹. L'influence de la

²¹⁹⁷ Le « légitimement » protégeant ici l'antériorité de l'ordre juridique du for, qui ne peut évidemment être ignorée (cf. *supra*, n° 180 et s. et *infra*, n° 891 et s.).

²¹⁹⁸ Ce qui atténue forcément la beauté visuelle de l'ensemble, puisque la mise en évidence des obstacles à la réalisation de l'objectif jette évidemment des parts d'ombre sur le tableau final. Le contraste entre ces parts d'ombre et la part dans laquelle l'objectif peut être atteint pourraient naturellement constituer un tableau final encore plus saisissant. Mais il implique de la part de l'observateur une finesse d'analyse et une conscience des nuances qui semblent souvent bien absentes dans la société contemporaine, jusqu'aux plus hauts niveaux des décideurs politiques.

²¹⁹⁹ H. MUIR WATT, *Revue critique DIP*, 2013 p. 319, à l'occasion du compte rendu de E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pédone,

philosophie politique, voire de la philosophie en général,²²⁰⁰ pour le droit international privé semble à cet égard aussi essentielle que méconnue. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'une des idées fortes en philosophie est que la reconnaissance est un concept qui permet d'encadrer et de limiter le désir individuel, alors qu'en droit international privé, la reconnaissance semble bien être la technique par excellence à travers laquelle les désirs individuels doivent être sublimés et être consacrés en tant que « droits ». Axel Honneth souligne pourtant, en référence à Hegel, que la particularité de la « reconnaissance » réside dans « la limitation mutuelle du désir personnel égocentrique en faveur de celui de l'autre »²²⁰¹. ... L'influence pour le moins incertaine de la philosophie sur le droit international privé entraîne des flottements importants sur la compréhension de la méthode de la reconnaissance en droit international privé²²⁰². Une première divergence apparaît quant aux fondements avancés. La méthode de la reconnaissance peut ainsi trouver son fondement tout à la fois dans un « droit à l'identité »²²⁰³, le « droit à la permanence du statut »²²⁰⁴, la « cohérence internationale »²²⁰⁵, la « citoyenneté européenne »²²⁰⁶ ou la « protection de la vie familiale »²²⁰⁷, la liste n'étant évidemment pas exhaustive. Nous laisserons de côté cette épineuse question du fondement, en partant de l'idée que la dénomination du fondement n'est pas la question essentielle. Si l'exigence de reconnaissance se trouve établie, tous les fondements proposés sont probablement de nature à justifier la reconnaissance, mais il n'est pas suffisant de découvrir de potentiels fondements de la méthode de la reconnaissance pour dire que celle-ci est adaptée et justifiée.

604. Notre étude portera donc sur la question de la justification du recours à la méthode de la reconnaissance. Mais face aux incertitudes de la notion, révélées entre autres par la multitude de fondements proposés, il est nécessaire de déterminer d'abord ce qu'est la

2012, 306 pages), rappelant l'influence de Hegel sur le concept renvoyant aux travaux de Charles Taylor, Axel Honneth, Nancy Fraser et Paul Ricoeur.

²²⁰⁰ Voy. par exemple notamment A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Traduit de l'allemand par Pierre Rusch, Cerf, Paris, 2000 (compte rendu par André BERTEN Revue Philosophique de Louvain, 2001, Numéro 99-1, pp. 135-139).

²²⁰¹ A. HONNETH, « Du désir à la reconnaissance. La fondation hégélienne de la conscience de soi », dans Marlène JOUAN et Sandra LAUGIER (dir.), *Comment penser l'autonomie ? : entre compétences et dépendances*, traduit par Anne LE GOFF, PUF, Paris, 2009, spéc. p. 21 - 40 à la page 40.

²²⁰² Et il faut d'ailleurs remarquer aussi que les implications du concept de reconnaissance restent également contestées en philosophie, ce qui ne facilite pas l'influence que pourrait avoir la philosophie sur le droit.

²²⁰³ Pour A. BUCHER.

²²⁰⁴ Pour J. GUILLAUME.

²²⁰⁵ Pour P. MAYER.

²²⁰⁶ Pour E. PATAUT et A. PANET (entre autres).

²²⁰⁷ Pour la CEDH.

méthode de la reconnaissance. La définition de la méthode de la reconnaissance impose ainsi de répondre à deux questions. Premièrement, celle de savoir ce que l'on reconnaît. Et deuxièmement celle de savoir comment on reconnaît. L'étude de la première question, celle de l'objet de la reconnaissance, conduit à éliminer la possibilité d'une méthode de la reconnaissance reposant sur la consécration de situations purement factuelles (A). L'étude de la seconde question, celle de la façon dont opère la méthode de la reconnaissance, nous amène à une conclusion plus radicale, consistant à considérer que la méthode de la reconnaissance continue de relever, sous toutes ses facettes admises et admissibles, de la méthode du conflit de lois (B).

A L'inadéquation d'une méthode de la reconnaissance purement factuelle

605. Parler de la méthode de la reconnaissance purement factuelle implique d'apporter une première précision. Cette méthode est en effet celle qui cherche la reconnaissance des faits qui simplement existent. Dans une première acception, il s'agirait donc de chercher à reconnaître ces faits sans égard pour d'éventuelles conditions de validité, qui correspondent à l'idée d'« existence juridique » de la situation. Or une telle méthode est injustifiable face aux exigences logiquement liées au concept de droit et doit donc être rejetée de la façon la plus ferme (1). Mais la méthode de la reconnaissance factuelle peut également se présenter sous une autre acception. Une fois admis qu'il ne peut pas s'agir de la seule reconnaissance d'un fait, mais qu'il doit s'agir d'une situation juridiquement constituée, donc d'une situation valable, il convient encore de savoir par rapport à quel ordre juridique doit s'apprécier la validité de la situation. Or, pour autant que cette situation ne soit prise que comme un simple fait, cette appréciation de validité ne peut se faire que par rapport aux critères de validité posés par l'ordre juridique de reconnaissance. On constate assez aisément en droit positif l'existence de ces conditions de régularité internationale conditionnant la reconnaissance de la situation ou décision étrangère. Logiquement concevable, cette méthode, qui est empreinte non seulement d'unilatéralisme, mais également d'un très fort *lex forisme*, n'en est pas moins condamnable en raison des graves contradictions qu'elle comporte par rapport aux exigences fondamentales du droit international privé contemporain (2).

*1 Le caractère inconcevable d'une reconnaissance inconditionnelle
des situations simplement existantes*

606. Face aux incertitudes qui entourent la notion de reconnaissance en doctrine, il semble adapté de partir des manifestations concrètes de la méthode de la reconnaissance, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le droit a trouvé des solutions qui ont été analysées comme étant des expressions de la méthode de la reconnaissance. Il s'agit en premier lieu des jurisprudences de la Cour de justice et de la CEDH, et notamment les arrêts fondateurs *Grunkin Paul* de la Cour de justice²²⁰⁸ et *Wagner* de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁰⁹.

607. Pour ce qui concerne la Cour de justice, par le terme « reconnaissance », elle viserait « le procédé par lequel l'Etat membre d'accueil accepte le nom patronymique tel qu'il existe dans un autre Etat membre (l'Etat d'origine) et renonce à prendre lui-même position sur la régularité de celui-ci »²²¹⁰. Pourtant, pour savoir si le nom « existe », ne faut-il pas « prendre position sur la régularité de celui-ci » ?

608. La même interrogation survient face à la jurisprudence de la CEDH, dont on nous dit que « le schéma explicatif le plus convaincant [...] est que le droit à la reconnaissance dérive directement de la confiance légitime des intéressés dans la stabilité internationale de la situation acquise. Lorsque cette confiance légitime n'existe pas, la non-reconnaissance par les autorités d'un Etat contractant n'est pas une violation des droits de l'homme »²²¹¹. Sauf qu'ensuite il faut savoir à la fois ce qu'est une situation acquise et ce qui justifie la légitimité de la confiance des intéressés. On a donc l'impression que le sens de la méthode de la reconnaissance doit être différent et qu'en réalité cette méthode renvoie au fait que la régularité de la situation invoquée s'appréciera non pas en fonction des règles de l'Etat

²²⁰⁸ *Grunkin et Paul*, [2008] 2008 I-07639 (Cour de justice).

²²⁰⁹ *Wagner c. Luxembourg*, 2007 Cour européenne des droits de l'homme.

²²¹⁰ Christian Kohler « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 67 à 79, spéc. p. 71

²²¹¹ Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 44, qui développe cette idée aux pages 50 à 52 ;

d'accueil, mais de celles de l'Etat d'origine, applicables en vertu de l'exigence de reconnaissance²²¹².

609. On pourra alors répondre que la reconnaissance doit pouvoir être « invoquée par un particulier à l'encontre d'un obstacle juridique s'opposant à la continuité d'une "réalité sociale" vécue à l'étranger, par l'Etat du for d'accueil »²²¹³. La « réalité sociale » constituerait ainsi la source et le fondement de la reconnaissance. Mais pour caractériser cette « réalité sociale », l'auteur qui propose cette explication se réfère à l'arrêt Wagner et le fait que « ne pouvait [être] ignoré le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 »²²¹⁴. Or voici que réapparaît l'exigence liée au fait que le statut était « valablement créé à l'étranger », inévitable pour éviter de verser dans une idéologie de la « personne sans loi »²²¹⁵. Cette exigence implique de nouveau que l'on ne soit pas dans le pur fait, mais dans un fait déjà positivement appréhendé par le droit.

610. L'emballage pour la méthode de la reconnaissance semble reposer sur une tendance certaine à vouloir assimiler « existence » de la situation et « validité » de la situation²²¹⁶. La distinction entre les deux est pourtant capitale. Il est d'ailleurs en réalité plus que douteux que le droit positif connaisse des hypothèses dans lesquelles des situations sont reconnues simplement parce qu'elles existent²²¹⁷. Et nous voici face à ce qui nous semble

²²¹² Ce qui est d'ailleurs probablement l'idée que veut exprimer Kohler, lorsqu'il poursuit que « l'objet de la reconnaissance est partant la situation juridique » (*ibid*), ce qui implique donc sa conformité aux règles de l'Etat d'origine, faute de quoi elle pourrait difficilement être « juridique ».

²²¹³ Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 95, spéc. p. 92 et 93.

²²¹⁴ Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 95, spéc. p. 92 et 93

²²¹⁵ Idéologie de la personne sans loi que critique T. Marzal YETANO, « The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law », *Journal of PIL*, 6 (2010) 155, 191-192, critique que réfute à l'égard de la CEDH Patrick KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p.47.

²²¹⁶ L'on sent bien que une certaine tendance à vouloir assimiler les deux en doctrine, sans faire attention à l'importante distinction qu'il convient de faire entre ces deux situations. Par exemple « la reconnaissance sera invoquée par un particulier à l'encontre d'un obstacle juridique s'opposant à la continuité d'une « réalité sociale » vécue à l'étranger, par l'Etat du for d'accueil » tout en appelant au soutien l'arrêt Wagner et le fait que « ne pouvait [être] ignoré le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 » Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 104, spéc. p. 92 et 93.

²²¹⁷ Il n'y a au niveau du droit européen aucune hypothèse dans laquelle la situation est reconnue en tant que telle... (divorce, autorité parentale, certificat d'héritier, oui, mais avec intervention d'une autorité publique, actes d'état civil, non, sociétés, oui, mais intervention d'une autorité, nom, oui, mais soit intervention d'une autorité,

constituer le cœur du problème de la définition de la reconnaissance, c'est-à-dire la distinction entre existence et validité d'une situation.

611. La question déterminante n'est en effet pas de savoir quand une situation existe, mais de savoir quand elle *existe juridiquement*. Classiquement, pour connaître le sens juridique d'une situation internationale, le droit international privé nous enseigne que ce sens juridique peut être déterminé soit en application de la loi du for, soit en application d'un droit étranger. Dans son sens le plus pur, la méthode de la reconnaissance évince pourtant la question de l'application du droit étranger. Il n'est plus question en effet de savoir si une situation est *valablement* constituée à l'étranger, dans une recherche de la validité qui impliquerait alors d'appliquer le droit étranger. Au contraire, puisqu'il s'agit de reconnaître des situations simplement parce qu'elles existent, la question est celles des conditions que pose l'ordre juridique de réception pour considérer que la situation existe. Cette existence est alors revêtue d'une signification juridique par l'ordre juridique de réception. Le sens juridique précis de la situation est donc déterminé par la loi du for. C'est là l'acception à la fois la plus radicale et la plus absolue de la méthode de la reconnaissance qui reste dans les limites de ce qui constitue encore du Droit.

612. C'est cette acception de la méthode de la reconnaissance que la CEDH a abandonné avec ses arrêts en matière de gestation pour autrui. Dans les affaires *Menneson*²²¹⁸ et *Labassée*²²¹⁹, le fait que la solution fut fondée sur la protection de la vie privée et non la protection de la vie familiale était déjà un désaveu d'une méthode qui faisait de la validité de la filiation à l'étranger l'élément déterminant d'un libéralisme dans la reconnaissance. Mais au moins, la conformité à la vérité génétique constituait un fondement minimal pour conférer une certaine légitimité à l'égard de l'ordre juridique de réception²²²⁰. Avec l'arrêt

soit application du droit étranger). Un exemple de reconnaissance d'une décision en tant que fait – le seul ? – est celui de l'arbitrage, évidemment pas notre sujet, mais la validité de la sentence arbitrale est bien appréciée uniquement par rapport aux règles françaises relatives à l'arbitrage international, abstraction faite de la position adoptée par tout ordre juridique étranger, fût-ce celui du siège de l'arbitrage, voire celui pertinent pour apprécier la validité de la sentence au regard du tribunal arbitral lui-même ; c'est vrai aussi pour la CEDH (voy. Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 55 (rappelant également l'importance de la marge d'appréciation nationale qui s'exerce « sous réserve d'un "contrôle" européen » (Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p.54).

²²¹⁸ N° 65192/11.

²²¹⁹ N° 65941/11.

²²²⁰ Légitimité déjà assez douteuse ; en tout cas il ne devrait pas appartenir à la CEDH de dire si un Etat veut privilégier la filiation biologique sur d'autres éléments susceptibles de fonder la filiation.

*Paradiso*²²²¹, la confusion de l'exigence de légitimité avec le simple constat de l'existence d'une vie familiale de fait annihile totalement la recherche de validité de la relation familiale et ne permet plus de considérer que l'on reste encore dans le cadre du Droit. L'arrêt ne se fonde en effet pas sur la validité de la filiation à l'étranger. Il écarte au contraire explicitement la solution de l'arrêt *Wagner* sur ce point²²²². Ce qui fonde l'application de l'article 8 est très directement l'existence d'une vie familiale de fait²²²³. Avec cet arrêt l'on tombe donc clairement dans la situation dans laquelle l'on reconnaît une situation simplement parce qu'elle existe de fait, non parce qu'elle est valablement juridiquement.

613. L'arrêt est alors un cas d'école pour illustrer les aberrations auquel mène un tel raisonnement. En obtenant un enfant, en l'occurrence à l'étranger mais cela n'importe pas pour le raisonnement, contre le paiement d'une somme d'argent²²²⁴, on crée une situation de fait qui doit être reconnue par l'Etat, à défaut de quoi celui-ci violerait les droits de l'homme des parents et de l'enfant découlant de l'article 8. Que l'on soit potentiellement, et rien ne permet de dire dans l'espèce que l'on n'y est pas, dans une véritable situation de vente d'enfant, et partant de traite d'êtres humains, ne change rien au fait qu'une situation de fait a été créée et que celle-ci s'impose à l'Etat. Après tout, les parents ont payé un prix, et il serait injuste, au moins dans la conception que se fait la CEDH des droits de l'homme, de les priver de la contrepartie qu'ils exigeaient. L'article 1^{er} du protocole n° 1, déjà utilisé avec retentissement en matière familiale, aurait d'ailleurs probablement été un fondement plus pertinent de la solution dans l'affaire *Paradiso* que le recours à l'article 8. Il importe dès lors peu que l'on soit dans une situation par ailleurs condamnée par les instruments internationaux visant à combattre la vente d'enfants ou la traite d'êtres humains. La CEDH consacre ainsi le droit qui s'aligne sur le fait, le droit du plus fort, le droit du plus riche, et elle le fait parce qu'elle abandonne jusqu'à l'exigence, pourtant très lâche, de validité d'après un ordre juridique étranger quelconque, qui était encore prévue par l'arrêt *Wagner*. Pour la CEDH, le fait crée et justifie le droit. Or les faits sont dans l'affaire, comme si souvent aujourd'hui, créés par l'argent, le versement d'une somme importante. Si le fait crée le droit et que l'argent crée les faits, c'est bien que l'argent crée le droit. C'est ce que nous dit la CEDH, et le tout sous couvert de droits fondamentaux et droits de l'homme. Le degré de perversité auquel est parvenu la conception européenne des droits de l'homme devient alors patent. Les droits de

²²²¹ Requête no 25358/12.

²²²² Not. point 69.

²²²³ *Ibid.*

l'homme sont devenus un outil de protection des situations de fait que les individus créent grâce à l'argent. Il ne s'agit plus de protéger les faibles contre les excès de pouvoir qui iraient de pair avec une position économique défavorable. Il s'agit désormais de consacrer le pouvoir de l'argent pour qu'il ne soit plus uniquement pouvoir, mais également droit. Les droits de l'homme sont ainsi devenus les droits de l'argent, les droits de l'homme riche...

614. On est par ailleurs saisi d'un doute. La Convention de New York relative aux droits de l'enfant ne prévoit-elle pas en son article 35 l'obligation pour « les Etats parties [de] pren[dre] toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit » ? Si la vente à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit doit être empêchée par les Etats parties à cette convention, comment ces mêmes Etats peuvent-ils accepter qu'une institution leur impose non seulement l'obligation de reconnaître juridiquement la vente d'un enfant, mais également une sorte de garantie d'éviction au cas où la vente devrait ne pas se réaliser du fait de l'Etat ? Dans l'affaire Paradiso, à travers la reconnaissance d'un préjudice moral d'un montant particulièrement généreux, l'on revient en effet à rembourser aux parents une part substantielle du prix qu'ils ont payé pour l'enfant et de la « jouissance » duquel ils ont été privés du fait des autorités italiennes. Si la définition internationale de la traite des êtres humains n'était pas limitée aux situations véritablement les plus insupportables²²²⁵, encore que la liste ne soit pas exhaustive²²²⁶, il faudrait se demander dans quelle mesure les magistrats de la CEDH ne se sont pas rendus complices d'un des crimes les plus abjects qu'ait inventé le genre humain. Mais, heureusement pour la conscience des juges de Strasbourg, la vente d'enfants ne tombe sous la définition de la traite d'être humain que si elle s'accompagne d'une exploitation qui « comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes »²²²⁷. Il n'est pas certain pour autant que la situation devienne légitime du simple fait qu'elle ne constitue pas, du point de vue du droit international, le crime contre l'humanité qu'est la traite des êtres humains, et ce d'autant plus que la Convention de New

²²²⁴ 50 000 € en l'espèce

²²²⁵ C'est-à-dire limitée aux situations qui incluent l'exploitation. Le droit français retient d'ailleurs une vision plus large de la traite des êtres humains, notamment lorsqu'elle est réalisée à l'égard d'un mineur, voy. l'article 225-4-1 du code pénal.

²²²⁶ Et que la France notamment retient une acception plus étendue de la notion de traite d'êtres humains.

²²²⁷ Article 3 a) Protocole de Palerme (<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-f.pdf>)

York condamne expressément la vente d'enfants comme un crime distinct de celui de la traite d'enfants. Comme un auteur l'a déjà remarqué, si l'on appliquait la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 ayant pour objet d'adapter le droit français au droit de l'Union européenne et à d'autres engagements internationaux de la France « avec le courage et la lucidité nécessaires »²²²⁸, ces faits tomberaient, du point de vue du droit français, sous le coup des incriminations d'esclavage et de traite des êtres humains²²²⁹.

615. L'affaire *Paradiso* illustre ainsi de façon topique que le fait de ne conditionner la reconnaissance de l'existence de la situation ni aux règles prévues par un ordre juridique étranger, ni aux exigences posées par l'ordre juridique du for, est tout simplement la capitulation du droit devant les faits. Or les faits sont le résultat d'un rapport de force qui permet dans une situation donnée à une ou plusieurs personnes d'établir un fait qui leur est favorable. Et s'incliner devant ce fait sans le soumettre au respect des règles de droit est consacrer le droit du plus fort, lequel n'est plus du droit²²³⁰. Or pour être juridiquement consacrée, une situation doit être conforme à une certaine idée de légitimité ou de justice, faute de quoi la société n'accepterait pas de protéger cette situation mais permettrait aux personnes concernées de rétablir une situation conforme aux exigences de légitimité ou de justice posées par la société. Reconnaître l'existence d'un fait simplement parce qu'il existe est inconciliable avec cette nécessité de légitimité qui fonde la juridicité de la situation. La simple existence en elle-même est insuffisante à justifier la situation. Il faut apporter un jugement de valeur sur sa légitimité, et même si l'existence d'une situation peut être une présomption en faveur de la légitimité de cette situation, elle n'en constitue certainement pas la preuve. Il reste en effet toujours nécessaire d'apprécier le bien-fondé de la situation. Tout l'apport du droit international privé contemporain est de dire que la légitimité d'une situation peut résulter de la conformité de la situation aux conditions posées par un ordre juridique étranger et pas seulement de la conformité aux conditions posées par l'ordre juridique du for. Mais il ne s'est jamais agi de dire qu'une situation peut être reconnue simplement parce qu'elle existe et indépendamment de toute appréciation de la légitimité de celle-ci.

²²²⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot », *D* 2014.491.

²²²⁹ Voy. sur ce point not. la position de Mme Fabre-Magnan ; *ibid.* ; voy. également de façon plus générale sur les transformations contemporaines du droit de la famille, R. SEVE et D. LASZLO-FENOUILLET (dir.), *La famille en mutation*, préc., note 73.

²²³⁰ Comme on le sait au plus tard depuis Rousseau et *Du contrat social*.

616. C'est donc en raison d'une antinomie avec l'idée de droit qu'il est impossible de permettre la pure reconnaissance de situations simplement parce qu'elles existent. On retrouve la célèbre assertion de Savigny d'après laquelle « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition »²²³¹. Ou, pour le dire dans une formule plus contemporaine, « il ne faut pas [...] se laisser abuser par les mots : la situation n'est pas "reconnue" comme si elle était une réalité de fait ; il aura bien fallu appliquer les règles substantielles du pays désigné par le droit international privé du lieu de l'acte pour constater que ce dernier est valable »²²³². Il est donc nécessaire d'appliquer certaines règles substantielles pour savoir si « des droits sont bien acquis » ou que « la situation est valable ».

617. Mais les deux citations comportent une pétition de principe en faveur de la possibilité de l'application d'un droit étranger qui ne se justifie pas à ce stade de la réflexion. Pourquoi la validité de la situation doit-elle en effet dépendre du droit étranger, voire du droit désigné par la règle de conflit étrangère ? Si la question est de savoir si l'existence de la situation est suffisamment caractérisée pour être reconnue par l'ordre juridique du for, ne doit-il pas appartenir à cet ordre juridique du for de fixer les conditions auxquelles il accepte de considérer une situation internationale comme juridiquement existante, c'est-à-dire comme valable au regard des critères de juridicité posés par l'ordre juridique du for²²³³ ?

2 Le caractère inadapté d'une reconnaissance des situations conditionnée exclusivement aux critères de l'ordre juridique d'accueil

618. Une fois admis que la juridicité de la situation doit bien résulter de l'application d'un système juridique donné, il reste encore à déterminer pourquoi l'ordre juridique de réception doit tenir compte de l'appréciation opérée par les ordres juridiques

²²³¹ F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain, tome VIII*, 2^e éd., traduit par Charles GUENOUX, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1860, spéc. p. 131.

²²³² P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, Domat, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p. 93.

²²³³ L'on voit donc que l'on commence déjà à quitter le terrain de la logique juridique pure pour apporter un jugement de valeur sur une première option de politique juridique possible, qui est celle d'une soumission de la reconnaissance des situations aux seuls critères de l'ordre juridique d'accueil et dont il convient d'analyser les mérites dans les passages qui suivent.

étrangers. Le postulat de départ est en effet simple²²³⁴. La juridicité de la situation dépend toujours de sa reconnaissance par l'ordre juridique d'accueil. Cet ordre juridique peut conditionner la juridicité de la situation à la conformité de cette situation aux conditions posées par un ordre juridique étranger, tout comme il peut aussi poser lui-même les conditions de juridicité de la situation sans tenir compte de l'interférence d'un ou de plusieurs ordres juridiques étrangers.

619. Un exemple net est celui de l'arbitrage international en droit français, la validité de la sentence ne s'appréciant qu'aux regards des critères de l'ordre juridique français, en ignorance complète des positions éventuellement adoptées par des ordres juridiques pourtant parfois très proches de l'instance arbitrale²²³⁵. Un autre exemple serait l'admission d'un contrat non soumis à une loi étatique, comme le proposent notamment les principes de la Conférence de La Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux. Cette possibilité est théoriquement concevable en raison de la reconnaissance de la juridicité contenue dans la règle de l'ordre juridique d'accueil qui admet une telle position libérale²²³⁶.

620. La réaction du législateur allemand à la jurisprudence *Grunkin Paul*²²³⁷ le confirme d'ailleurs dans un contexte bien plus proche du droit de la famille. Le législateur allemand a décidé d'accepter le nom, et donc la situation, existant dans un autre Etat membre, à condition que ce nom ait été « acquis [...] et inscrit dans un registre de l'état civil »²²³⁸. Cela montre bien qu'au nom de la « reconnaissance », la juridicité de la situation internationale ne

²²³⁴ Vérifier si ça doit encore se trouver qq part ou supprimer : Lorsque pour la reconnaissance des décisions on dit que l'on ne vérifie pas leur validité, encore qu'il faille revenir sur cette assertion, fautive à notre sens, ce n'est pas tout à fait vrai. L'on pourrait en effet à la limite considérer que l'on n'évalue leur validité ni au regard du droit normalement applicable, étranger ou national, ni au regard de l'ordre juridique étranger. Mais on évalue alors la validité des situations étrangères au regard des critères posés par l'ordre juridique de reconnaissance en vue de vérifier les conditions de régularité internationale. L'on a donc un corps de règles « matérielles », c'est-à-dire unilatérales, par lesquelles l'ordre juridique de reconnaissance vérifie, généralement de façon plus libérale, la validité de la décision intervenue à l'étranger. Sous cet aspect la méthode de la reconnaissance pourrait donc parfaitement être étendue aux situations internationales, ce qui implique cependant que l'on cherche à reconnaître ces situations non parce qu'elles sont « valables » d'après un droit étranger, mais simplement parce qu'elles « existent » et qu'il y a des raisons justifiant une attitude libérale d'accueil, tels le « droit à la mobilité internationale », le « droit à l'identité » ou la « citoyenneté européenne », pour ne nommer que ceux-là. Tant qu'il y a de telles conditions de régularité internationale, on n'est donc plus dans la négation du droit.

²²³⁵ Comme par exemple l'ordre juridique du siège de l'arbitrage...

²²³⁶ Voy. sur ce point not. L. GANNAGE, *Le contrat sans loi* et P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, préc., note 2264, spéc. p. 524 et s.

²²³⁷ Sur cette réaction législative, voy. C. KOHLER « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 67 à 79, spéc. p. 73 à 76)

dépend alors plus que des considérations matérielles de la loi du for, c'est-à-dire ici l'inscription dans un registre de l'état civil. Or quelle réaction adopter si le nom acquis l'a été illégitimement et que la personne se voit exposée à une action en rectification à l'étranger ? En Allemagne son nom aurait déjà été reconnu, alors même qu'il est potentiellement non valable dans l'Etat d'origine, ce qui illustre alors le risque de créer une discontinuité de traitement au nom d'une reconnaissance fondée sur la permanence du statut...²²³⁹ Ces exemples montrent que si la reconnaissance de situations est possible indépendamment de leur signification juridique à l'égard d'un ordre juridique étranger, elle ne l'est qu'en élaborant un cadre d'évaluation de la validité ou de la régularité de ces situations au niveau de l'ordre juridique de réception.

621. Pour l'Union européenne, le recours à la méthode de la reconnaissance des situations en raison de leur existence et non en raison de leur validité à l'étranger impliquerait à première vue l'élaboration d'un cadre d'évaluation de la régularité des situations familiales étrangères qui soit commun à tous les ordres juridiques de l'Union européenne. Ce cadre ne serait pas un cadre fournissant des rattachements, mais un cadre fournissant directement les valeurs matérielles de référence, c'est-à-dire les valeurs qui conditionnent la validité de la situation. Par où l'on serait dans le droit de la famille matériel, pourtant exclu des compétences de l'Union européenne et incompatible avec les objectifs que l'Union européenne doit poursuivre en matière de droit de la famille²²⁴⁰.

622. Le dispositif de l'arrêt *Garcia Avello* a d'ailleurs de quoi laisser dubitatif à cet égard. Lorsque la Cour de justice impose en effet la reconnaissance du nom des enfants « dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre », on ne comprend guère pourquoi la Cour évoque la « tradition ». L'exigence de conformité à la tradition implique un détachement par rapport à la condition de la conformité au droit international privé étranger et montre que l'on est bien dans l'hypothèse d'une situation reconnue parce que l'ordre juridique d'accueil accepte la validité de la situation. Le nom pourrait ainsi être reconnu parce que le droit de l'Union européenne aurait posé la règle, toute

²²³⁸ Article 48 EGBGB, traduit par Kohler Christian Kohler « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 67 à 79, spéc. p. 74.

²²³⁹ C'est donc une illustration forte du risque de schizophrénie sur laquelle peut déboucher le droit à l'identité fondant la reconnaissance (même si le législateur soumet en outre sa solution à l'applicabilité du droit allemand)...

²²⁴⁰ Cf. *supra*, not. n° 573 et s.

matérielle en réalité, que tout nom conforme à la tradition d'un Etat membre donné doit être reconnu. Cette conclusion serait pourtant une aberration, puisque la situation contraire au droit étranger mais conforme à la tradition étrangère devrait alors être reconnue ! A moins qu'il ne faille voir dans le « et de la tradition » une condition cumulative, ce qui serait également absurde, puisque l'absence de conformité à la tradition ne doit pas empêcher le législateur d'un pays d'adopter des règles nouvelles²²⁴¹. Les autres Etats membres de l'Union européenne ne devraient ainsi pas reconnaître les double-noms obtenus en France au motif que, bien que conforme au droit français, ces double-noms ne sont pas conformes à la tradition française... Il est pourtant à notre sens faux de voir dans l'arrêt *Garcia Avello* la consécration d'une méthode de la reconnaissance des situations détachée de la condition de validité à l'étranger, et les arrêts ultérieurs plaident également en ce sens²²⁴².

623. Par rapport à la méthode de la reconnaissance en général, il importe de souligner qu'il y a quelque chose de totalement illogique dans un système qui ne tient pas compte de l'appréciation juridique opérée par un ordre juridique étranger, notamment lorsque cette absence de prise en compte se fait au nom d'un principe de « cohérence internationale » ou de tout autre beau principe qui puisse y être assimilé. Le résultat d'une telle approche est en effet un risque évident de reconnaissance dans l'ordre juridique d'accueil de situations qui ont une signification juridique différente à l'étranger. Ne tenant pas compte de la validité de la situation au regard de l'ordre juridique étranger, la coïncidence dans l'appréciation de la validité de la situation ne serait plus que le fruit du pur hasard, et non le résultat d'une attitude de l'ordre juridique de réception qui cherche délibérément cette coïncidence. Comment peut-on en effet être certain de ce que le sens juridique de la situation qui « existe » à l'étranger sera le même que celui retenu par l'ordre juridique étranger, si l'on n'applique pas les conditions de validité de cet ordre juridique étranger ? Ne pas tenir compte de l'appréciation opérée par l'ordre juridique étranger constituerait alors une grande cause d'incohérence et de discontinuité de traitement juridique, au nom d'un soi-disant principe de cohérence et de continuité de traitement juridique.

²²⁴¹ Comme ce fût le cas dans un certain nombre de pays, y compris la France. Concernant le double nom pour la France, on peut douter qu'il constitue la tradition...

²²⁴² Ce qui le rend moins net, c'est qu'il y a à chaque fois intervention d'une autorité. Voy. not. dans l'affaire *Grunkin Paul* le dispositif (qui reprend cette idée en affirmant la nécessité de « reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre Etat membre »). Le sens précis de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de reconnaissance devra en tout cas être confirmé par une analyse plus approfondie, qu'il faudra mener dans un cadre plus spécialement destiné à analyser les implications de la

624. Posée en termes de « droit à l'identité » la contradiction est d'ailleurs encore plus frappante. Si l'on détache la reconnaissance de la situation de sa validité à l'étranger, on admet nécessairement que l'on peut reconnaître des situations qui ne sont pas valables à l'étranger. Ce faisant, ce que l'on consacre, ce n'est pas un droit à l'identité, mais un droit à la schizophrénie. En détachant la reconnaissance de la nécessité de respecter les conditions posées par l'ordre juridique étranger pertinent, on crée un cadre dans lequel on postule unilatéralement que les personnes peuvent légitimement obtenir dans l'ordre juridique d'accueil la reconnaissance d'une identité qui est différente de celle existant juridiquement à l'étranger. Voilà que l'on cherche délibérément dans le pays d'accueil à changer en vérité ce qui constitue une erreur dans le pays d'origine ! Et que l'on oublie la pensée pourtant si connue de Pascal sur le paradoxe du droit international privé : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »²²⁴³.

625. A ce risque d'incohérence, qui condamne déjà en lui-même l'acception purement lex foriste de la méthode de la reconnaissance, doit d'ailleurs être ajouté un autre risque, aggravant ce premier et soulignant les dangers de la méthode. Le recours à la méthode de la reconnaissance peut en effet mener à ce que l'ordre juridique de réception accorde un rôle plus grand aux conditions d'accueil unilatéralement posées, alors que ces conditions d'accueil constituent autant d'exceptions à l'esprit d'ouverture inhérent au droit international privé. Pour justifier la méthode de la reconnaissance, un auteur affirme ainsi que « la crainte du libéralisme quant à la soumission à la méthode de la reconnaissance [...] peut être limitée bien plus au stade du contrôle et au domaine de l'efficacité qu'à celui de l'admission ou non de la méthode de reconnaissance »²²⁴⁴. Voici donc que l'on fait de la prédominance conférée aux concepts internes de l'ordre juridique du for l'outil de promotion de la méthode de la reconnaissance, et ce au détriment des objectifs propres du droit international privé ! On est loin de l'idée fondatrice de la règle de conflit, d'après laquelle l'ordre juridique du for doit accepter la relativité de ses concepts propres et accueillir la situation étrangère, à condition que la vocation de l'ordre juridique étranger à voir ses concepts juridiques appliqués soit particulièrement forte. Et il n'y a rien à gagner d'un point de vue du droit international privé si

méthode de la reconnaissance pour le droit européen de la famille, et non dans le cadre des développements destinés à dresser le tableau général de la méthode de la reconnaissance (cf. *infra*, n° 667 et s.).

²²⁴³ Voy. Blaise PASCAL, *Pensées* : « voilà que nous sommes en face d'une rivière dont nous prétendons changer la vérité constituée au-delà des frontières en erreur lorsque ses flots nous atteignent, et *vice versa*... ».

²²⁴⁴ Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p. 142.

l'on accepte, par le truchement de la méthode de la reconnaissance, l'application de lois étrangères qui ont, le cas échéant, un lien moins fort avec la situation, tout en limitant l'esprit d'ouverture de l'ordre juridique de réception au niveau des conditions de la reconnaissance.

626. La méthode de la reconnaissance ne doit donc pas s'arrêter à l'élaboration unilatérale d'un ensemble de conditions matérielles de la reconnaissance d'une situation simplement existante à l'étranger. Il semble au contraire nécessaire, pour que le droit international privé puisse atteindre ses objectifs, de conditionner la reconnaissance d'une situation étrangère à la validité de cette situation au regard de l'ordre juridique d'origine²²⁴⁵. Mais si l'« existence » de la situation est conditionnée à la « validité » au regard d'un ordre juridique étranger, on est de nouveau dans la méthode conflictuelle, puisque pour savoir si la situation est valablement créée à l'étranger, nous sommes bien obligés d'appliquer le droit, fût-il droit international privé, de l'ordre juridique étranger.

627. Dès lors la méthode de la reconnaissance se révèle en réalité ne pas être autre chose qu'une reformulation de la méthode conflictuelle, qu'« une excavation du projet initial de la discipline, qui a été enterrée et déformée par un siècle d'individualisme et de rétrécissement axiologique [dans le cadre duquel] l'impératif de respect de l'altérité et la prise au sérieux du pluralisme ont été progressivement oubliés au profit d'une emprise de plus en plus forte de formes fermées »²²⁴⁶. Et nous allons tenter d'apporter la preuve de ce que la méthode de la reconnaissance, dans toutes ses manifestations, y compris en matière de reconnaissance des décisions, continue de relever de la méthode du conflit de lois.

B L'acception conflictuelle de la méthode de la reconnaissance

628. On tend aujourd'hui à présenter la méthode de la reconnaissance comme une méthode révolutionnaire qui a vocation à évincer plus ou moins complètement la méthode de

²²⁴⁵ Ou nécessité quasi-absolue, parce que dans certains domaines, tel l'arbitrage, des considérations de politique juridique peuvent conduire à abandonner cette exigence. Mais même dans ces domaines l'absence de rattachement à un certain ordre juridique étatique peut justement être condamnée en raison de l'excessif libéralisme et surtout en raison du risque d'incohérence juridique que cette situation crée. Il n'y a qu'à penser à l'exemple de la sentence arbitrale annulée dans le pays du siège de l'arbitrage.

²²⁴⁶ H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé* 2013 p. 319 (à l'occasion du compte rendu de JOUANNET (Emmanuelle), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pédone, 2012 ; en référence également à D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Paris I, 2002).

la règle de conflit de lois. Cette acception de la méthode de la reconnaissance est pourtant fautive. La méthode de la reconnaissance reste en effet une des méthodes du conflit de lois (1). Elle est simplement une règle de conflit de lois tellement libérale que sa mise en œuvre est encadrée par des conditions de régularité internationale par lesquelles l'ordre juridique de réception s'assure du respect de ses propres valeurs fondamentales (2). Cette double affirmation nous permet alors d'analyser ses conséquences sur la conception qu'il convient de retenir de la méthode du conflit de lois, ce qui permettra de proposer une lecture unitaire de la règle de conflit de lois, qui puisse appréhender à la fois la règle de conflit de lois « classique » et la règle de conflit de lois « de reconnaissance » (3).

1 La méthode de la reconnaissance reste une des méthodes du conflit de lois

629. Nous avons déjà pu éliminer un premier contresens au sujet de la méthode de la reconnaissance. Il n'est en effet juridiquement pas concevable de reconnaître la situation simplement parce qu'elle existe. Pour savoir à quoi cette situation correspond juridiquement, il faut bien appliquer un certain droit. Le contre argument qui peut être opposé à ce raisonnement tient au fait que le droit qui confère la juridicité à la situation peut et doit être la loi du for, qui accepte de reconnaître l'efficacité de la situation pour l'ordre juridique du for parce qu'elle existe à l'étranger. Mais la logique d'un droit international privé cherchant la cohérence des relations internationales impose de tenir compte du droit étranger et de ne pas appliquer uniquement la loi du for pour apprécier la validité de la situation internationale, ce qui serait verser dans un lex forisme condamné depuis 400 ans.

630. Cela est vrai pour toutes les hypothèses de la reconnaissance, et nous allons vérifier la thèse de l'irréductibilité de la méthode conflictuelle en la confrontant à la reconnaissance des jugements étrangers, dont on fait aujourd'hui le terrain privilégié et incontesté de la méthode de la reconnaissance²²⁴⁷. A l'égard des jugements étrangers la nécessité de la validité à l'égard de l'ordre juridique étranger est posée aussi. Les jugements ne sont en effet reconnus que s'ils sont valables au regard de l'ordre juridique qui les a rendus. Cette condition de validité est simplement tellement évidente que l'on ne la soulève

²²⁴⁷ Voy. not. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973.

pas expressément. L'exigence du caractère définitif du jugement et la caducité automatique de l'*exequatur* en cas d'exercice d'une voie de recours extraordinaire à l'étranger le soulignent bien. Car en cas de remise en cause de la décision étrangère par l'exercice notamment de voies de recours extraordinaires, on considère à juste titre que l'*exequatur* devient caduc de plein droit²²⁴⁸.

631. En maintenant l'exigence de la validité d'après le droit de l'ordre juridique étranger, on reste dans le cadre de la méthode conflictuelle ! La validité du jugement étranger relève simplement du droit de l'ordre juridique dont le juge a rendu le jugement, tout comme la contestation de cette validité relève en principe de la compétence exclusive du juge du même ordre juridique²²⁴⁹. La reconnaissance des jugements étrangers ne repose donc pas sur l'idée que les jugements doivent être reconnus parce qu'ils existent, et que par voie de conséquence la situation qu'ils consacrent existe, mais sur l'idée que ces jugements sont valables et que la situation qu'ils consacrent est également valable. A partir de là, si on fait de la validité d'après le droit étranger l'élément caractéristique de la méthode du conflit de lois²²⁵⁰, la reconnaissance des jugements étrangers relève également de la méthode du conflit de lois.

632. Cette conclusion est renforcée par le fait qu'il semble difficile de faire une distinction théorique entre « cristallisation »²²⁵¹ par acte public²²⁵² et « cristallisation » par jugement. Pierre Mayer dit justement que pour la première « on est toujours dans le domaine du conflit de lois, et non dans celui de l'effet des jugements ou du conflit d'autorités »²²⁵³.

²²⁴⁸ Voy. not. sur cette question H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2005, notamment p. 224 à 232, qui se prononce, de façon à notre sens contestable, pour la subordination de la caducité de l'*exequatur* au respect des conditions de régularité internationale par le jugement rendu dans le cadre du recours extraordinaire ; voy. égal. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. n° 295 et n° 304 et les arrêts cités ; P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, Domat, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. n° 426, p. 302 et les arrêts cités (Civ. 1^{re} 31 janvier 1990, *Rev crit droit international privé* 1990.748, note Kessedjian ; Civ 1^{re}, 12 novembre 1986, *Rev crit droit international privé* 1987.750, note Kessedjian).

²²⁴⁹ Quitte à ce qu'un contrôle, notamment en termes d'ordre public de procédure, soit exercé ensuite. Quant à la question de savoir si le jugement est conforme au droit étranger, il retient les mêmes principes qu'en droit interne, c'est-à-dire autorité de chose jugée qui fait présumer la rectitude et nécessité de l'exercice des voies de recours pour contester, avec une compétence exclusive de l'ordre juridique étranger à cet égard.

²²⁵⁰ Comme on le fait de façon fort convaincante en doctrine, voy. p. ex. P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, Domat, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p.84.

²²⁵¹ Sur cette notion, qui peut être considérée comme consacrée, voyez. P. Mayer et *infra*.

²²⁵² Ou tout autre moyen considéré suffisant en vue de la cristallisation de la situation.

²²⁵³ « Puisqu'il n'y a pas eu de décision ayant autorité et pouvant être reconnue comme telle, la situation résulte nécessairement d'une règle matérielle, et l'identification de cette règle ne peut s'opérer que par l'application de la méthode de résolution du conflit de lois, celle qui est employé dans le pays de cristallisation », (Pierre Mayer,

Mais on ne voit pas pourquoi, « lorsqu'un jugement étranger – ou plus généralement une décision revêtue d'autorité – a été rendu, l'existence de la situation est déduite directement du jugement [et] il n'y a lieu d'appliquer ni une règle de conflit de lois, ni une règle matérielle » et que dans cette hypothèse « toute intervention d'une règle de conflit de lois est absente »²²⁵⁴. Nous venons déjà de voir que cette affirmation est infondée concernant la validité de la situation constatée par le jugement.

633. Mais même concernant les effets de la situation consacrée par le jugement, l'idée du recours nécessaire à certaines règles substantielles pour la détermination des conséquences juridiques attachées cette situation s'impose. Comment détermine-t-on en effet les effets du jugement étranger, et donc la situation qui en découle, si ce n'est en appliquant le droit du juge étranger ?

634. Pour connaître le contenu du jugement étranger et ses effets, il faut bien appliquer le droit étranger, puisque l'efficacité normative du jugement étranger devant les tribunaux de l'ordre juridique d'accueil « est calquée sur le contenu propre du jugement étranger : celui-ci n'aura ni plus ni moins d'effets normatifs que dans son ordre juridique d'origine »²²⁵⁵. Trois exemples permettront d'étayer cette affirmation.

635. Le premier exemple concerne une condamnation à payer une somme d'argent²²⁵⁶. Il faudra ainsi déterminer quelle loi doit être appliquée à la question de la détermination des intérêts qui doivent être ajoutés à cette somme d'argent²²⁵⁷. Si pour le droit étranger, les intérêts et l'anatocisme courent de plein droit à compter de la saisine du juge, le jugement qui attribue 10 000 € à titre de dommages et intérêts, sans préciser le montant des intérêts qui sont à ajouter, attribue en réalité plus que ce qui est explicitement prévu dans le dispositif²²⁵⁸. Mais pour le savoir, il faut bien appliquer le droit étranger... Cette question

« La reconnaissance : notions et méthodes », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 27 à 33, spéc. p. 31) la référence au « pays de cristallisation » étant par ailleurs déjà très proche d'une règle de conflit...

²²⁵⁴ Pierre Mayer, « La reconnaissance : notions et méthodes », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 27 à 33, spéc. p. 32 et 33

²²⁵⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, n° 247.

²²⁵⁶ A quelque titre que ce soit, prestation compensatoire, dommages et intérêts, obligation alimentaire...

²²⁵⁷ Voy. sur cette question not. C. KLEINER, « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2009.639 ; et plus généralement C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, Paris, 2010.

²²⁵⁸ La situation dans laquelle le dispositif renvoie à une détermination plus précise du montant à effectuer ultérieurement se rencontre fréquemment, on n'a qu'à penser à la détermination de la satisfaction équitable par la

concerne en effet le contenu substantiel du jugement étranger. Elle est en cela distincte de la question des intérêts moratoires qui suivent le prononcé du jugement, et pour lesquels la Cour de cassation a retenu l'application de la loi française lorsque l'exécution est réclamée en France²²⁵⁹.

636. Un deuxième exemple peut être trouvé en matière familiale, autour de la question de l'établissement de la paternité et de la responsabilité parentale. On pourra dire que les questions de la responsabilité parentale et de l'établissement de la paternité sont deux questions distinctes et relèvent donc de deux catégories différentes. Pourtant, un jugement statuant sur la responsabilité parentale relève tout autant de la méthode de la reconnaissance des jugements qu'un jugement statuant sur la constatation de paternité. Pour un jugement étranger statuant expressément sur ces deux questions, le recours à une méthode unique ne fait ainsi pas de doute. Mais le raisonnement devient différent pour un jugement en constatation de paternité qui ne prévoirait pas expressément ses conséquences sur la responsabilité parentale. Si le jugement déclare simplement que la paternité est constatée, que faut-il en déduire pour la responsabilité parentale ? Supposons que le droit étranger appliqué par le juge prévoit que la constatation judiciaire de la paternité emporte attribution de plein droit de la responsabilité parentale, l'attribution de la responsabilité parentale consécutive au jugement découle-t-elle du jugement lui-même ou du droit étranger applicable²²⁶⁰ ? Il y a certainement des règles dans le droit étranger qui prévoient cette hypothèse. Et il est nécessaire d'appliquer ces règles pour savoir si le jugement emporte une responsabilité parentale pour le « nouveau » père. Il faut donc bien appliquer le droit étranger pour savoir quels effets il attache à ce type de jugement et on ne peut se contenter d'une pure et simple reconnaissance du contenu du jugement²²⁶¹.

637. Le troisième exemple est sans doute aussi le plus problématique. Comment déterminer en effet l'autorité de chose jugée attachée au jugement étranger ? Il devrait être

CEDH, qui réserve en principe « tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe » sur les sommes prévues, voire qui statue par un jugement distinct sur le montant de la satisfaction équitable.

²²⁵⁹ Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, pourvoi n° 04-17.127, arrêt 305 FS-P+B+I, Bull. civ. I, n° 96 ; D. 2007. AJ. 874, obs. I. Gallmeister, et Chron. C. cass. 2327, spéc. 2328, obs. P. Chauvin ; RTD Com. 2008 p. 212, obs. P. Delebecque ; Rev. crit. DIP 2007. 784, note R. Libchaber.

²²⁶⁰ Ce qui suppose naturellement de connaître la teneur du droit étranger.

²²⁶¹ Cela montre à quel point le « contenu » du jugement est dépendant du droit étranger applicable (tout comme il l'est, de façon plus générale encore, de la langue utilisée, qu'il faut bien traduire aussi en contemplation du sens qu'elle a originellement). Pour connaître le contenu et le sens du jugement étranger, il est ainsi inévitable de connaître, comprendre et appliquer le droit étranger.

rare que le jugement prévoie explicitement quelles sont ses conséquences en termes d'autorité de chose jugée. Et tandis que tous les ordres juridiques connaissent le concept d'autorité de chose jugée, les acceptions retenues de ce concept varient grandement d'un ordre juridique à un autre²²⁶². Ici aussi, sur ce point fondamental qu'est l'autorité de chose jugée, pour connaître avec précision les effets du jugement étranger que l'on reconnaît, il faut appliquer les règles d'un certain ordre juridique, logiquement de l'ordre juridique étranger. Et on n'est pas dispensé de la tâche de rechercher le droit applicable à la situation consacrée par le jugement.

638. Le critère de régularité de la compétence internationale indirecte du juge étranger ou de l'autorité étrangère, et qui est formulé de façon plus ou moins ouverte et libérale dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, exprime donc bien une règle de conflit – l'on pourrait même dire une « métarègle de conflit »²²⁶³ – qui détermine les ordres juridiques internationalement compétents et parmi lesquels les parties, voire l'une des parties, peuvent choisir celui qui leur convient et dont la loi, y compris les règles de droit international privé, sera ensuite applicable à la question de la validité du jugement à intervenir. Il s'agit évidemment d'une règle de conflit libérale, et ce libéralisme est théoriquement transposable à la reconnaissance des situations²²⁶⁴. Simplement, il s'agit toujours d'une règle de conflit.

639. Ce qui est vrai pour le statut consacré par le jugement l'est naturellement *a fortiori* pour le statut simplement « valablement créé à l'étranger ». Concernant la reconnaissance de la situation résultant d'une intervention d'une autorité, il suffira de prendre un exemple tiré du droit positif, en l'occurrence la convention de La Haye de 1978 sur les mariages. On dit au sujet de cette convention qu'elle « fait l'économie du procédé des conflits de lois et garantit directement la continuité d'un mariage *valablement conclu dans un Etat selon le droit qui y est appliqué* »²²⁶⁵, c'est-à-dire valable selon le droit applicable d'après les règles désignées par la Convention. Cela révèle toute la contradiction dans l'affirmation de l'absence d'intervention du procédé des conflits de lois et de la recherche de la validité du

²²⁶² Que l'on pense p. ex. aux questions préliminaires, jugements en opposabilité, ordonnances d'irrecevabilité...

²²⁶³ Sur cette notion, voy. not. H.-P. MANSEL, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts? », *RabelsZ* 2006.651-731.

²²⁶⁴ Voy. not. P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005.

²²⁶⁵ Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 121 à 129, spéc. p. 122.

mariage par le recours au droit d'un Etat donné. Si on a recours au droit d'un Etat étranger, c'est bien que l'on est resté dans le domaine du conflit de lois. L'intervention d'une autorité peut certes avoir un effet direct sur l'application de la règle de conflit du for, le plus radical étant de procéder à une analogie entre la décision prise par l'autorité et un jugement, comme c'est le cas notamment en matière d'adoption sous la Convention de La Haye de 1993²²⁶⁶. Mais dans les deux hypothèses, on reste dans le conflit de lois. Dès lors, il n'est certainement pas inapproprié de distinguer entre règles de conflit « attributives » et « réceptives », selon qu'il s'agit de constituer une situation nouvelle dans l'Etat du for ou de reconnaître une situation déjà supposément constituée à l'étranger²²⁶⁷.

640. Concernant la reconnaissance des situations en dehors de l'intervention d'une autorité, le caractère inévitable du retour à la méthode conflictuelle ressort des écrits d'un des défenseurs les plus fervents de la méthode de la reconnaissance. L'auteur évoque ainsi les « rapports juridiques purement privés [qui] existent [...] sans pourtant pouvoir être rattachés objectivement à un ordre juridique donné en absence de toute intervention d'une autorité publique », en estimant que ces rapports seraient « "relevants", étant enracinés, en dehors de toute consécration formelle, dans un ordre juridique donné sans pour autant être cristallisés »²²⁶⁸. Mais pour savoir dans quel ordre juridique ces rapports sont enracinés et en vertu des concepts juridiques duquel ils seraient existants, comment peut-on procéder si ce n'est en ayant recours à une méthode de détermination de la loi applicable à ce rapport ? Si l'on ajoute à cela que « c'est cette hypothèse qui doit constituer le domaine d'application de la méthode de reconnaissance des situations juridiques »²²⁶⁹, on voit bien que la méthode de la reconnaissance ne peut jamais être autre chose qu'une manifestation particulière de la méthode du conflit de lois. Chose plus surprenante encore, l'auteur en convient lui-même : « La méthode de la relevance constitue plutôt une variante conflictuelle plus libérale [de la méthode de la reconnaissance] et certes moins rigide que la règle de conflit. En effet elle confirme de façon indirecte le rattachement d'un rapport juridique à un ordre donné, ce qui

²²⁶⁶ La compétence de l'autorité qui prononce l'adoption est protégée par la reconnaissance des certificats ; quant aux effets on retrouve la reconnaissance des effets d'après le droit étranger, adaptés aux exigences du droit du for, ce qui est donc là aussi identique à ce qu'il se passe en réalité en matière de jugements étrangers.

²²⁶⁷ Nous reviendrons sur ces notions (cf. *infra*, not. n° 656), empruntées à Andreas A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009.

²²⁶⁸ Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p.139.

²²⁶⁹ ou du « procédé de relevance » pour reprendre la terminologie de Pamboukis, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », précité, spéc. p.139.

constitue une détermination du droit applicable *ex post* »²²⁷⁰. Sauf qu'évidemment, bien plus que de constituer une variante conflictuelle de la méthode de la reconnaissance, cette méthode confirme le caractère irréductible de la méthode conflictuelle.

641. Ensuite, la question de la reconnaissance de l'existence de la situation ne permet pas de résoudre la question des effets de la situation. La reconnaissance de la situation entraîne ainsi nécessairement la reconnaissance de certains effets, en premier lieu ceux qui sont constitutifs de la situation. Comme on a pu le souligner de façon pertinente, « un statut se définit par les conséquences qu'engendre son attribution. Il est tentant de parler d'"effets du statut". C'est là un raccourci terminologique commode mais dont il vaudrait mieux [...] limiter l'usage car c'est à proprement parler [...] la création d'un lien juridique générateur du statut qui génère ces effets, le statut consistant précisément en l'ensemble de ces effets, ceux-ci formant la substance de celui-là »²²⁷¹. Il convient d'ailleurs à ce sujet de faire une distinction importante entre « effets immédiats, actuels » et « effets potentiels ou éventuels ou virtuels ou latents »²²⁷². Pour les premiers, « une règle de droit pouvant s'analyser en l'enchaînement d'une hypothèse ou présupposé et d'une conséquence juridique, celles qui prévoient de tels effets [immédiats] ne comptent dans leur présupposé autre chose que la création du statut. Ce que l'on pourrait exprimer autrement en affirmant que celle-ci [- la création du statut -] est la source à la fois nécessaire et suffisante de tels effets et des situations juridiques correspondantes. »²²⁷³. Quant aux seconds, « d'autres effets ne se matérialisent pas du fait de l'attribution du statut et au moment d'une telle attribution mais supposent pour se concrétiser la réalisation de conditions ultérieures qui ne sont en général pas réunies à un tel instant et pourraient ne jamais l'être »²²⁷⁴.

642. Et la question de la détermination des effets de la situation reconnue confirme de façon éclatante le caractère conflictuel de la méthode de la reconnaissance. Quand on dit justement qu'« on ne doit pas reconnaître à l'acte public étranger véhiculant un rapport

²²⁷⁰ *Ibid*, spéc. p. 142.

²²⁷¹ G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 188.

²²⁷² *Ibid*. p. 189-190, en faisant référence également à M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, 2005, n° 438 s. qui évoque « effets médiats ou lointains » et effets immédiats ou proches » ; ce que l'auteur exprime également en ces termes : « [Il résulte] du statut à la fois un effet immédiat (expectative de droit) et un effet éventuel (la conversion en droit parfait de l'expectative) » (*Ibidem*, spéc. p. 192).

²²⁷³ G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 190.

juridique plus d'effets *qu'il n'en a et que son ordre juridique lui reconnaît* »²²⁷⁵, qu'exprime-t-on si ce n'est une règle de conflit qui rend applicable à la question des effets de l'acte juridique la loi de l'ordre juridique « d'origine » ? N'est-il pas acquis en effet que « les effets produits par l'acte ne sont pas ceux que le droit du for, éventuellement en application de ses règles de conflit de lois, lui fait produire; ce sont ceux directement prévus par l'ordre juridique dans lequel l'acte a été élaboré »²²⁷⁶ ? La méthode de la reconnaissance peut donc conduire à un changement de l'élément de rattachement en faveur de « l'ordre juridique dans lequel l'acte a été élaboré », mais elle ne dispense pas du recours nécessaire à un raisonnement en termes de conflit de lois.

643. Ces développements permettent de comprendre l'embarras dans lequel se trouvent souvent les auteurs lorsqu'ils cherchent à faire valoir l'antinomie entre conflit de lois et méthode de la reconnaissance. On peut ainsi trouver des écrits dans lesquels l'on admet que la méthode de la reconnaissance des situations doit opérer « sous la condition, *ayant trait au conflit de lois*, qu'elles aient été valablement constituées selon le système étranger »²²⁷⁷. Or cette prudence est injustifiée. La méthode de la reconnaissance n'a pas trait au conflit de lois, elle relève du conflit de lois. Cette conclusion se trouve exprimée à merveille par M. Gian Paolo Romano : « Si, en tout cas, la règle de conflit de lois à rattachement unique est progressivement délaissée, c'est [...] pour les mêmes raisons qui ont motivé son abandon sur le terrain de la reconnaissance des décisions et qui tiennent en définitive à l'obstacle qu'une règle ainsi structurée menace de dresser à la poursuite de l'harmonie internationale [...]. C'est pourquoi il est permis d'avancer que *la méthode de la reconnaissance est elle-même une méthode du conflit de lois* [...] : *c'est là une "voie" par laquelle les deux Etats en présence résolvent et plus exactement préviennent, en les épargnant aux intéressés, un conflit de lois, c'est-à-dire un conflit entre leurs lois* »²²⁷⁸.

²²⁷⁴ *Ibid.*, spéc. p. 191.

²²⁷⁵ Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », précité, spéc. p.144 (c'est nous qui soulignons).

²²⁷⁶ Etienne Pataut ; « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 147 à 166, spéc. p. 154.

²²⁷⁷ Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 43, c'est nous qui soulignons.

²²⁷⁸ Gian Paolo ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », précité, spéc. p. 207-208.

644. Si la méthode de la reconnaissance n'est donc autre chose qu'une reformulation de la méthode du conflit de lois, il faut encore chercher, face aux flottements existants à l'heure actuelle en doctrine, à déterminer avec plus de précisions ce qu'est précisément cette méthode.

2 La méthode de la reconnaissance, règle de conflit particulièrement libérale encadrée par des conditions de régularité unilatéralement posées par l'ordre juridique de reconnaissance

645. Une fois admis que la méthode de la reconnaissance n'est autre chose qu'une composante de la méthode du conflit de lois, il est nécessaire de déterminer ce qui la distingue de l'acception « traditionnelle » de cette méthode²²⁷⁹. La particularité de la méthode de la reconnaissance tient alors à la conscience qu'a l'ordre juridique de la relativité de son système de droit international privé et de la nécessité d'effacement de celui-ci devant certaines situations « étrangères ». L'ordre juridique de réception accepte l'application d'une loi différente de celle désignée par son propre droit international privé²²⁸⁰. On accepte donc la relativité du jugement de valeur « interne » sur l'intégration matérielle qu'opère le droit international privé du for. Or, tout comme la conscience de la relativité de notre droit matériel est la conséquence logique de la prétention à l'universel de notre ordre juridique, notre droit international privé qui en est le résultat²²⁸¹ doit également, et *a fortiori*, reposer sur la conscience de la nécessaire relativité des systèmes de droit international privé.

646. Ce trait caractéristique ne tient pas principalement au fait que la règle de conflit du for serait écartée, puisqu'il y a bien une règle de conflit du for qui intervient pour dire que le système de droit international privé d'un certain nombre d'ordres juridiques étrangers a légitimement pu intervenir, mais au fait que la règle de conflit retenue est très libérale. On a pu dire à juste titre qu'« il découle de l'essence même de la méthode de la reconnaissance une

²²⁷⁹ En laissant de côté la question est de la déterminer quelles situations étrangères doivent être tributaires de la méthode de la reconnaissance : les jugements, les actes publics ou toute situation valablement ou concrètement créée ? La réponse à cette question est cependant trop vaste pour pouvoir à ce stade de la réflexion pouvoir être résolue, et doit donc être réservée. Reste à déterminer quelle forme prendrait la méthode de la reconnaissance, indépendamment de la question de son champ d'application.

²²⁸⁰ Et accepte donc un jugement de valeur différent quant à l'intégration matérielle de la situation, au sens d'application de certains critères de rattachement en vue de la détermination de la loi applicable à la situation quant au fond, de celui effectué par le droit international privé du for.

²²⁸¹ Sur ces deux affirmations, voyez *supra* Partie I.

présomption en faveur de la validité et de l'efficacité de l'acte public et du rapport qui en a fait l'objet »²²⁸². Ainsi, « la nouvelle méthodologie qui emprunte aujourd'hui le langage de la reconnaissance tend précisément à reconfigurer les paramètres de façon à assurer davantage de tolérance à l'égard des institutions étrangères »²²⁸³. Le terme de reconnaissance exprime donc surtout une attitude d'ouverture à l'égard des ordres juridiques étrangers et de libéralisme à l'égard des comportements individuels qui cherchent à accommoder ou à exploiter les différences entre ordres juridiques. Ainsi, « [le choix de la méthode de la reconnaissance] a une dimension politique évidente. Il s'agit d'un choix en faveur d'un grand libéralisme, qui favorise la circulation des actes et suppose, en ce qui concerne les actes publics, une importante confiance entre Etats »²²⁸⁴. Ce qu'un autre auteur dit encore plus nettement en affirmant que « la méthode de la reconnaissance est d'essence libérale »²²⁸⁵. Au lieu d'être une exception à la règle de conflit de lois, la méthode de la reconnaissance est donc une règle de conflit dans laquelle l'élément de rattachement est conçu de façon particulièrement libérale et ouverte à l'égard des ordres juridiques étrangers.

647. L'attitude à l'égard des situations étrangères est d'ailleurs tellement libérale qu'elle appelle des contrepoids afin d'aboutir à un juste équilibre. La reconnaissance de l'efficacité de la situation valable à l'étranger est ainsi subordonnée, de l'aveu même des adeptes de la méthode de la reconnaissance²²⁸⁶, au respect de certaines conditions de régularité internationale unilatéralement posées par l'ordre juridique du for. Ce respect des exigences de régularité internationale unilatéralement posées par l'ordre juridique de réception constitue l'élément commun de toutes les méthodes de la reconnaissance et l'élément qui distingue la règle de conflit « réceptive », caractéristique de la méthode de la

²²⁸² Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p. 134-135.

²²⁸³ ce par quoi elle rejoindrait le « dispositif unilatéraliste » Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 104, spéc. p. 90. Il faut cependant nuancer : l'unilatéralisme ouvert vers lequel tendrait la méthode de la reconnaissance n'est rien d'autre que l'unilatéralisme qui se résout nécessairement dans le bilatéralisme.

²²⁸⁴ Etienne Pataut ; « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 147 à 166, spéc. p. 157.

²²⁸⁵ Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 45 à 46.

²²⁸⁶ Cf. *supra*, n° 605 et s.

reconnaissance, de la règle de conflit « attributive »²²⁸⁷ que constitue la règle de conflit « traditionnelle »²²⁸⁸.

648. Il y a dès lors une vraie unité méthodologique fondamentale autour de l'exigence d'une règle de conflit, c'est-à-dire d'une règle désignant l'ordre juridique qui détermine le sens juridique de la situation internationale²²⁸⁹. Que cet ordre juridique auquel la situation s'intègre matériellement ne soit pas nécessairement l'ordre juridique du for ni celui désigné par les règles de conflit « attributives » du for ne résulte pas d'une exigence théorique, mais d'un choix de politique juridique effectué par l'ordre juridique du for en faveur de l'harmonie internationale des solutions. La prétention à l'universalité d'un ordre juridique implique cependant nécessairement un tel esprit d'ouverture à l'égard des ordres juridiques étrangers²²⁹⁰. Autant la règle de conflit « attributive » repose sur la conscience de la relativité des conceptions matérielles du for et de la nécessité d'accepter *a priori* les conceptions matérielles étrangères, autant la règle de conflit « réceptive » doit reposer sur la conscience de la relativité des conceptions conflictuelles du for et de la nécessité d'accepter *a priori* les conceptions conflictuelles étrangères. Mais il ne faut pas en tirer des conclusions exagérées. Le fait que la loi appliquée à la situation puisse être différente de celle désignée par le droit international privé de l'Etat de réception ne signifie pas que l'on abandonne le raisonnement conflictuel.

649. Pour abandonner le raisonnement conflictuel, il faudrait au contraire exclure la possibilité d'appliquer les conceptions étrangères et revenir vers un strict *lex forisme*, qui risquerait de verser rapidement dans l'exclusivisme. L'indétermination de la loi finalement

²²⁸⁷ Sur ces notions, cf. *infra*, not. n° 656.

²²⁸⁸ Et dans le cadre de laquelle le respect des conceptions fondamentales du for se fait par des moyens différents, mais néanmoins sur certains points comparables, notamment l'ordre public international et la fraude. Si l'objectif fondamental est le même, c'est-à-dire la défense de la cohésion de l'ordre juridique du for, les moyens pour y parvenir sont cependant souvent très différents. Ce point ne peut faire l'objet ici d'une étude approfondie, d'autant plus que des développements lui sont déjà consacrés dans le cadre du présent travail (cf. *infra*, n° 891 et s.).

²²⁸⁹ Cette règle est nécessairement non-exclusiviste, en ce qu'elle ne se contente pas de dire quand la loi du for est applicable pour refuser la juridicité des situations qui n'en relèveraient pas. Un autre aspect constitutif de l'unité méthodologique est le fait que la règle de conflit ne s'épuise pas dans la désignation de l'ordre juridique auquel la situation s'intègre matériellement. La reconnaissance de la juridicité de la situation internationale à l'égard de l'ordre juridique du for, fût-il d'attribution ou de réception, est en effet conditionnée au respect des exigences liées à l'antériorité de l'ordre juridique national, notamment les exigences liées à l'exception d'ordre public international et de fraude, et que l'on ne retrouve pas uniquement lorsque l'ordre juridique du for est l'ordre juridique directement juridictionnellement et matériellement pertinent (et même là, cf. fraude à la loi étrangère et mise à l'écart de la loi du for pour contrariété à l'OP en cas d'adaptation, tel effets du mariage polygamique).

²²⁹⁰ Cf. *supra*, n° 203 et s.

appliquée n'est qu'une conséquence directe du caractère abstrait de la règle de conflit, et rien n'empêche d'intégrer l'intervention d'une autorité ou d'une « cristallisation » dans le présumé de la règle de conflit²²⁹¹.

650. La méthode de la reconnaissance est donc avant tout une méthode libérale, sans que cela implique un abandon d'un raisonnement en termes conflictualistes. Elle est donc bien loin de « l'éclipse du conflit de lois »²²⁹². Au contraire, la méthode de la reconnaissance peut constituer le moteur d'une renaissance du conflit de lois, dont la méthode a toujours été construite autour de la recherche d'un équilibre et d'une proportionnalité entre ouverture à l'altérité et protection de la cohésion de l'ordre juridique interne.

3 L'affinement de la règle de conflit de lois opéré par la méthode de la reconnaissance

651. Les éléments qui précèdent rendent nécessaire de préciser le sens de la notion de « règle de conflit ». On a déjà pu souligner que le recours aux règles de conflit alternatives dans le cadre des mécanismes tendant vers la reconnaissance des situations « fait perdre beaucoup de sens à l'idée même de règle de conflit »²²⁹³. La question est donc de savoir si, lorsque l'on évoque la notion de « règle de conflit », on parle uniquement de la règle de conflit de lois bilatérale ou si on doit entendre par « règle de conflit » toutes les règles visant « la détermination de la loi applicable à un rapport juridique donné »²²⁹⁴. Il est à notre sens beaucoup plus cohérent de retenir la deuxième acception du terme, tant il serait réducteur de voir dans la notion de « règle de conflit » uniquement une de ses possibles manifestations. Le

²²⁹¹ Ce qui ne signifie évidemment pas qu'une telle règle de conflit soit bonne. Au contraire, elle risquerait de correspondre à une résurgence de la règle *locus regit actum*, sous couvert de respect des droits acquis, dont l'inadéquation aux besoins du droit international privé a déjà été mise en relief par Batiffol. En laissant par ailleurs aux parties ou à l'une d'entre elles la faculté de choisir l'ordre juridique de création de la situation, elle serait excessivement libérale, puisqu'elle permettrait un contournement de l'impérativité des ordres juridiques normalement intéressés, et verserait fortement dans une logique du fait accompli. Sur cette question, cf. *supra*, not. n° 645 et s.

²²⁹² Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 104, spéc. p. 90.

²²⁹³ Paul LAGARDE, *Clôture* in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 231 à 235, spéc. p. 232.

²²⁹⁴ Définition que donnait Bartin du conflit de lois, in E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, préface et texte, p. 3 et s., p. 101 et s. ; É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, France, 1930, t. I, spéc. § 2 et § 119.

terme de « règle de conflit » doit renvoyer à une typologie, ouverte au demeurant²²⁹⁵, au sein de laquelle la règle de conflit de lois bilatérale constitue un des types, au même titre que, entre autres, les règles de conflit alternatives ou les règles de « reconnaissance ».

652. Dès lors, la reconnaissance, si elle peut bien constituer le « principal changement de paradigme scientifique à l'intérieur du droit international privé contemporain »²²⁹⁶ ne conduit pas à l'abandon de la règle de conflit, mais à sa reconstruction et reconceptualisation. Que cette reconstruction implique au préalable une phase de déconstruction n'est que conforme aux enseignements de la philosophie contemporaine²²⁹⁷. Mais l'on peut estimer aujourd'hui que cette phase de déconstruction est arrivée à maturité et qu'il faut désormais se lancer dans le travail de reconstruction, ce qui implique aussi de surmonter les concepts qui ont servi à la déconstruction. Car ce n'est pas avec des bombes que l'on reconstruit des maisons...

653. Le terme de « méthode de la reconnaissance » ayant désormais intégré le langage courant du droit international privé, il serait sans doute impossible de s'en passer²²⁹⁸. Il faut donc bien en préciser la teneur pour la suite de l'étude. La « méthode de la reconnaissance » doit ainsi renvoyer à une règle qui continue de relever de la méthode du conflit de lois, et donc une règle de conflit particulière, c'est-à-dire *la règle de conflit en vertu de laquelle les conditions de validité et les effets d'une situation relèvent de l'ordre juridique qui en reconnaît la validité et qu'invoque au moins l'une des parties intéressées en vue de la réception de cette situation par l'ordre juridique du for*.

654. Cette acception de la « méthode de la reconnaissance » doit être distinguée du « concept de reconnaissance » qui a une importance fondamentale en vue d'un affinement et d'une reformulation de la règle de conflit de lois en général. Il faut cependant garder à l'esprit qu'autant son rôle dans la phase de déconstruction est fondamental, autant son rôle dans la phase de reconstruction doit être cantonné et ne pas conduire à abandonner la règle de conflit comme concept fondateur du droit international privé.

²²⁹⁵ En raison de la prétention à l'universalité inhérente à la règle de conflit, cette typologie doit d'ailleurs par définition être ouverte, c'est-à-dire capable de se renouveler sans cesse, cf. *supra*, n° 195 et s.

²²⁹⁶ Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 43

²²⁹⁷ Ou du milieu et de la fin du XX^{ème} siècle du moins, notamment Heidegger et Derrida.

²²⁹⁸ Ce serait en tout cas sans doute se battre contre des moulins à vents.

655. Prenant acte de la dimension fondamentale de la reconnaissance au sens de la philosophie politique, qui « rappelant les fondements axiologiques de l'unilatéralisme, [...] tend pareillement à intégrer l'altérité »²²⁹⁹, il faut ainsi comprendre que « c'est l'ensemble des outils méthodologiques du droit international privé qui s'ordonne, selon une échelle mobile, entre clôture et ouverture à l'égard de l'altérité »²³⁰⁰. Dès lors, « dans les rapports internationaux, la discipline du conflit de lois a précisément pour objet de gérer la tension entre le besoin de cohésion sociale et la nécessité de faire place à l'altérité. A cet égard, l'ensemble du droit international privé des personnes et de la famille constitue une tentative, variable selon l'arrière-plan culturel, d'ajuster le curseur entre ces deux objectifs. Le lien est donc très étroit entre la reconnaissance au sens de la philosophie politique et la fonction du droit international privé des personnes »²³⁰¹. Le concept de reconnaissance peut donc être un outil par lequel on modifie l'équilibre entre clôture et ouverture à l'égard de l'altérité. Mais il ne peut supprimer ni supplanter, ni même concurrencer, la méthode du conflit de lois qui reste théoriquement fondamentale.

656. L'apport du concept de reconnaissance au droit international privé est dès lors d'imposer un raisonnement conflictuel nouveau et décloisonné par rapport à l'acception traditionnelle de la règle de conflit de lois. Andreas Bucher a très pertinemment proposé d'introduire une distinction entre règles de conflit « attributives » et « réceptives »²³⁰². La règle de conflit « attributive » correspond à l'acception « traditionnelle » de la règle de conflit, tandis que la règle de conflit « réceptive » est une reformulation en termes scientifiquement corrects du projet véhiculé par la méthode de la reconnaissance. On rencontre également cette idée au sujet de la méthode de la reconnaissance. Là où « l'emploi de la règle de conflit est attaché à l'hypothèse de la constitution d'un rapport juridique (et des droits privés y afférant), [...] la méthode de reconnaissance a pour domaine et fonction la reconnaissance de rapports

²²⁹⁹ Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 94, spéc. p. 87

²³⁰⁰ Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 95, spéc. p. 90, reprenant par là l'idée forte développée par Didier Boden...

²³⁰¹ Horatia Muir Watt « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 85 à 95, spéc. p.86 ; ce qui rejoint « la controverse sur la légitimité de la différenciation des groupes à raison de considérations d'identité [qui] naît dans un contexte de multiculturalisme au sein d'une communauté politique ».

²³⁰² A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, coll. RCADI, n°341, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2009.

juridiques déjà constitués »²³⁰³. Ainsi, l'emploi de la règle de conflit exprime la règle de conflit « attributive » et la méthode de la reconnaissance la règle de conflit « réceptive ».

657. Une fois acceptée que la méthode de la reconnaissance fait partie au même titre que le conflit de lois de l'ensemble méthodologique constituée par la méthode conflictuelle, il serait même exact d'affirmer que « [la méthode de la reconnaissance] devient l'outil principal de l'autre grand volet du droit international privé moderne, celui de l'efficacité de rapports juridiques déjà constitués dans un ordre juridique, à côté de l'hypothèse de la constitution de rapports juridiques. Plus concrète, davantage matérielle, cette deuxième voie est sujette à une élaboration future et progressive, qui devra combiner les exigences nationales et les impératifs internationaux au sujet d'un rapport juridique concret »²³⁰⁴. L'identification des objectifs de la méthode de la reconnaissance montre alors bien l'unité fondamentale entre la règle de conflit traditionnelle et la méthode de la reconnaissance. La « combinaison des exigences nationales avec les impératifs internationaux au sujet d'un rapport juridique concret », avancée pour guider l'élaboration du régime de l'efficacité de rapports juridiques déjà constitués²³⁰⁵, correspond en effet exactement aux défis de la méthode conflictuelle au sujet de la constitution de situations juridiques²³⁰⁶. La méthode de la reconnaissance peut donc très bien n'être qu'une composante de la méthode conflictuelle.

658. Sur un plan plus théorique et conceptuel, et en revenant à une terminologie reposant sur la distinction entre intégration juridictionnelle et matérielle proposée plus haut²³⁰⁷, cela pourrait conduire à faire une sous-distinction entre intégration juridictionnelle

²³⁰³ Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p.138 ; mais il faut garder à l'esprit l'idée de Savigny selon laquelle c'est justement la question de savoir si une situation est déjà constituée qui doit être résolue par le recours à la règle de conflit de lois... Sur ce point, les développements de Pamboukis sont d'ailleurs particulièrement éclairants sur les confusions que l'on peut rencontrer : « Le fait de l'existence [en note de bas de page : Cette présomption d'existence juridique existe indépendamment de sa qualité, à savoir si l'acte public comprenant le rapport juridique est ou non valable ou en général exempt de tout vice. Il faut reconnaître cette existence telle qu'elle est dans son ordre juridique d'origine, de création] d'un rapport aux yeux d'un ordre juridique donné, peu importe la possibilité de contestation de sa validité ou d'autres vices potentiels, exclut l'usage de la méthode conflictuelle et rend applicable la méthode de reconnaissance » (*ibid*).

²³⁰⁴ Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p. 145

²³⁰⁵ Donc de la méthode de la reconnaissance.

²³⁰⁶ Donc de la règle de conflit traditionnelle.

²³⁰⁷ Cf. *supra*, n° 207 et n° 208, sur les concepts d'intégration juridictionnelle et d'intégration matérielle. Schématiquement, il en ressort le modèle suivant :

Un ordre juridique est juridictionnellement intéressé lorsque ses organes sont internationalement (le cas échéant indirectement) compétent ; il est matériellement intéressé lorsque sa loi est applicable au rapport de droit en

directe et indirecte, qui correspondrait à la distinction entre compétence directe et indirecte. En intervenant directement, l'ordre juridique intègre toujours nécessairement matériellement la situation dans son ordre juridique en opérant un jugement de valeur sur la légitimité de la situation. Dans une situation internationale, ce jugement de valeur est fonction de la ou des lois, y compris éventuellement étrangères, applicables²³⁰⁸ et des considérations matérielles essentielles de l'ordre juridique du for²³⁰⁹. Ce double jugement de valeur se traduit par la création d'une situation juridique concrète, c'est-à-dire d'une situation revêtue d'une signification juridique précise dans cet ordre juridique directement juridictionnellement intéressé, c'est-à-dire directement compétent. C'est cette création qui constitue la « cristallisation » de la situation. La question de la reconnaissance ne peut ensuite se poser que dans des ordres juridiques qui sont également directement juridictionnellement intéressés par la situation, c'est-à-dire les ordres juridiques dans lesquels il est également pertinent de voir la situation revêtue d'une signification juridique concrète, notamment en raison du fait que l'exécution y est nécessaire ou utile. Ces ordres juridiques doivent donc procéder de la même manière que le premier ordre juridique qui est intervenu pour cristalliser la situation. En vue d'intégrer à leur tour matériellement la situation, ils doivent opérer un jugement de valeur sur la légitimité de la situation internationale qui concilie l'internationalité de la situation avec l'antériorité de l'ordre juridique du for.

659. Il faut alors garder à l'esprit que l'intégration juridique d'une situation cristallisée à l'étranger est déjà opérée par l'ordre juridique de cristallisation. Il est donc logique de construire la règle qui détermine la juridicité de la situation internationale, *i.e.* la règle de conflit de lois, de façon à désigner cet ordre juridique de cristallisation. En matière de reconnaissance des jugements, la loi applicable à la validité et aux effets d'un jugement est donc celle de l'ordre juridique dont le juge a rendu le jugement²³¹⁰.

cause ; la situation est juridictionnellement intégrée à un ordre juridique lorsqu'elle relève de la compétence internationale (indirecte) de cet ordre juridique ; tandis qu'elle est matériellement intégrée à un ordre juridique lorsqu'elle est soumise à la loi de ce tordre juridique.

²³⁰⁸ Sur le fondement de la règle d'universalité qui implique une ouverture sur les ordres juridiques étrangers et leurs conceptions matérielles, donc une recherche de l'intégration matérielle internationale de la situation, cf. *supra*, n° 184 et s.

²³⁰⁹ Sur le fondement de la règle d'antériorité qui implique la nécessité de faire respecter les considérations matérielles essentielles de l'ordre juridique du for, donc une recherche de l'intégration matérielle interne de la situation, cf. *supra*, n° 180 et s.

²³¹⁰ Ou plus exactement la loi désignée par cet ordre juridique, mais qui sera quasiment toujours la loi interne de cet ordre juridique, l'application de la loi du for à ces questions étant une règle quasi universelle (voy. not. C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, Paris, 2011. ; F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions: le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Reproduction de, École doctorale de droit international,

660. Il faut à ce titre relever la très grande particularité des situations créées par des jugements²³¹¹, puisque par définition ces situations juridiques sont valables et non contestables par les parties. La validité de la situation créée par le jugement est donc acquise. Elle peut être révisable, mais elle n'est plus contestable. C'est une différence majeure avec les autres situations juridiques. Ces situations sont toujours contestables, et leur validité et signification juridique incertaines²³¹². Les jugements procèdent au contraire nécessairement à cette conciliation, et créent dès lors une situation dont la validité à l'égard de l'ordre juridique d'origine est déterminée par une norme nouvelle, c'est-à-dire le jugement lui-même. D'autres décisions n'emportent (en principe) pas cet effet de création d'une norme nouvelle exprimant la validité et la signification juridique d'une situation²³¹³. Les jugements font ainsi plus qu'intégrer une situation : ils créent une norme juridique nouvelle qui exprime de façon non contestable la signification juridique précise de la situation internationale à l'égard d'un ordre juridique donné. La reconnaissance des jugements étrangers s'impose donc toujours avec une force particulière, parce que refuser de reconnaître un jugement, c'est toujours créer une double intégration matérielle de la situation²³¹⁴, et partant revêtir la situation d'une signification juridique duale, inconciliable avec l'idée de droit²³¹⁵. A l'inverse, refuser de reconnaître une situation supposément valable à l'étranger, c'est « simplement » créer un risque de double intégration et de double signification. Ce risque mérite évidemment d'être combattu, et la méthode de la reconnaissance est un moyen efficace de le combattre. Mais la reconnaissance des situations ne peut se revendiquer de la même force de persuasion qu'au sujet des jugements : entre deux vérités contradictoires concrètement consacrées, c'est-à-dire des jugements, l'opposition est manifeste, tandis qu'entre une vérité consacrée et une vérité supposée, elle est seulement potentielle. Le sacrifice en termes d'antériorité doit donc être plus grand à l'égard des jugements qu'à l'égard des situations à reconnaître, dont font partie les décisions non juridictionnelles²³¹⁶.

droit européen, relations internationales et droit comparé, Paris, France, 2013). Ce qui soulève notamment le problème de la caducité de l'exequatur.

²³¹¹ Pour lesquels nous tenons maintenant acquis qu'ils supposent aussi une vérification de leur validité, *supra*.

²³¹² Fût-ce au titre de la conciliation entre règles d'universalité et d'antériorité.

²³¹³ Ces autres décisions peuvent constituer une situation nouvelle, ou y contribuer, mais ces situations restent toujours contestables, leur signification juridique théoriquement incertaine, et leur validité n'est pas acquise définitivement, puisque ces situations ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée.

²³¹⁴ Puisque ce refus de reconnaissance entraîne nécessairement une intégration matérielle différente dans l'ordre juridique qui refuse de reconnaître.

²³¹⁵ Voy. not. G. P. ROMANO, « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », dans *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, coll. (étude republiée sous le même titre in *Journal de droit international* (Clunet), 2012, p. 456-486), Zürich, 2011, spéc. p. 613-639.

661. Ces développements permettent de dégager l'ébauche d'une définition nouvelle de la règle de conflit²³¹⁷. Par règle de conflit il faut ainsi entendre *la règle par laquelle l'ordre juridique du for détermine face à une situation internationale quel est l'ordre juridique pertinent qui doit, en plus de l'ordre juridique du for, revêtir cette situation de sa signification juridique.*

662. Pour la reconnaissance des jugements, la règle de conflit prévoit que cet ordre juridique pertinent est celui dont émane le jugement, à condition que cet ordre juridique soit juridictionnellement intéressé, c'est-à-dire internationalement compétent. De la même façon, pour la reconnaissance des situations, la règle de conflit prévoit que l'ordre juridique pertinent est celui de la cristallisation de la situation, à condition d'être juridictionnellement intéressé. Pour la cristallisation de la situation par le for²³¹⁸, la règle de conflit prévoit que le ou les ordres juridiques pertinents sont celui ou ceux désignés par la règle de conflit attributive du for comme étant matériellement le plus fortement intéressé.

663. La détermination de cet ordre juridique matériellement le plus fortement intéressé fait intervenir des mécanismes correcteurs d'une localisation trop dépendante des critères de l'ordre juridique du for ou trop abstraite, tels le renvoi ou les règles de conflit alternatives ou cumulatives. Ces mécanismes correcteurs correspondent bien à l'idée que la règle de conflit attributive est face à un conflit entre plusieurs ordres juridiques potentiellement également intéressés, alors que la situation jugée ou cristallisée intéresse de façon évidente un ordre juridique principal. Cette évidence de l'unicité de l'ordre juridique matériellement intéressée pourrait d'ailleurs très bien être le critère de la cristallisation, qui serait un événement par lequel la situation se rattache indiscutablement à un seul ordre juridique dont l'application de la loi ou du droit international privé devient une base sur laquelle les personnes concernées conçoivent leur relation juridique.

²³¹⁶ Ce qui est la conséquence de l'existence d'un jugement (cela correspond à l'idée que cela peut très bien passer par un mode de reconnaissance de l'efficacité particulier, c'est-à-dire l'exequatur, tandis que la reconnaissance des situations passe toujours par une instance directe et donc simplement une adaptation de la règle de conflit dans son application, alors que pour les jugements par l'exequatur, le jeu de la RC, et donc de l'évaluation de la validité de la situation peut être mise de côté, mais c'est la règle de conflit directe qui est mise de côté, non la règle de conflit indirecte (contrôle de la compétence indirecte qui joue le rôle d'une règle de conflit au sens de règle vérifiant l'intégration juridique de la situation à l'ordre juridique lui conférant sa signification juridique).

²³¹⁷ Autour d'une terminologie nouvelle que nous avons proposée plus haut et dont nous rappelons ici brièvement les traits caractéristiques (cf. *supra*, n° 207 et n° 208) : « être juridictionnellement intéressé » signifie « être internationalement (indirectement) compétent » ; « être matériellement intéressé » signifie « dont la loi est applicable » ; « être juridictionnellement intégré » signifie « relever de la compétence internationale (indirecte) de » ; et « être matériellement intégré » signifie « être soumis à la loi de ».

664. Par opposition, la règle de conflit attributive procède à un nouveau « saut dans l'inconnu ». L'incertitude ne tient pas à l'application du droit étranger ou à son contenu, mais au sort réservé, à la situation constituée ou consacrée par le for, par les autres ordres juridiques internationalement compétents. Cette incertitude doit être évitée au maximum, mais elle ne peut l'être pour de bon que face aux ordres juridiques qui ont déjà cristallisé la situation et en s'alignant sur leur jugement de valeur. Pour le reste on doit accepter le risque de relativité des solutions, parce que l'on ne peut ni prédire la reconnaissance opérée par tous les autres ordres juridiques internationalement compétents, ni s'y adapter de façon certaine²³¹⁹.

665. Le droit international privé conserve ainsi son unité méthodologique autour de l'exigence fondamentale d'apprécier juridiquement la situation pourvue d'un élément d'extranéité en opérant l'intégration matérielle de cette situation internationale. Cette appréciation juridique résulte de l'application d'une « règle d'universalité » et d'une « règle d'antériorité » qui réalisent une double intégration matérielle de la situation. La première détermine l'ordre juridique matériellement pertinent pour apprécier la valeur juridique de la situation. La seconde prévoit que, à titre exceptionnel, l'ordre juridique du for est toujours matériellement intéressé s'il y a un risque pour la cohésion interne de la société du for. Ces règles se concilient, puisque c'est l'antériorité qui prévoit l'exigence d'universalité et puisque l'ordre juridique pose lui-même les conditions d'ouverture aux ordres juridiques étrangers. Une telle conception du droit international privé condamne donc à la fois un strict unilatéralisme et un strict bilatéralisme. L'application d'une loi étrangère résulte ainsi de sa

²³¹⁸ Ce qui suppose donc que l'ordre juridique du for s'estime juridictionnellement intéressé.

²³¹⁹ Mais il doit toujours y avoir qu'une seule détermination de l'ordre juridique déterminant la valeur substantielle de la situation : cf. la loi applicable est celle désignée par l'ordre juridique désigné comme pertinent par notre règle de conflit. Pour le dire plus exactement : l'intégration matérielle de la situation internationale est celle effectuée par l'ordre juridique déterminé par notre règle de conflit comme pertinent. Ne peuvent être pertinents que les ordres juridiques auxquels la situation est juridictionnellement intégrée. S'il y a cristallisation, la valeur juridique de la situation est celle résultant de l'intégration matérielle effectuée par l'ordre juridique de cristallisation. S'il n'y a pas encore cristallisation à l'étranger, alors l'ordre juridique du for cristallise en opérant l'intégration matérielle de la situation d'après ses propres concepts de droit international privé. Il y aurait ainsi une double règle de conflit procédant d'abord à la détermination de l'ordre juridique de référence (Metakollisionsnorm), puis à l'application de la règle de conflit attributive de l'ordre juridique pertinent (qui peut être l'ordre juridique du for).

Il y a une grande proximité entre les raisonnements entre règle de conflit attributive et réceptive : l'intégration juridictionnelle de la situation à l'ordre juridique de référence est vérifiée par la compétence internationale (chef de compétence directe, plus ou moins limitativement entendu pour garantir la sécurité juridique, ou lien caractérisé pour compétence indirecte, simplement entendu pour garantir là aussi la sécurité juridique (voy. not. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970)), l'intégration matérielle par l'exigence de conformité au droit désigné par la règle de conflit (attributive= la loi

désignation par la règle de conflit du for, et non simplement de la prétention d'un ordre juridique étranger à voir sa loi appliquée. En outre, la vocation du droit matériel interne à s'appliquer à une situation internationale n'empêche pas la mise en œuvre de la règle de conflit et l'application d'un droit étranger. Mais en même temps, le présupposé de la règle de conflit inclut la vocation à s'appliquer de l'ordre juridique étranger. Ainsi, la règle de conflit ne peut pas rendre applicable le droit d'un ordre juridique étranger qui ne déclare pas son droit comme étant applicable. Dans ce contexte, l'enseignement que la méthode de la reconnaissance relève du conflit de lois est fondamental, puisqu'il montre que la méthode de la reconnaissance, correctement entendue, peut contribuer au souci de coordination inhérent au droit international privé européen.

666. A un niveau plus politique, le fait que la méthode de la reconnaissance est une méthode de conflit de lois signifie aussi que si l'on soutient que l'Union européenne progresse en matière de droit international privé sans toucher aux règles de conflit de lois, elle ne peut pas imposer la méthode de la reconnaissance, puisque celle-ci est une méthode relevant du conflit de lois. Mais nous avons démontré que l'Union européenne, à condition d'assumer la dimension politique qui découle de la citoyenneté de l'Union, avait besoin d'élaborer un droit international privé commun. Ce qui n'empêche pas de se demander si, d'un point de vue de politique juridique, le système peut être conçu autour de la seule méthode de la reconnaissance²³²⁰.

II Les insuffisances de la méthode de la reconnaissance

667. A première vue, la méthode de la reconnaissance semble être l'outil idéal pour répondre aux défis de l'Union européenne en matière de droit de la famille, notamment en vue d'atteindre l'objectif d'unité du statut familial. Comme on a pu le souligner, « le lieu d'élection de la méthode de la reconnaissance est clairement l'état des personnes et le droit de

matérielle désignée par l'ordre juridique du for/ le système de droit international privé du for ; réceptive=le système de droit international privé de l'ordre juridique de cristallisation).

²³²⁰ Le fait que le choix entre règle de conflit « traditionnelle » et méthode de la reconnaissance est bien plus un choix de politique législative qu'un choix théorique fondamental est confirmé par le droit conventionnel. Au sujet de la convention de La Haye 1961 sur la validité et la reconnaissance des testaments, on a ainsi pu constater que « l'avantage de la méthode des conflits de lois est qu'elle permet de définir les périmètres du libéralisme du système de la Convention plus précisément que le ferait une règle de reconnaissance sous certaines conditions difficiles à articuler », Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international*

la famille au sens large [puisque] la justification de la reconnaissance par l'idée de permanence du statut familial se limite à ce secteur »²³²¹. Et la question se poserait avec une acuité particulière dans le contexte de l'Union européenne, « le droit positif, sous la forte impulsion du droit européen, soit en vue de la protection des droits de l'homme soit en raison des besoins de l'intégration juridique européenne, se [révélant] favorable à une reconnaissance de principe des actes publics et surtout des rapports de droit qu'ils véhiculent. C'est particulièrement vrai s'agissant de la reconnaissance du statut personnel et des droits à l'identité »²³²². Le simple recours à la notion de méthode de la reconnaissance n'est cependant qu'une réponse trop vague et incertaine aux difficultés nées de l'internationalité des relations familiales intra-européennes. Nous avons dès lors proposé de préciser la notion de méthode de la reconnaissance afin de lui donner une valeur normative propre en tant que règle de conflit de lois libérale encadrée par les conditions de régularité internationale de l'Etat de réception. Nous avons tenté de démontrer qu'il convenait de reformuler en conséquence la « méthode de la reconnaissance » telle qu'utilisée par les arrêts et règlements²³²³. Pour les besoins de l'analyse de la pertinence de la méthode de la reconnaissance pour le droit international privé européen de la famille, nous avons ainsi défini la méthode de la reconnaissance comme *la règle de conflit en vertu de laquelle les conditions de validité et les effets d'une situation relèvent de l'ordre juridique qui en reconnaît la validité et qu'invoque au moins l'une des parties intéressées en vue de la réception de cette situation par l'ordre juridique du for*²³²⁴.

668. La méthode de la reconnaissance appliquée au droit international privé européen de la famille signifierait ainsi que dès qu'une personne bénéficiant de la qualité de citoyen de l'Union européenne²³²⁵ invoque un statut familial valable dans un Etat membre, tous les autres seraient obligés de le reconnaître, à condition que certaines conditions

privé de La Haye, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 121 à 129, spéc. p. 127.

²³²¹ Paul Lagarde, *Clôture* in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 231 à 235, spéc. p. 233

²³²² En faisant référence sur ce dernier point à Baratta, « la reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales », RCADI 348, 2010, pp. 253-499) Charalambos (Haris) PAMBOUKIS, « Les actes publics et la méthode de reconnaissance », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 135 à 146, spéc. p. 135

²³²³ La volonté des parties intéressées peut d'ailleurs jouer un rôle évident dans la formulation de cette règle de conflit.

²³²⁴ Cf. *supra*, n° 653.

²³²⁵ Ce qui implique l'exercice d'une liberté de circulation, et peut mener potentiellement à des discriminations à rebours de nationaux ne circulant pas.

d'accueil soient remplies²³²⁶. La source principale de la méthode de la reconnaissance pour l'Union européenne en matière de statut personnel et familial est à trouver dans les arrêts de principe *Grunkin Paul* et *Sayn Wittgenstein*²³²⁷. Notre étude portera dès lors surtout sur ces deux arrêts majeurs et les éléments qui peuvent en être déduits, d'autant plus que la mise en œuvre de la méthode de la reconnaissance dans les règlements de droit international privé européen de la famille repose toujours au moins sur la mise en place d'un système de compétence juridictionnelle commun, ce qui en fait déjà une méthode ne reposant pas uniquement sur la méthode de la reconnaissance²³²⁸. Aussi séduisante soit-elle, nous verrons alors que la méthode de la reconnaissance est inapte à répondre de façon satisfaisante aux défis du droit de la famille de l'Union européenne, puisque cette méthode est d'une matérialité certaine incompatible avec l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux (A) et que le seul moyen de surmonter cette matérialité est de recourir à des mécanismes d'encadrement qui mobilisent d'autres méthodes de droit international privé et font sortir du seul domaine de la méthode de la reconnaissance (B).

A La matérialité de la méthode

669. La méthode de la reconnaissance repose fondamentalement sur l'idée que les différents ordres juridiques doivent pouvoir faire confiance aux situations juridiques créées par d'autres ordres juridiques de l'Union. Or, comme on a pu le souligner à juste titre, « l'Union européenne connaît sur ce sujet un grave problème d'inventivité : son législateur reste aveuglément fidèle au programme de la confiance mutuelle »²³²⁹. Le problème est en effet que la confiance mutuelle ne se décrète pas, mais se construit. Et à cet égard le recours à

²³²⁶ Sur la reconnaissance mutuelle dans le cadre du droit international privé européen, voy. notamment parmi d'autres la critique de J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia MUIR WATT, Paris, Economica, 2010, p. 211 et s.

²³²⁷ Précités. L'arrêt *Garcia Avello* n'en fait plus partie, car il se référerait encore à la reconnaissance de situations « conformes à la tradition » ce qui est un non-sens et renvoie à la reconnaissance des situations de fait simplement en raison de leur existence, dont nous avons vu que la méthode était une aberration incompatible avec le concept de droit.

²³²⁸ Il ne faut pas pour autant négliger l'apport des règlements qui imposent eux aussi la reconnaissance des situations résultant des jugements et décisions des autres Etats membres. Le fait qu'ils fassent intervenir d'autres mécanismes de droit international privé les fait cependant sortir de la présente partie de l'étude (cf. *infra*, n° 699 et s. et 728 et s. pour la place de la méthode de la reconnaissance en relation avec les autres techniques du droit international privé).

²³²⁹ Louis D'AVOUT, « la législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », in *Revue de droit d'Assas*, n°5, février 2012, p.75, évoquant également le caractère contre-productif de la méthode lorsqu'elle est utilisée à mauvais escient : « Laisser, au nom de la confiance mutuelle, se propager

la méthode de la reconnaissance est pour le moins contre-productif. Comportant une part de matérialité intrinsèque liée aux conditions matérielles d'accueil qui, à l'étude, ne se révèle pas problématique (1), la méthode de la reconnaissance, dont les conséquences concernant les effets à l'égard des tiers mériteraient également de plus amples développements²³³⁰, institue également une sorte de « prime à la création d'une situation nouvelle » qui entraîne une fragilisation injustifiée du statut familial (2).

1 La matérialité inévitable de la conformité aux conditions matérielles d'accueil

670. Nous avons pu établir à la suite de la recherche théorique menée ci-dessus que parmi les deux éléments caractéristiques de la méthode de la reconnaissance, il en ressort un qui a un prolongement matériel évident. En disant que la méthode de la reconnaissance est une règle de conflit tellement libérale que les conditions de régularité unilatéralement posées par l'ordre juridique de réception sont indispensables et risquent de prendre une place plus importante encore que dans le cadre de la règle de conflit bilatérale « traditionnelle », on intègre les conditions matérielles de l'Etat d'accueil parmi les bases de la méthode de la reconnaissance²³³¹. Comme on a pu le dire très justement, « la conformité à l'ordre public est, par excellence, la condition dont on ne peut pas faire l'économie. Il y a quelque chose de naturel à ce que l'ordre juridique du for se réserve la possibilité d'opposer un refus de

dans l'Europe entière le blocage ou le mal jugé engendre la défiance et la lutte larvée entre juridictions, plutôt que la discipline et l'harmonie espérée ».

²³³⁰ Mais que nous devons écarter ici non seulement parce que l'espace de les traiter manque, mais également parce que la critique de la matérialité de la méthode est plus grave et emporte à elle-seule la condamnation de la méthode. La méthode de la reconnaissance soulève pourtant de très graves difficultés lorsque des tiers sont concernés. Dans la mesure où le fondement le plus pertinent de la méthode de la reconnaissance est sans doute la confiance légitime que les parties concernées peuvent avoir à l'égard de la situation créée, on voit bien que l'opposabilité à l'égard du tiers soulève d'énormes difficultés. Comment s'assurer en effet de ce que le tiers puisse également avoir cette « confiance légitime » ? Si la validité de la situation dépend simplement de l'accord entre les parties, cela semble impossible, puisque le tiers est forcément exclu de l'accord entre les parties. L'on comprend l'intérêt qu'il peut y avoir de conférer un rôle particulier à l'intervention d'une autorité. Car on peut alors subordonner l'opposabilité au tiers à la publication de la décision, que le tiers peut alors connaître. L'on peut aussi reformuler la règle de conflit pour l'aligner sur la *lex auctoris*, à condition de permettre au tiers de savoir quelles sont les autorités dont la loi trouverait éventuellement à s'appliquer, ce qu'il peut alors vérifier (Par exemple en matière régimes matrimoniaux, en prévoyant les autorités qui pourraient le modifier. La liste de ces autorités ne saurait évidemment être très étendue, faute de quoi le système serait privé d'une grande part de sa praticabilité).

²³³¹ Sans que cet élément lui soit propre, voy. not. exception d'ordre public et lois de police, mais il jouit quand-même d'une importance particulière dans le cadre de la méthode de la reconnaissance.

reconnaissance à une situation qui, de par les circonstances de sa création, sa nature ou ses effets, heurterait ses conceptions fondamentales »²³³².

671. La Cour de justice affirme de façon constante que des restrictions nationales à la liberté de circulation sont possibles²³³³, mais qu'une telle restriction « ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »²³³⁴. Les limites à la reconnaissance au sens du droit de l'Union européenne, et qui sont, d'après les termes de la Cour de justice « à interpréter comme une invocation de l'ordre public »²³³⁵, trouvent ici une saisissante proximité conceptuelle et terminologique avec l'exception d'ordre public au sens du droit international privé. La Cour de justice laisse par ailleurs un champ assez vaste aux motifs de refus de reconnaissance. Erigeant le respect de l'identité nationale de ses Etats membres, prévu par l'article 4, paragraphe 2, TUE, en l'un des arguments principaux en vue de la justification de la non-reconnaissance²³³⁶, la Cour a accepté de reconnaître à ce titre non seulement la protection d'éléments très concrets tels « la forme républicaine de l'Etat »²³³⁷ ou « la protection de la langue officielle nationale de l'Etat »²³³⁸, mais a également laissé entendre qu'elle acceptait des limites à la reconnaissance sur le fondement d'une loi « en tant qu'élément de l'identité nationale »²³³⁹, voire de « la protection légitime par l'Etat membre concerné [...] de ses traditions »²³⁴⁰. Compte tenu de cette lecture très large des motifs pouvant être invoqués par les Etats membres, on a bien l'impression que l'exception d'ordre public pourrait vider de sa substance le principe de la reconnaissance au sens du droit de l'Union²³⁴¹, ce qui serait d'autant plus condamnable que le recours trop fréquent à l'exception d'ordre public compromettrait l'unité du statut familial dont doivent pouvoir bénéficier les citoyens de l'Union.

²³³² Sylvain Bollée, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 113 à 120, spéc. p. 114. Et on retrouve de façon évidente ce principe parmi la méthode de la reconnaissance telle qu'elle serait conçue pour l'Union européenne.

²³³³ Restriction que constituerait le refus de reconnaissance du statut personnel,

²³³⁴ Grunkin et Paul, point 29, Sayn-Wittgenstein, point 81 et Runevic-Vardyn, point 83, et les références citées.

²³³⁵ Sayn-Wittgenstein, point 84 ; en référence au Traité.

²³³⁶ Sayn-Wittgenstein, point 92 ; Runevic-Vardyn, point 86.

²³³⁷ Sayn-Wittgenstein, point 92.

²³³⁸ Runevic-Vardyn, point 86.

²³³⁹ Sayn-Wittgenstein, point 83.

²³⁴⁰ Runevic-Vardyn, point 91, + Garcia Avello

²³⁴¹ Tantôt encadrée, tantôt imposée par les exigences découlant de la Conv. EDH ; cf. égal. *infra* .

672. Il convient donc de se demander si ce risque ne doit pas être éliminé par la Cour de justice. Ainsi, si la Cour de justice maintient les limites unilatérales et matérielles à la reconnaissance que nous avons identifiées comme intrinsèquement liées à la nature même de cette méthode, il reste encore à savoir qui doit déterminer ces limites, lesquelles incluent les conditions matérielles d'accueil. Rien ne s'oppose en effet théoriquement à ce que ces conditions matérielles d'accueil soient posées par l'Union européenne elle-même, qui comprendrait alors par là un droit de la famille matériel commun. Il n'y aurait plus de risque de voir l'unité du statut familial compromise par des lectures nationales divergentes des conditions matérielles d'accueil. Le problème, c'est à la fois l'absence de compétence de l'Union en matière de droit de la famille substantiel, et l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux. L'absence de compétence de l'Union européenne rend impossible une intervention de sa part pour imposer une solution uniforme dans un domaine aussi important que celui des conditions auxquelles est subordonnée la réception d'une situation familiale créée à l'étranger. Et le respect de la diversité des droits de la famille nationaux implique un respect des différences entre les ordres juridiques des Etats membres, y compris en ce qui concerne les conditions matérielles d'accueil des situations étrangères.

673. La Cour de justice évite cependant l'écueil d'un système qui ne respecterait pas les objectifs d'unité du statut familial et de diversité des statuts familiaux. La Cour accepte en effet que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un Etat membre à l'autre et d'une époque à l'autre [et qu']il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation [...] »²³⁴². Dès lors elle reconnaît que chaque Etat membre détermine pour son propre compte les conditions matérielles d'accueil inhérentes à la méthode de la reconnaissance. Cette dimension matérielle de la méthode de la reconnaissance continue donc de relever des droits nationaux. Le risque face à une telle position est naturellement que les Etats membres aient une position tellement peu libérale à l'égard des situations valablement créées dans d'autres Etats membres de l'Union que l'idée même de reconnaissance s'en trouve contredite²³⁴³. Ce serait alors l'objectif d'unité du statut familial qui serait bafoué. Il faut donc trouver un équilibre entre ce dernier objectif et celui du respect des droits de la famille nationaux. La Cour de justice rappelle alors que « la notion d'ordre public en tant que

²³⁴² *Grunkin Paul*, point 87, *Omega*, point 31, et jurisprudence citée. Cela est d'ailleurs un point commun entre la position de la Cour de justice et de la CEDH.

justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun de ses Etats membres sans contrôle des institutions de l'Union européenne »²³⁴⁴ et que la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales s'exerce « dans les limites imposées par le traité »²³⁴⁵. Dès lors, la Cour de justice, tout en reconnaissant qu'il appartient aux autorités nationales de déterminer les conditions matérielles d'accueil, prévoit la possibilité d'un contrôle de la part des institutions de l'Union. Cette solution se justifie fort bien, puisque l'absence de contrôle risque de rendre stérile l'idée de reconnaissance. Encore faut-il ne pas méconnaître l'objectif de ce contrôle. Il ne s'agit pas de se substituer aux autorités nationales pour déterminer les conditions matérielles d'accueil, mais simplement de veiller à faire en sorte que les conditions matérielles d'accueil posées au niveau national ne soient pas incompatibles avec les exigences fondamentales inhérentes à la méthode de la reconnaissance.

674. Autrement dit, par l'arrêt *Sayn Wittgenstein*, la Cour de justice a confirmé que le droit de l'Union européenne impose qu'il y ait *un* système de reconnaissance, mais *pas lequel*. La Cour a clairement considéré qu'il n'appartient pas à l'heure actuelle à l'Union européenne de déterminer matériellement le système de reconnaissance, c'est-à-dire les conditions matérielles auxquelles est subordonnée la reconnaissance. Faute de compétence de l'Union en matière de droit matériel de la famille, et compte tenu de l'exigence du respect de l'identité nationale des Etats membres, une telle solution s'impose. La détermination de ces conditions matérielles, et partant l'étendue du libéralisme du système de reconnaissance, continue donc de relever fondamentalement des droits des Etats membres. Elle est simplement encadrée par le droit de l'Union. Cet encadrement est naturellement une limitation importante des pouvoirs des autorités nationales. Mais il est aussi indispensable si l'on ne veut pas vider de sa substance le principe de reconnaissance que la Cour de justice a clairement consacré. En affirmant l'exigence de la reconnaissance, la Cour de justice, faute de pouvoir imposer les conditions matérielles d'accueil, est donc naturellement et nécessairement conduite à prévoir un régime d'encadrement de la compétence nationale. Mais, fondamentalement, la compétence pour déterminer les conditions matérielles d'accueil reste nationale. La Cour de justice a d'ailleurs laissé entendre avec son arrêt *Runevič-Vardyn*

²³⁴³ Ce qui illustre la figure du conflit diagonal, notion sur laquelle nous reviendons plus longuement (cf. *infra*, n° 919 et s.).

²³⁴⁴ *Sayn Wittgenstein* point 86 + et références citées ; égal *Krombach* (précité).

²³⁴⁵ *Sayn Wittgenstein*, point 87.

qu'elle était plutôt encline à laisser une marge d'appréciation importante aux Etats membres²³⁴⁶.

675. Dès lors, la matérialité inévitable liée à l'exigence de la conformité aux conditions matérielles d'accueil ne serait pas un obstacle à l'acceptation et la généralisation de la méthode de la reconnaissance pour les besoins du droit international privé européen de la famille. La Cour de justice a en effet trouvé à ce sujet un équilibre satisfaisant entre les objectifs poursuivis par l'Union européenne et ceux poursuivis par les Etats membres. Mais cet aspect ne doit pas occulter que la méthode de la reconnaissance ne comporte pas seulement une matérialité en raison de ses conditions de mise en œuvre. La méthode de la reconnaissance a en effet également une matérialité importante en raison de ses effets, c'est-à-dire des résultats auxquels elle mène. Et cette matérialité-là n'est pas justifiable au regard des objectifs du droit de la famille de l'Union européenne.

2 *La matérialité condamnable de la fragilisation du statut familial*

676. L'absence de neutralité de la méthode de la reconnaissance semble faire peu de doute. On peut ainsi à juste titre souligner que « le recours à [la méthode de la reconnaissance] n'est pas neutre : il y a une logique du fait accompli, qui conduit à favoriser le respect d'une situation pour la simple raison qu'elle existe et que les personnes privées ont légitimement pu avoir confiance en sa validité »²³⁴⁷. Le constat n'a d'ailleurs rien de très neuf, Batiffol concluant déjà à l'absurdité d'une obligation de reconnaissance qui se veut neutre²³⁴⁸. Aussi vraie soit-elle, cette assertion ne doit cependant pas faire perdre de vue la nécessité de distinguer entre la situation qui existe et celle qui est valable²³⁴⁹. Comme elle ne saurait embrasser que les situations valables, la méthode de la reconnaissance ne consacre donc pas une méthode du fait accompli à proprement parler, même si la logique sous-jacente est bien souvent une logique du fait accompli²³⁵⁰.

²³⁴⁶ Précité.

²³⁴⁷ Sylvain Bollée, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 113 à 120, spéc. p. 115.

²³⁴⁸ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 170.

²³⁴⁹ la distinction reposant d'ailleurs sur le fait que la situation qui existe n'est valable que si elle est légitime

²³⁵⁰ Et ne saurait en relever, à moins de ne plus être une méthode juridique cf. *supra*, n° 605 et s. Voy. not. Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », dans *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. à

677. Le grave défaut de la méthode de la reconnaissance réside donc ailleurs. C'est dans la potentielle, voire inévitable, multiplicité des situations à faire reconnaître que la méthode de la reconnaissance révèle son insuffisance, puisque elle aggrave le problème de la diversité des statuts familiaux bien plus qu'elle ne le résout. Dès que l'on peut parler d'une nouvelle situation familiale, une situation familiale antérieure, fût-elle d'absence de relation familiale²³⁵¹, est modifiée. Puisque « un statut peut naître ou renaître de la suppression d'un lien juridique antérieur [et qu'] ainsi, les décisions ou actes publics qui font cesser un statut sont également attributifs de statut »²³⁵², il y a quasi irrémédiablement un conflit entre situations. La reconnaissance de l'une entraîne nécessairement le refus de reconnaissance de l'autre. Or, la méthode de la reconnaissance n'apporte pas de solution appropriée à ces conflits de situation.

678. On peut illustrer cette critique par le droit positif, tiré du règlement Bruxelles II *bis*. Le règlement consacre un évident *favor divortii*²³⁵³ qui est en réalité une faveur à la désunion en général, puisque est visée toute « décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage »²³⁵⁴. La reconnaissance de la désunion est bien facilitée par le règlement²³⁵⁵, et on penserait donc que la continuité de traitement, et par là l'unité du statut familial, est par conséquent garantie. Mais c'est tout l'inverse qui se produit : les autorités susceptibles de se prononcer sur le maintien de la situation juridique résultant du mariage sont multiples, et rien ne leur impose de retenir le même droit applicable ni au divorce, ni à la validité du mariage. Or notamment pour ce dernier, les divergences d'appréciation ne manqueront pas de surgir, notamment au sujet des mariages entre personnes de même sexe. Valables dans un pays qui en admet la célébration, ces mariages risquent bien d'être annulés dans un pays qui ne l'admet pas, fût-ce au nom de son ordre public et donc indépendamment même d'une divergence de loi applicable. Or le principe de reconnaissance viendra cette fois-ci au secours de la décision de désunion du couple, dont la reconnaissance s'imposera de façon particulièrement forte à tous les autres Etats membres de l'Union

paraître. L'on reste donc dans le cadre d'une méthode juridique qui repose sur une règle de conflit, même si celle-ci est sans doute excessivement libérale, cf. *supra*, n° 645 et s.

²³⁵¹ Hypothèse qui paraît purement théorique, puisque chaque personne existe en raison de ses relations familiales.

²³⁵² Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », *Préc.*, note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 187.

²³⁵³ Voy. égal. en ce sens B. ANCEL et H. MUIR WATT, *La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II »*, cité à la note 2872.

²³⁵⁴ Voy. entre autres Article 22 du règlement Bruxelles II *bis*.

²³⁵⁵ Articles 21 à 39 du règlement Bruxelles II *bis*.

européenne, y compris l'Etat de la célébration. Le règlement Bruxelles II *bis* prévoit en effet expressément que « la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques »²³⁵⁶. L'unité du statut familial se paie ainsi au prix fort de la fragilisation du statut familial. Pourtant, dans l'hypothèse de l'annulation d'un mariage homosexuel, il est fort à parier que la réaction naturelle de l'Etat de célébration du mariage sera le refus de la reconnaissance de l'annulation du mariage, puisque « le plus souvent un Etat A n'est pas prêt à reconnaître la non-reconnaissance opposée par l'Etat B et à retirer du circuit international l'acte ayant produit le statut non-reconnu »²³⁵⁷.

679. On voit par là où mène la méthode de la reconnaissance si l'on en fait la composante unique du droit européen de la famille. Ce n'est pas la situation familiale qui sera protégée et reconnue, ce sont les changements et ruptures dans la situation familiale qui seront favorisés. Il est pourtant douteux que tout changement soit nécessairement un progrès ou que tout changement mérite d'être juridiquement consacré simplement parce qu'il constitue un changement. Cette position est d'ailleurs en contradiction directe avec les fondements avancés de la méthode de la reconnaissance : droit à l'identité, permanence du statut et cohérence internationale imposent tous une certaine idée de stabilité que la méthode de la reconnaissance en elle-même n'est pas en mesure d'apporter, puisque cette méthode n'est pas en mesure d'anticiper correctement les changements dans la situation familiale.

680. La condamnation de cette fragilisation du statut familial intrinsèque à la méthode de la reconnaissance devrait tout de même faire consensus. Nous pouvons l'illustrer là encore par le mariage entre personnes de même sexe. Si le législateur d'un pays décide de permettre ce type d'union pour les personnes ayant sa nationalité et/ou résidant sur son territoire, l'on voit mal comment l'Union européenne pourrait ensuite imposer l'annulation de ces mariages dès que les autorités d'un autre Etat membre sont compétentes pour statuer sur la désunion du couple, ce qui avec les critères très souples du règlement Bruxelles II *bis* peut facilement être le cas. La limitation du pouvoir souverain d'un pays de définir ce qu'est à ses yeux le mariage se trouverait annihilé par l'intervention du droit de l'Union européenne, ce qui d'un point de vue démocratique serait tout simplement injustifiable ! Et pourtant c'est la

²³⁵⁶ Article 25 du règlement Bruxelles II *bis*.

²³⁵⁷ Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 208,

solution à laquelle aboutit, en l'état actuel des choses, le droit positif, tel que déterminé par le règlement Bruxelles II *bis*²³⁵⁸.

681. La « prime à la création d'une situation nouvelle » qu'institue la méthode de la reconnaissance est donc également une « prime à la casse des situations familiales établies » dont rien ne dit que la fragilisation et la destruction ne soient justifiées. Il en ressort que la méthode de la reconnaissance, aussi séduisante soit-elle pour tendre vers l'unité du statut familial²³⁵⁹, se révèle incapable de répondre à l'autre grand défi fondateur du droit international privé européen de la famille, c'est-à-dire le respect de la diversité des droits de la famille nationaux²³⁶⁰.

682. Comment s'opposer alors à cette fragilisation du statut familial inhérente à la méthode de la reconnaissance si ce n'est en s'opposant à la reconnaissance ? Sauf qu'en cas de refus de reconnaissance, on se retrouve de nouveau dans l'hypothèse du conflit de solutions, car « aussi longtemps que les deux Etats persistent, y compris en invoquant l'ordre public, à vouloir tirer des deux statuts qui ont cours chez eux et qui, d'après la loi juridique – de l'un d'eux en tout cas -, sont mutuellement exclusifs, des effets qui sont mutuellement exclusifs d'après la loi physique, ils ne font que condamner les particuliers titulaires de ces statuts antagonistes à ne pas voir leurs différends résolus par le Droit »²³⁶¹. Dans ce cas, « ce n'est [...] pas la loi juridique mais bien celle du plus fort, du plus rusé, du plus rapide qui

²³⁵⁸ Evidemment, à l'inverse et pour les mêmes raisons, il ne faudrait pas en conclure que les autorités d'un Etat doivent être privées de la possibilité d'annuler un mariage pour la seule raison que ce mariage est valable dans un autre Etat membre. Ce qui est en cause est la limitation indirecte du pouvoir des législateurs nationaux de statuer sur la légitimité des situations familiales à travers la reconnaissance imposée, sous couvert de libre circulation des décisions, d'un statut créé ou annulé dans un autre Etat membre de l'Union.

²³⁵⁹ Voy. not. A. PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne: contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Thèse de doctorat, Jean Moulin (Lyon 3), Lyon, 2014.

²³⁶⁰ Il y a ainsi des éléments qui permettent de proposer une ébauche de la méthode de la reconnaissance dans le cadre présent, qui voudrait l'isoler des règles de compétence directe et de détermination de la loi applicable. Isolée de la compétence directe, la méthode de la reconnaissance signifie que tout ordre juridique (ici de l'Union européenne) a vocation à « cristalliser » (que ce soit par un jugement, un acte public, un choix des parties, etc.) une situation quelconque de façon à la faire intégrer dans le champ de la méthode de la reconnaissance. Toute situation serait ainsi directement juridictionnellement intégrée à tout ordre juridique de l'Union européenne. Isolée de la méthode conflictuelle *stricto sensu*, la méthode de la reconnaissance signifie que l'ordre juridique qui « cristallise » la situation peut le faire en opérant librement l'intégration matérielle de la situation. Il peut donc théoriquement appliquer n'importe quelle loi, le choix de la loi la plus pertinente lui revenant de façon arbitraire.

²³⁶¹ Et il en va de même en cas de conflit d'ordres publics, puisque « deux ordres publics en conflit ne peuvent que créer du désordre public et favoriser l'avènement d'une justice négatrice du Droit », Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 210.

l'emporte, qui donne le "coup de pouce" arbitrant sur ce point entre un statut et l'autre »²³⁶². Face à ce paradoxe, Gian Paolo Romano conclut à juste titre que « faire subsister ces conflits de situations juridiques, ne pas les prévenir ou les résoudre en droit, est contraire à l'intérêt étatique qui me semble le moins discutable, intérêt – bien entendu – commun à l'un et l'autre des Etats générateurs des deux statuts incompatibles, celui de trancher, si possible par avance, les conflits pouvant opposer les particuliers dont la vie et les activités s'inscrivent dans le milieu social et économique de l'un et de l'autre et éviter d'astreindre ceux-ci à se livrer, pour le faire, à des formes de justice privée qui déstabiliseraient les sociétés dont les Etats ont la charge : justice privée dont l'emploi marquerait l'échec des Etats en tant que responsables et garants de l'ordre, de la sécurité, de la stabilité des relations entre particuliers, lesquels se verraient au surplus privé de la qualité de "justiciable" au sens de méritant que les différends qui les impliquent puissent être définitivement tranchés suivant un critère de justice »²³⁶³.

683. Il faut donc se demander comment doit être encadrée la méthode de la reconnaissance pour ne pas mener à une telle situation de déni de justice, sans pour autant renoncer au postulat du respect des droits de la famille nationaux inhérent au droit international privé européen de la famille. Il faudra également analyser si ces encadrements peuvent être opérés sans dénaturer la méthode de la reconnaissance.

B L'encadrement de la méthode

684. La nécessité de l'encadrement est le corollaire indispensable de la condamnation d'un système qui repose sur une solution d'extrême fragilisation du statut familial. Nous avons vu que la fragilité de la situation familiale vient du fait que la méthode de la reconnaissance ne répond pas de façon satisfaisante à la multiplicité de l'intégration matérielle d'une situation, c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle deux ordres juridiques

²³⁶² Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 211.

²³⁶³ Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 211. Sur la fragilisation du statut familial, voy. par exemple la définition du concubinage : il serait totalement incohérent de limiter les situations de concubinage aux seules situations présentant certains liens de rattachement avec l'ordre juridique du for (exemple=accident et indemnisation du concubin survivant), mais cela ne signifie pas non plus que l'on puisse appliquer aveuglement cette appréciation juridique à toutes les situations dans le monde : il faut donc que les parties l'invoquent, or ce critère est totalement insusceptible de garantir l'unité du statut familial. En fonction de l'ordre juridique qui sera mobilisé par les intéressés, le statut familial sera différent, sans que l'on

donnent un sens juridique différent à une même situation de fait. Il faut donc trouver des moyens qui permettent de limiter la concurrence entre ordres juridiques que la méthode de la reconnaissance est inapte à résoudre autrement qu'en sublimant la volonté des ou d'une des parties, au détriment non seulement de la fonction sociale du droit de la famille, mais également de l'idée même de Droit. L'objectif est donc la recherche d'une intégration matérielle unique, c'est-à-dire l'attribution par les multiples ordres juridiques concernés d'un même sens juridique à une même situation de fait. La méthode de la reconnaissance ne saurait y parvenir à elle seule. Il faut donc trouver d'autres critères pour procéder à l'intégration matérielle unique de la situation, ce qui implique de se mettre d'accord sur l'ordre juridique qui peut faire prévaloir sa conception des règles de droit international privé. Autrement dit, l'objectif doit être la « prévention et solution du conflit international de statuts par la *prépondérance accordée à l'un d'eux* »²³⁶⁴.

685. D'où la pertinence de la détermination d'une autorité unique en vue de la consécration du statut familial. L'avantage évident est de favoriser l'unicité du statut familial. Un premier pas dans cette direction est la limitation des chefs de compétence internationale indirecte, de façon à s'assurer que l'ordre juridique de création du statut familial a pu intervenir légitimement en raison des liens qu'il présente avec la situation (1). Mais l'analyse révèle que cette limitation de la compétence indirecte a pour corollaire nécessaire, du moins dans un système intégré tel celui auquel doit aspirer l'Union européenne, une limitation des chefs de compétence internationale directe (2).

1 La nécessité d'encadrer la compétence internationale indirecte

686. Même si tous les auteurs ne s'y réfèrent pas, la nécessité d'un lien suffisant entre l'ordre juridique de création et la situation à reconnaître émerge comme une des conditions clés de la reconnaissance²³⁶⁵. On en retrouve d'abord les traces dans les jurisprudences des hautes cours états-unienne et européenne, à l'exclusion toutefois de la

sache d'ailleurs, si plusieurs ordres juridiques sont sollicités, l'appréciation de quel ordre juridique il faut faire prévaloir...

²³⁶⁴ Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 1206 et ss (c'est nous qui soulignons).

²³⁶⁵ Sylvain Bollée, *Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 113 à 120.

Cour de justice²³⁶⁶. La CEDH subordonne la reconnaissance de la situation familiale étrangère à la double condition de la présence d'« éléments subjectifs, tenant à la conviction des parties que leur situation sera stable et reconnue »²³⁶⁷ et de la présence d'« éléments objectifs, tenant aux liens de la situation avec l'Etat de sa constitution au moment où elle s'est constituée »²³⁶⁸. Or cette deuxième condition est une manifestation évidente du besoin d'encadrer la vocation de l'ordre juridique étranger à faire naître une situation familiale qui serait ensuite à reconnaître par l'ordre juridique de réception. Cet encadrement se fonde sur une localisation objective de la situation qui rapproche d'ailleurs encore un peu plus la méthode de la reconnaissance de la règle de conflit classique²³⁶⁹.

687. La même approche se retrouve au sein des Etats-Unis, où « la clause de *Due Process* [...] agit comme une limite au fonctionnement de la règle de reconnaissance »²³⁷⁰, puisque, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, l'intervention du droit d'un des Etats fédérés n'est possible qu'à condition que cet Etat ait un « intérêt significatif tel que le choix de son droit [ne soit] ni arbitraire ni fondamentalement inéquitable »²³⁷¹. Ici aussi apparaît la nécessité d'un lien entre l'ordre juridique qui intervient et la possibilité de la reconnaissance²³⁷².

²³⁶⁶ Qui n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question en matière de reconnaissance de statut personnel, la question de la compétence internationale indirecte ne s'étant pas posée jusqu'ici. A chaque fois, l'intervention du droit ou de l'autorité étrangère n'était pas contestée en raison des liens réels que présentait la situation avec l'Etat étranger. La seule hypothèse particulière est *Garcia Avello*, mais le droit espagnol était justement applicable parce que les DIP belge et espagnols considéraient la nationalité comme un rattachement suffisant. La jurisprudence en matière de droit des sociétés peut inciter à une certaine prudence (la simple existence d'une compétence internationale directe dans le droit d'un des Etats membres étant suffisante à justifier la compétence internationale indirecte au sens du droit de l'Union européenne, position ultra libérale dont il faut considérer et espérer qu'elle n'est pas transposable au droit de la famille).

²³⁶⁷ Patrick Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 43 à 55, spéc. p. 51

²³⁶⁸ *Ibid.*

²³⁶⁹ Qui rapproche encore plus la méthode de la reconnaissance de la règle de conflit classique, consistant à rechercher la loi applicable présentant les liens les plus étroits avec la situation, cf. *supra*, n° 596 et s.

²³⁷⁰ Catherine Kessedjian, *Reconnaissance et Common Law*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 97 à 104, spéc. p. 101.

²³⁷¹ « In order for a State substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair » *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 US 797, 818 (1985), citant *Allstate Packers Assn v. Industrial Accident Comm*, 294 US 532 (1935), voy. également sur la question Catherine Kessedjian, *Reconnaissance et Common Law*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 97 à 104.

²³⁷² Ce qui ne doit pas occulter la particularité de la Full Faith and Credit Clause dans le contexte américain, puisque la reconnaissance de l'acte en lui-même peut se prolonger quant à ses effets, puisque la détermination de ces effets est grandement facilitée, par l'existence d'un langage et d'un droit communs qui rend superflue la recherche de la loi applicable aux effets.

688. En droit conventionnel, on retrouve cette même idée, y compris à l'égard des instruments qui semblent pourtant écarter cette exigence d'un lien entre ordre juridique étranger et situation à reconnaître. La convention de La Haye du 14 mars 1978, elle-même justement critiquée en raison de l'absence d'un contrôle de l'existence de liens entre l'Etat de constitution et les parties²³⁷³, révèle ainsi qu'il est presque inconcevable de ne pas exiger l'existence d'un minimum de liens entre la situation et l'ordre juridique de création de la situation. Il n'est en effet pas tout à fait correct d'affirmer que « pour déterminer la validité du mariage, [la convention de 1978] fait référence en bloc aux règles de conflit de lois et d'autorités de l'Etat de la célébration du mariage, sans exiger un lien quelconque avec cet Etat »²³⁷⁴, puisque la célébration est déjà un lien avec cet Etat, lien certes faible, voire probablement insuffisant, mais lien quand-même. Ce lien est constitué à la fois par l'élément intentionnel des époux, qui ont choisi le lieu de célébration, et par l'élément matériel constitué par la célébration du mariage²³⁷⁵. On exige donc bien un lien entre l'ordre juridique et le mariage, en l'occurrence l'intervention des actes matériels constitutifs de la célébration du mariage²³⁷⁶. La nécessité d'un lien entre l'Etat de création du statut, en l'occurrence marital, et la reconnaissance du mariage se retrouve ensuite avec toute sa rigueur lorsque l'on envisage la reconnaissance des effets du mariage, alors que la reconnaissance des effets est en réalité indissociable de la reconnaissance de la validité. En effet, la convention « ne répond qu'à une partie des questions que soulève la reconnaissance d'un mariage, car elle se garde de se prononcer sur ses effets et se borne à la reconnaissance de sa validité »²³⁷⁷.

689. Dès lors, « on comprend [...] qu'un rattachement entre l'Etat source et les intéressés soit souvent [...] exigé pour que l'Etat requis soit à son tour lié par le lien créé par l'Etat-source et qu'il le reconnaisse : c'est pour vérifier la légitimité que détient l'Etat-source à faire surgir le statut litigieux et aussi pour vérifier que sa non-reconnaissance par l'Etat B

²³⁷³ Entre autres, par Henri Batiffol, « La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. droit international privé*, 1977, 451, spéc. p. 480 ; Yves Lequette, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI* 1994, II, p. 9, n° 39 ; Pierre Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 29.

²³⁷⁴ Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 121 à 129, spéc. p. 122.

²³⁷⁵ Auquel s'ajoute le fait que les autorités de l'Etat de célébration devaient s'estimer compétentes en application des critères de compétence de leur ordre juridique.

²³⁷⁶ Ce qui suppose aussi que, d'après ses propres règles de droit international privé, l'Etat étranger s'estime internationalement compétent pour célébrer le mariage. Une telle règle constitue même une hypothèse plus restrictive que celle qui serait constitutive de la méthode de la reconnaissance, d'après laquelle le lien pourrait aussi simplement résider dans le fait qu'un ordre juridique tienne le mariage pour valable.

²³⁷⁷ Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 121 à 129, spéc. p. 122.

provoquerait effectivement une discontinuité préjudiciable aux intéressés »²³⁷⁸. Pour que la situation mérite d'être reconnue, il faut donc qu'elle soit le résultat de l'intervention d'un ordre juridique qui entretient des liens avec la situation que l'ordre juridique de reconnaissance considère comme suffisamment forts pour que son intervention soit légitime. Ce contrôle est aussi classique que fondamental pour la reconnaissance des décisions. En revenant à l'idée de légitimité de la situation à reconnaître, on voit mal pourquoi une situation serait reconnue comme légitime si l'ordre juridique qui la consacre ne présente que des liens « illégitimes » avec cette situation. L'intervention de cet ordre juridique serait au mieux artificielle, au pire frauduleuse, et rien ne justifie que la situation qui en résulte doive s'imposer à l'encontre de la situation familiale légitimement constituée qui est remplacée.

690. Il faut donc limiter les ordres juridiques internationalement compétents dont les interventions mériteraient de bénéficier de la méthode de la reconnaissance. Ce système ne s'oppose pas dans l'absolu à ce que des ordres juridiques interviennent unilatéralement en dehors des critères communs relatifs à l'intégration juridictionnelle. Mais une telle intervention ne doit pas ensuite avoir vocation à la reconnaissance, et ne doit donc pas bénéficier des règles relatives à la circulation des statuts familiaux qu'il convient d'élaborer au sein de l'Union européenne. Et un tel système pose naturellement la question de la pertinence de telles interventions unilatérales insusceptibles de reconnaissance, puisque elles seraient nécessairement créatrices d'une discontinuité de traitement familial et donc d'une discontinuité de statut familial, en contradiction avec les objectifs que l'Union européenne doit poursuivre en ce domaine.

691. Une solution simple pourrait alors être de limiter les chefs de compétence directe pour ne permettre que l'intervention des autorités dont les décisions seront ensuite susceptibles d'une reconnaissance généralisée pour l'ensemble de l'Union européenne. Ce qui revient à dire qu'il faut élaborer non seulement des chefs de compétence indirecte communs, mais aussi accompagner ceux-ci de chefs de compétence directe également partagés.

²³⁷⁸ Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 208.

2 Une nécessité impliquant des règles de compétence directe communes

692. Un grand pas serait déjà franchi si la compétence indirecte était encadrée. Pourtant, un tel encadrement ne saurait être effectif sans être accompagné d'un encadrement de la compétence internationale directe. Il faut ainsi à tout le moins interdire aux autorités indirectement incompétentes d'intervenir pour consacrer des situations non susceptibles de reconnaissance. A défaut on permettrait à des ordres juridiques d'intervenir alors que l'on sait que l'on ne reconnaîtrait pas leurs décisions, ce qui est incompatible avec l'objectif d'unité du statut familial. On provoquerait inévitablement des conflits internationaux de situations juridiques, dont on sait pourtant qu'ils « représente[nt] la négation de l'harmonie internationale des solutions et de la coordination des systèmes ou ordres juridiques : harmonie et coordination dont on peut penser qu'elles sont recherchées avant tout en vue précisément d'épargner aux particuliers de tels conflits de situations juridiques, c'est-à-dire de leur garantir la coordination – et l'harmonie qui en résulte – des prérogatives créées à la faveur de leur sphère juridique par les différents Etats et les différentes communautés étatiques à la vie sociale et économique desquelles ils participent »²³⁷⁹. L'encadrement de la compétence internationale indirecte par des chefs de compétence communs doit donc également conduire à une réglementation commune qui refuse la compétence internationale directe lorsqu'aucun chef de compétence internationale indirecte n'est rempli à l'égard de l'ordre juridique sollicité²³⁸⁰.

693. Au sein de l'Union européenne, l'intervention d'un ordre juridique national doit donc être légitime compte tenu de la pertinence du lien entre la situation et cet ordre juridique, légitimité qui doit être appréciée au regard d'un ensemble commun de règles de compétence internationale. L'éventualité d'une concurrence entre instances directes risque déjà suffisamment, compte tenu de la potentielle différence de solutions, de déboucher sur des résultats contradictoires et donc de remettre en cause l'objectif d'unité du statut familial. Il

²³⁷⁹ Gian Paolo ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », Préc., note 2066, p. 185 à 216, spéc. p. 211-212

²³⁸⁰ L'unité du statut familial repose en effet sur la nécessité d'avoir une intégration matérielle unique de la situation familiale. Or si tous les Etats membres de l'Union européenne bénéficient de la possibilité de se déclarer internationalement compétent en opérant librement l'intégration matérielle de la situation, on voit bien qu'une situation familiale internationale aura potentiellement autant d'intégrations substantielles qu'il y a d'ordres juridiques dans l'Union européenne. Le résultat en est que la signification juridique de la situation familiale est aussi multiple que ces possibilités d'intégration matérielle. Or une signification juridique multiple ne peut pas, à l'évidence, garantir l'unité du statut familial.

serait aberrant de surcroît si cette concurrence était exacerbée par l'absence d'un véritable encadrement européen de la compétence internationale directe. Le système qui procède par un alignement de la compétence internationale indirecte sur la compétence internationale directe a d'ailleurs pendant longtemps eu les faveurs du législateur européen, comme en témoignent la convention de Bruxelles pour le droit international privé « non-familial »²³⁸¹ et le règlement Bruxelles II *bis*²³⁸². Mais on est alors déjà dans l'articulation de deux méthodes au moins, celle de la reconnaissance et celle de la détermination de la compétence juridictionnelle directe.

694. Se trouve ainsi illustrée la nécessité, pour un espace intégré tel celui de l'Union européenne, de ne pas se limiter à un encadrement de la seule compétence internationale indirecte. Cette nécessité se trouve confirmée de façon théorique si l'on décline les deux hypothèses auxquelles peut mener un système se limitant à l'encadrement de la compétence indirecte. Dans l'hypothèse où un chef de compétence semble tellement prépondérant qu'il doit emporter la compétence quasi exclusive des autorités de l'Etat visé, comme c'est le cas notamment en matière de responsabilité parentale avec la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant, le fait que les décisions des autorités d'un seul ordre juridique soient susceptibles de reconnaissance ne se comprend que s'il emporte également la consécration d'un chef de compétence internationale directe. A défaut, l'on pourrait se trouver dans la situation dans laquelle le juge étranger, seul compétent aux yeux de l'ordre juridique d'accueil, refuse sa compétence. Or le résultat de cette situation serait un inévitable déni de justice, puisque la décision qui serait prise par d'autres autorités ne serait pas susceptible de reconnaissance, ces autres autorités étant nécessairement indirectement incompétentes. Tout comme le juge du pays d'accueil n'aurait pas non plus de compétence directe pour statuer sur l'affaire. Une telle situation ne serait pas compatible avec les exigences inhérentes à l'accès au juge, ni avec une vision élémentaire de justice, à moins de consacrer d'autres critères subsidiaires de compétence internationale indirecte. Mais on ne serait plus alors dans l'hypothèse de l'unicité de la compétence internationale indirecte.

695. L'autre hypothèse, bien plus courante, est celle de la multiplicité des chefs de compétence indirecte. S'il n'y a pas de critères de compétence directe partagés, chaque Etat

²³⁸¹ Et avant l'avènement de la convention de Rome.

²³⁸² Sans que le règlement Rome III y mette véritablement fin, en raison de son champ d'application matériel et spatial plus restreint.

est libre de les élaborer pour son propre compte, sous la réserve de ne pas consacrer des chefs de compétence qui iraient au-delà des chefs de compétence indirecte communément admis²³⁸³. Mais l'Etat n'aurait pas l'obligation de se reconnaître directement compétent du seul fait qu'il serait internationalement indirectement compétent. Le risque n'en est pas moins que plusieurs Etats se reconnaissent simultanément compétents, ce dont résulteraient des conflits de compétence et des procédures parallèles qui augmenteraient considérablement la probabilité de solutions divergentes au fond, et donc les cas de discontinuité de traitement. Pour pallier ce risque, il faudrait soit des règles substantielles communes, ce qui est exclu pour l'Union européenne en raison de l'absence de compétence européenne²³⁸⁴, soit des mécanismes qui garantissent l'identité de solution, notamment à travers des techniques de coordination de la compétence internationale directe ou de l'identité de la loi appliquée pour résoudre le différend. Ces deux solutions sont cependant un net dépassement de la seule méthode de la reconnaissance, ce qui montre encore une fois que la méthode de la reconnaissance est inapte à garantir, par elle-même, la continuité de traitement familial.

696. L'histoire nous livre d'ailleurs suffisamment d'exemples de situations dans lesquelles fut comprise la nécessité de ne pas se limiter au seul mécanisme de la méthode de la reconnaissance. En matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, « la règle de reconnaissance de l'article 3 de la Convention de 1961, règle imparfaite de compromis, a ainsi été remplacée par la règle de conflit précise, concrète et performante, de l'article 16 [de la Convention de 1996] »²³⁸⁵. Quant à l'Union européenne, l'institution récente du certificat successoral, archétype d'un mécanisme de reconnaissance particulièrement rigoureux et qui est à ce titre à la fois « institution propre de l'Union européenne [et] solution véritablement fédérale »²³⁸⁶, montre la possibilité d'une consécration de la méthode de la reconnaissance, mais qui s'accompagne de chefs de compétence directe et de règles de conflit communs et n'est donc pas limitée à la seule méthode de la reconnaissance. Il faut en effet garder à l'esprit que « la reconnaissance n'est pas plus qu'un

²³⁸³ Il ne devrait ainsi pas être possible de consacrer une situation en ayant recours à des chefs de compétence exorbitants.

²³⁸⁴ Cf. *supra*, n° 573 et s.

²³⁸⁵ Hans van Loon, *La méthode de la reconnaissance et les conventions de droit international privé de La Haye*, in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 121 à 129, spéc. p. 128.

²³⁸⁶ Etienne Pataut ; « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 147 à 166, spéc. p. 159.

principe général et une directive de politique législative ; en tant que règle de droit, [elle] ne sert pas à grand-chose »²³⁸⁷.

697. Ainsi, alors que des voix persistent pour affirmer que l'avenir du droit international privé appartiendra à la méthode de la reconnaissance²³⁸⁸, l'évolution du droit international privé européen tend désormais vers une approche construite autour de la règle de conflit de lois²³⁸⁹. La proposition de règlement état civil, qui se proposait pourtant de devenir le fer de lance de la méthode de la reconnaissance, a permis d'ouvrir un débat qui a clairement montré les réticences à l'égard du recours unique à la méthode de la reconnaissance. Ainsi, « de nombreuses réponses au Livre vert ont fait état de réserves à l'égard de la reconnaissance de plein droit, même assortie d'une liste de motifs de refus, pour marquer leur préférence pour l'harmonisation préalable des règles de conflit »²³⁹⁰. La proposition qui est finalement sortie des bacs de la Commission fut ensuite très en deçà des ambitions initiales. En effet, « sans

²³⁸⁷ Jürgen Basedow, *La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)* in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 221 à 228, spéc. p. 228. L'auteur en déduit que « le droit international privé doit compléter le principe [de la reconnaissance] par des règles de conflit focalisées sur les questions précises liées à la relation juridique surgie à l'étranger. Il faut en effet développer des règles de conflit qui apportent des solutions selon la méthode de renvoi à la loi applicable pour ces questions. Il se dessine que les règles de conflit en question renverront plus souvent qu'à l'heure actuelle à la loi du pays de l'origine de la situation juridique » (*ibid.*).

²³⁸⁸ Lagarde, Discours inaugural RCADI 2014 ; STURM (Fritz), STURM (Gudrun), Staudinger BGB, Internationales Privatrecht - Einleitung zum IPR, Sellier de Gruyter, 2012, n° 64.

²³⁸⁹ M. KOHLER et M. BUSCHBAUM, « Die »Anerkennung“ öffentlicher Urkunden? : kritische Gedanken über einer zweifelhaften Ansatz in der EU-Kollisionsrechtsvereinheitlichung », *IPRax* 2010.313- 324 ; M. KOHLER et M. BUSCHBAUM, « La »reconnaissance“ des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières », *Revue critique de droit international privé* 2010.629- 651 ; M. BUSCHBAUM, « Reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes authentiques? Etat des lieux et perspectives après l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 255- 266 ; M. BUSCHBAUM, « Vom Königsweg der Kollisionsrechtsharmonisierung als Leitlinie für das Mehrjahresprogramm für die EU Ziviljustiz 2015-2020 - zugleich : Plädoyer gegen die sog. Rechtslagen-Anerkennung », (2014) 11-1 *GPR* 4- 7. +++ Sur cette évolution, voyez parmi d'autres : La « reconnaissance » des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières — Dr. Marius Kohler — Dr. Markus Buschbaum — Rev. crit. DIP 2010. 629 ; La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? — Dr. Markus Buschbaum — D. 2011. 1094 ; Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés — Dr. Markus Buschbaum — Dr. Ulrich Simon — Rev. crit. DIP 2011. 801 ; Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ", par CALLÉ Pierre ; PASQUALIS Paolo ; WAUTELET Patrick ; NOURISSAT Cyril - Petites Affiches, 4 avril 2012, n° 68, p. 6.

²³⁹⁰ Christian Kohler « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 67 à 79, spéc. p. 77 ; voy. également H.-P. Mansel, D. Coester-Waltjen, D. Henrich, C. Kohler, Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission - Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger : Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsunterlagen erleichtern - KOM (2010) 747 endg, *IPRax* 2011. 335 s. cf. également site europa opinion 110510. Et *IPRax* 2012, p. 31 et s.)

doute en raison d'importantes difficultés politiques, la solution finalement retenue ne porte que sur la première question [de facilitation de la circulation des actes à l'exclusion de la reconnaissance de plein droit de leurs effets] et le projet est donc beaucoup moins ambitieux que ne l'envisageait le livre vert »²³⁹¹. Par conséquent, il est difficile d'y voir une quelconque consécration de la méthode de la reconnaissance.

698. Après avoir vu que la méthode de la reconnaissance, prise isolément, « ne sert pas à grand-chose »²³⁹², il convient d'analyser le bien-fondé des méthodes qui combinent la méthode de la reconnaissance avec d'autres mécanismes du droit international privé.

Section 2 La condamnation d'un système fondé sur la compétence directe et la reconnaissance

699. Le système qui s'appuie sur des règles communes de détermination des autorités compétentes ne se comprend que si ces règles de compétence ont comme prolongement nécessaire la reconnaissance des décisions ou actes pris par ces autorités. Si la décision n'est pas suivie d'une reconnaissance commune, dès qu'un nouveau chef de compétence s'ouvre à l'un des plaideurs, celui-ci pourrait de nouveau tenter un procès, avec tous les risques de contrariété de décisions que cela implique. En outre, si les Etats dans lesquels l'exécution de la décision est nécessaire ont la faculté de ne pas reconnaître la décision du juge normalement compétent, leurs autorités seront bien contraintes de s'estimer investies d'une compétence, fût-elle subsidiaire, afin d'éviter les situations de déni de justice. Il devrait ainsi y avoir *in fine* une compétence quasi-universelle de la part de tous les ordres juridiques de l'Union européenne. Un tel système réduirait inéluctablement à néant le système commun de compétence mis en place, et s'accompagne d'un risque évident et inévitable d'inconciliabilité de décisions, au mépris de l'objectif d'unité du statut familial.

700. Etant entendu que l'exercice de la compétence internationale directe conformément aux règles communes mises en place doit entraîner en principe la reconnaissance commune de l'intervention de l'autorité, nous verrons alors que le système

²³⁹¹ Etienne Pataut ; « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé » in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Préc., note 2066, p. 147 à 166, spéc. p. 162.

reposant sur des chefs de compétences communs peut théoriquement garantir l'unité du statut familial dans le respect de la diversité (A). Mais même si, dans certaines hypothèses exceptionnelles, ce système peut convaincre, l'analyse détaillée de ses aboutissements montre que les défauts du système sont trop graves pour pouvoir en faire le système idéal du droit international privé européen de la famille, puisqu'il n'atteint qu'un équilibre imparfait entre les différents objectifs du droit international privé européen de la famille (B).

I Un système potentiellement cohérent

701. L'aménagement concret de la compétence internationale directe peut permettre de garantir l'unité du statut familial tout en respectant l'objectif de diversité des statuts familiaux. Lorsque l'on parvient à dégager un chef de compétence unique, particulièrement bien adapté à la situation, pour l'ensemble de l'Union européenne, le fait de ne pouvoir saisir qu'un seul juge a naturellement pour conséquence qu'il ne peut y avoir qu'une solution, et donc que l'unité du statut familial est garantie, sans avoir à imposer des règles de conflit de lois communes (A). La possibilité de résoudre les difficultés résultant de l'internationalité de certaines relations familiales par le recours à des règles de compétence directe est en outre renforcée par le recours éventuel à des mécanismes de coopération entre autorités, qui permettent d'avoir une complémentarité de compétences dans le cadre desquelles chaque autorité impliquée concourt à la décision finalement prise (B).

A La possibilité d'atteindre l'unité du statut familial en cas d'unicité de compétence

702. Vouloir atteindre l'unité du statut familial par l'adoption d'un chef de compétence unique implique de faire renaître, en quelque sorte, la théorie du juge naturel²³⁹³. La pertinence de la démarche a été défendue par des auteurs particulièrement autorisés²³⁹⁴. Il faudrait donc découvrir pour chaque situation familiale l'ordre juridique avec lequel cette

²³⁹² Jürgen Basedow, « La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés) », précité.

²³⁹³ Sur laquelle, voy. p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable "juge naturel" », dans *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, Paris, 1999, spéc. p. 591-612.

situation présente des liens justifiant la compétence unique et exclusive des autorités pour statuer sur la validité et les effets de la situation. La compétence internationale des tribunaux étant largement fonction du degré d'intégration de la situation par rapport à l'ordre juridique considéré, il semble inévitable que le tribunal compétent doive être celui de l'ordre juridique avec lequel la situation présente les liens les plus significatifs. La proximité doit donc guider la recherche des chefs de compétence unique, le législateur européen affirmant explicitement que « les règles de compétence [...] sont conçues en fonction [...] en particulier du critère de proximité »²³⁹⁵ et précisant que « les critères de compétence retenus [...] se fondent sur le principe qu'il doit exister un lien de rattachement réel entre l'intéressé et l'État membre exerçant la compétence »²³⁹⁶.

703. Dans le contexte du droit international privé contemporain, dans lequel la résidence habituelle est de plus en plus perçue comme exprimant le lieu d'intégration principal des personnes concernées, on pourrait dès lors formaliser sommairement ces chefs de compétence unique autour des règles suivantes²³⁹⁷:

- pour ce qui concerne le statut de l'enfant, et notamment tout ce qui relève de la responsabilité parentale, le juge compétent est celui de la résidence habituelle de l'enfant ;
- pour ce qui concerne le statut du couple, le juge compétent est celui de la résidence habituelle commune, à défaut de celle-ci, le juge de la dernière résidence habituelle commune, à défaut de celle-ci, le juge de la résidence habituelle commune

²³⁹⁴ H. GAUDEMET-TALLON, « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne? », dans *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2002, spéc. p. 159-185.

²³⁹⁵ Considérant 12, Bruxelles II bis. Sur l'idée de proximité, voy. P. LAGARDE, *Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, 196, coll. RCADI, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 1986 ; La détermination de cette intégration directement conflictuelle unique n'impliquerait d'ailleurs pas que les autorités compétentes retiennent nécessairement l'application de la loi du for pour déterminer l'intégration matérielle de la situation. Notamment lorsqu'il s'agit de déterminer la validité ou les effets passés de la situation, il ne semble pas du tout exclu qu'un sort important soit réservé à l'application d'un droit étranger. Mais où l'on voit déjà un des risques de la méthode : en cas de changement, peut-il y avoir double compétence, donc absence d'unité ? et comment aménager le changement de la substance des droits lorsqu'il y a changement du critère de compétence ? Nous reviendrons sur ces points.

²³⁹⁶ Considérant 12, règlement Bruxelles II, le considérant 23 du règlement n° 650/2012 sur les successions reprenant largement cet objectif.

²³⁹⁷ Sans prétendre à ce stade de l'étude fonder ces considérations sur une recherche approfondie. Cf. pour une analyse détaillée, *infra*.

projetée, et à défaut de cette dernière, le juge de l'ordre juridique qui présente les liens les plus étroits avec la vie du couple ²³⁹⁸;

- pour ce qui concerne les aliments, le juge de la résidence habituelle du créancier d'aliments ;
- pour les successions enfin, le juge de la dernière résidence habituelle du défunt.

704. Le droit international privé européen de la famille retient partiellement l'unicité des chefs de compétence précités. Concernant le statut des enfants, l'article 8 du règlement Bruxelles II *bis* prévoit ainsi que « les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie »²³⁹⁹. Et en matière de successions, l'article 4 du règlement n° 650/2012 sur les successions dispose que « sont compétentes pour statuer sur l'ensemble d'une succession les juridictions de l'Etat membre dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès »²⁴⁰⁰. Pour le reste, le règlement Bruxelles II *bis* et le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires prévoient une multiplicité de chefs de compétence alternatifs, respectivement en matière de dissolution du lien conjugal²⁴⁰¹ et en matière d'obligations alimentaires²⁴⁰², parmi lesquels le demandeur peut choisir.

705. Le droit positif laisse ainsi déjà perplexe quant à la faisabilité d'un système qui recherche l'unité du statut familial uniquement sur le fondement d'une combinaison des règles de compétence directe et de reconnaissance. Car dans les domaines dans lesquels il y a un chef de compétence unique, c'est-à-dire en matière de responsabilité parentale et de successions, il y a aussi des règles de conflit de lois communes. Concernant la responsabilité parentale, tous les Etats membres de l'Union européenne ont en effet désormais signé la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, qui est entrée en vigueur dans

²³⁹⁸ Ce critère pourrait bien sûr encore être précisé, autour de propositions multiples, tels que le centre d'intérêt principal du couple, la volonté du couple, la loi nationale commune,...

²³⁹⁹ La suite du règlement venant consolider et protéger cette compétence de principe, par des mécanismes que nous allons étudier, cf. *infra*, n° 710 et s.

²⁴⁰⁰ L'exception à cette compétence en faveur des tribunaux de l'ordre juridique dont le défunt a choisi la loi applicable étant par ailleurs entendue assez restrictivement, voyez les articles 5 à 7 du règlement.

²⁴⁰¹ Voy. l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁴⁰² Voy. l'article 3 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires.

la quasi-intégralité de ceux-ci²⁴⁰³, et qui prévoit, comme son titre l'indique, des règles de conflit de lois communes²⁴⁰⁴. Même si le règlement Bruxelles II *bis* ne comporte pas de règle de conflit de lois communes et se contente d'une référence faible à la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants²⁴⁰⁵, le fait que l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, hormis l'Italie pour laquelle le processus de ratification est cependant bien avancé²⁴⁰⁶, sont des Etats contractants témoigne de l'importance que les autorités nationales et l'Union européenne attachent à cette convention²⁴⁰⁷. Concernant le règlement n° 650/2012 sur les successions, un des grands enjeux des négociations était justement l'adoption de règles de conflit de lois communes, et le règlement n'aurait pu aboutir si l'on n'avait pas trouvé un consensus autour de celles-ci. La conséquence en est que là où l'on aurait pu établir un système garantissant l'unité du statut familial par le recours à des règles tirées uniquement du conflit de juridictions, le législateur a estimé, à chaque fois, que le bon fonctionnement du système impliquait aussi l'adoption de règles de conflit de lois communes. La seule hypothèse dans laquelle on se contente de règles de conflit de juridictions, c'est-à-dire en matière de désunion du couple²⁴⁰⁸, est une hypothèse dans laquelle on prévoit aussi la multiplication des chefs de compétence, ce qui compromet la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial.

706. Il reste à découvrir les raisons de cet apparent désaveu de la part du législateur d'un système reposant uniquement sur le conflit de juridictions. Une des raisons majeures de cette impossibilité de ne s'en tenir qu'à des règles de compétence internationale semble résider dans le caractère nécessairement évolutif des éléments de rattachement fondant les

²⁴⁰³ Sauf Italie, où le processus de ratification est également en cours.

²⁴⁰⁴ Voy. les articles 15 à 22 de la convention.

²⁴⁰⁵ Art. 12, para. 4, et art. 61.

²⁴⁰⁶ <http://aldricus.com/2015/04/23/nuove-incognite-sul-cammino-della-ratifica-italiana-della-convenzione-dellaja-del-1996-sulla-protezione-dei-minori/>

²⁴⁰⁷ L'Union européenne a également pu souligner l'importance de la convention en « autorisant » – autorisation qui était à comprendre comme une obligation – les Etats membres à ratifier celle-ci (voy. les décisions du Conseil du 19 décembre 2002 (2003/93/CE), autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, *JO L 48 du 21.2.2003, p. 1–2* et du 5 juin 2008 (2008/431/CE) autorisant certains États membres à ratifier la convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ou à y adhérer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, et autorisant certains États membres à procéder à une déclaration relative à l'application des règles internes pertinentes du droit communautaire - Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, *JO L 151 du 11.6.2008, p. 36–48*). Cette position tranche avec la position d'hésitation, voire de blocage, initiale et qui était d'autant plus regrettable que le retard pris dans la ratification de la convention n'a certainement pas témoigné d'un grand respect à l'égard des principaux intéressés en la matière, c'est-à-dire les enfants.

²⁴⁰⁸ Le constat reste entièrement vrai pour la question de l'annulation du mariage.

chefs de compétence. En ce que ces derniers reposent toujours sur le lieu d'intégration principale des intéressés, et que, par définition, ce lieu est fluctuant dans le cadre des relations familiales internationales, *les chefs de compétence unique ne peuvent garantir la stabilité des relations familiales dans le temps*. Le législateur européen n'est d'ailleurs pas insensible à cette nécessité de garantir la stabilité du chef de compétence, nonobstant, le cas échéant, une modification de l'élément de rattachement fondant la compétence. Il prévoit ainsi des hypothèses de véritable « gel de compétence ». Les articles 9 et 10 du règlement Bruxelles II bis prévoient le maintien de la compétence de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant. L'article 9 prévoit ainsi que « lorsqu'un enfant déménage légalement d'un État membre dans un autre et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, les juridictions de l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant gardent leur compétence, par dérogation à l'article 8, durant une période de trois mois suivant le déménagement, pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue dans cet État membre avant que l'enfant ait déménagé [...] »²⁴⁰⁹. L'article 10 dispose quant à lui qu'« en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence »²⁴¹⁰. L'idée est simple : s'agissant d'un chef de compétence particulièrement bien adapté, car proche de l'enfant, il faut néanmoins garantir une stabilité minimale et permettre au parent qui n'est pas à l'origine du déplacement de l'enfant de faire valoir ses droits. Il s'agit donc de protéger l'effectivité du critère de compétence, qui ne doit pas pouvoir être modifié trop facilement et de façon unilatérale par l'un des parents. Le même objectif de stabilisation se retrouve au sujet des obligations alimentaires par l'impossibilité pour le débiteur d'aliments d'« introduire une procédure pour modifier la décision ou obtenir une nouvelle décision dans un autre État membre tant que le créancier continue à résider habituellement dans l'État dans lequel la décision a été rendue »²⁴¹¹.

707. Ce souci de stabilisation apparaît également à chaque fois que l'on permet aux personnes intéressées de désigner par avance le tribunal compétent, cette compétence étant ensuite entendue de façon exclusive. Expressément prévue par le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires²⁴¹², éphémèrement envisagée pour la révision du règlement Bruxelles

²⁴⁰⁹ § 1 de l'article 9, qui prévoit cependant certaines conditions pour ce maintien.

²⁴¹⁰ En prévoyant là aussi un certain nombre de conditions et d'exceptions.

²⁴¹¹ Là aussi sous réserve de certaines conditions.

²⁴¹² Article 4 § 1 : « Les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles :

II *bis* par le projet de règlement Rome III, consacrée de façon prudente par le règlement n° 650/2012 sur les successions, cette possibilité est également à l'étude pour les projets de règlements en matière de régimes matrimoniaux et d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. Palliant les inconvénients tenant à l'imprévisibilité du tribunal qui tranchera un éventuel litige, ces clauses d'élection de for n'en soulèvent pas moins de très sérieuses interrogations quant à leur pertinence, notamment face aux besoins de protection individuelle inhérents aux relations familiales²⁴¹³. Le rôle que leur reconnaît le législateur européen montre en tout cas clairement l'importance que celui-ci attache à la nécessité de pouvoir déterminer de façon suffisamment certaine une compétence unique en matière familiale.

708. L'objectif au moment de la détermination de la compétence internationale directe doit donc toujours être de rechercher le lieu d'intégration principale de la relation familiale en cause, c'est-à-dire celui qui « révèle un lien étroit et stable avec l'Etat concerné »²⁴¹⁴. Dans toute la mesure du possible, cette compétence devrait ensuite être unique. En vue de la détermination d'une compétence unique, il peut être tout à fait pertinent d'avoir à des techniques qui permettent une certaine flexibilité pour adapter le chef de compétence principale lorsque cela est nécessaire dans un cas d'espèce. Il faut à ce titre penser surtout à l'exception de *forum non conveniens*, utilisée en tant qu'outil d'adaptation de la compétence principale. Le droit européen a en effet reconnu la possibilité du recours à cette technique tirée du *Common law*. Le règlement Bruxelles II *bis* prévoit ainsi qu'« à titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant [renvoyer l'affaire à cette juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire] »²⁴¹⁵. Le règlement n° 650/2012 sur les successions permet de façon comparable à la juridiction normalement compétente de « décliner sa compétence si elle considère que les juridictions de l'Etat membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci,

[...]

La compétence attribuée par convention est exclusive, sauf si les parties en disposent autrement ».

²⁴¹³ Qui justifient largement l'indisponibilité de la majorité des droits familiaux. Le législateur en a d'ailleurs conscience : cf. article 4, § 3 règlement 4/2009 sur les obligations alimentaires qui exclut l'élection de for pour enfants de moins de 18 ans.

²⁴¹⁴ Voy. le considérant 23 du règlement n° 650/2012 sur les successions

²⁴¹⁵ Article 15, § 1, l'article détaillant ensuite les conditions et la mise en œuvre de cette exception.

telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens »²⁴¹⁶. Dans ces deux hypothèses, la juridiction principalement compétente bénéficie de la possibilité d'adapter en quelque sorte le chef de compétence principale, et de permettre, concernant les mesures de responsabilité parentale, ou d'imposer, concernant la succession, la compétence des juridictions d'un autre Etat membre. Cette possibilité est facilement justifiable. Concernant la responsabilité parentale, si le juge renvoie à une autre juridiction, c'est qu'il estime qu'il y a de bonnes raisons pour que le nouveau lieu d'intégration principale de l'enfant soit situé dans le ressort du juge vers lequel il renvoie. Il s'agirait d'une complication inutile de la procédure si le juge de l'actuelle résidence habituelle devait d'abord rendre une décision complète sur la responsabilité parentale qui porterait aussi un changement de résidence habituelle, pour qu'ensuite le juge de la nouvelle résidence habituelle statue de nouveau sur le sort de l'enfant. Il y a là une duplication inutile du processus décisionnel, une fois acquis que le juge de l'actuelle résidence habituelle estime que le changement de résidence habituelle est dans l'intérêt de l'enfant. Utiliser l'exception de *forum non conveniens*, spécialement aménagée, entraîne alors une simplification fort appréciable de la procédure. De même, la juridiction compétente en matière de successions peut décliner sa compétence en faveur de la juridiction dont la loi a été choisie par le défunt pour régir la succession. Là aussi la simplification de la procédure, ne fût-ce qu'en termes de preuve du droit étranger, est évidente. Et le déclinatoire de compétence ne peut se faire qu'en faveur d'une juridiction qui présente des liens tout à fait particuliers avec la succession. Le recours à la technique du *forum non conveniens* est donc un moyen très opportun pour garantir l'adaptabilité de la compétence principale afin de garantir un meilleur déroulement de la procédure.

709. Il y a cependant des situations dans lesquelles cette unicité n'est pas possible, parce qu'il n'est pas possible de déterminer un unique lieu d'intégration. En cas de séparation internationale du couple, chacun des époux projetant de s'installer dans un pays différent, il semble incohérent de vouloir chercher un lieu d'intégration principale de la relation familiale. Selon le côté où l'on se place, ce lieu peut être tout à la fois, dans une vision tournée vers le passé, la dernière résidence habituelle commune, et, dans un regard tourné vers l'avenir, et sans doute plus réaliste et opportun, les résidences habituelles actuelles des intéressés. Il y a ainsi des hypothèses dans lesquelles la difficulté de déterminer le lieu d'intégration principale devient insurmontable. Sur la base des critères nécessairement contingents et potentiellement

²⁴¹⁶ Article 6, lettre a) du règlement n° 650/2012 sur les successions, l'article 7 prévoyant en pareille hypothèse

inadaptés du conflit de juridictions, il ne sera donc pas véritablement possible de construire un système de droit international privé complet englobant l'ensemble des problématiques soulevées. Cela n'implique d'ailleurs nullement que la recherche d'une compétence unique soit en elle-même condamnable, une fois déterminées les relations familiales qui s'y prêtent. Bien au contraire, cette recherche est souvent souhaitable, pour éviter la « course au tribunal » et éviter les risques liés aux possibilités de *forum shopping*. Le développement de techniques de coopération entre autorités de divers ordres juridiques autour d'une complémentarité des compétences répond ainsi souvent à l'objectif de protéger et rendre effective une compétence principale, ce qui implique que les autres ordres juridiques concernés exercent une compétence accessoire et subordonnée pour permettre la réalisation cet objectif.

B La possibilité d'une complémentarité des chefs de compétence internationale par le recours à des mécanismes de coopération

710. Ni l'existence d'une multiplicité de juridictions compétentes, ni l'évolutivité des critères de compétence ne s'opposent *a priori* à ce que la cohérence du système de compétences soit rétablie à travers des techniques de coordination permettant de garantir l'unité du statut familial. Il y a de nombreux mécanismes qui permettent une vraie coopération entre autorités, forcément concurremment compétentes, en vue de permettre le meilleur déroulement de la procédure devant les autorités qui semblent les mieux placées pour statuer. Cette coopération entre autorités nationales n'est par ailleurs pas uniquement un moyen garantissant le bon fonctionnement du système de droit international privé européen de la famille. Elle est aussi un moyen de rendre compte du changement de paradigme du droit international privé résultant de la globalisation²⁴¹⁷ et une nécessité pour permettre de répondre efficacement aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴¹⁸, qui est de ce point de vue un véritable outil de promotion du droit international privé²⁴¹⁹. Le droit international privé européen de la famille connaît principalement trois techniques de

la compétence des juridictions de l'Etat membre dont la loi a été choisie par le défunt.

²⁴¹⁷ D'un « paradigme westphalienne » à un « paradigme cosmopolite » du droit, qui implique que les différents juges nationaux ne se voient pas comme concurrents, mais comme « investis d'une mission commune », Campbell McLachlan, *Lis Pendens* in *International Litigation*, RCADI, Vol. 336, 2008, spéc. p. 439.

²⁴¹⁸ Il faut à ce titre mettre en exergue l'importance de la coopération entre autorités ; voy. not. pour une influence de la Conv. EDH, qui soutient le système Bruxelles II *bis*, p. ex. *Karoussiotis c. Portugal* et *Raw c. France*. Il en va de même en matière d'exécution des décisions au titre de l'effectivité de l'accès au juge.

²⁴¹⁹ Voy. sur ce point not. F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

coopération dont le but est d'instaurer une complémentarité des compétences pour rendre effective la compétence des juridictions de l'ordre juridique du lieu d'intégration principale de la relation familiale en cause.

711. La première de ces techniques vise la protection de la compétence principale. Une fois déterminé un chef de compétence particulièrement bien adapté, il faut ainsi garantir que la compétence du juge normalement compétent ne puisse pas être contournée ou mise en échec par les agissements d'une des parties. L'exemple le plus évident d'un tel mécanisme est le système de retour de l'enfant mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* en cas d'enlèvement d'enfant. Tandis que l'article 10 du règlement maintient la compétence des «juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites », l'article 11, lu ensemble avec l'article 42, prévoit un mécanisme particulièrement efficace afin de garantir le retour de l'enfant vers l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant. L'objectif est d'éviter qu'une voie de fait, c'est-à-dire le déplacement illicite de l'enfant, ne rende la compétence de l'ancienne résidence habituelle pratiquement inutile, en privant le juge compétent de la possibilité de statuer sur le sort de l'enfant, autrement qu'en entérinant la voie de fait ²⁴²⁰. En cela, le retour de l'enfant est nécessaire pour protéger non seulement l'effectivité, mais également l'autorité de la procédure principale. Il s'agit d'éviter que la juridiction principalement compétente ne soit *de facto* privée de son pouvoir décisionnel. Les autorités les mieux placées pour ordonner le retour de l'enfant sont celles du lieu où se trouve actuellement l'enfant²⁴²¹, puisque ce sont ces autorités qui pourront localiser l'enfant et faire exécuter la décision du retour. Le règlement prévoit alors une prise de décision très rapide, en principe au plus tard six semaines après la saisine de l'autorité compétente²⁴²², et encadre assez strictement le recours à l'exception prévue par l'article 13 (b) de la convention de 1980 d'après laquelle le retour doit être refusé s'« il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une

²⁴²⁰ Si l'enfant s'intègre en effet dans le milieu social vers lequel il a été illicitement déplacé, au point qu'il est désormais dans son intérêt d'y rester, le juge de l'ancienne résidence habituelle devra constater qu'il est désormais dans l'intérêt de l'enfant de refuser d'ordonner le retour de l'enfant. Et ceci alors même qu'il peut être évident qu'au moment du déplacement illicite, le retour soit dans l'intérêt de l'enfant, notamment parce que il s'agit d'un retour vers le lieu d'intégration principale de l'enfant qui constitue le chef de compétence principale pour les questions de responsabilité parentale.

²⁴²¹ § 1 de l'article 11, qui vise les autorités compétentes d'un État membre auxquelles est demandé « de rendre une décision sur la base de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ».

²⁴²² § 3, 2^o alinéa

situation intolérable »²⁴²³. Par où l'on voit déjà clairement que la compétence des autorités du lieu où se trouve l'enfant est au service de la compétence principale, c'est-à-dire celle des autorités de l'Etat dans lequel l'enfant résidait avant son déplacement illicite²⁴²⁴. Le règlement n'en prévoit pas moins l'hypothèse dans laquelle les autorités du lieu de situation actuelle de l'enfant auraient refusé le retour de l'enfant. Placées devant le fait que le retour placerait l'enfant dans une situation intolérable, du moins aux yeux de l'ordre juridique du lieu de situation actuelle de l'enfant, les autorités normalement compétentes ne peuvent pas ignorer l'appréciation ainsi opérée par l'ordre juridique d'exécution de la décision du retour de l'enfant. Elles seront alors obligées de prendre en considération les motifs et éléments qui ont justifié la décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la convention de 1980 pour rendre une décision qui implique le retour de l'enfant. Faute de cette prise en considération, le certificat concernant le retour de l'enfant qui conditionne la force exécutoire européenne de la décision ne peut être délivré²⁴²⁵. Se comprend dès lors le dernier paragraphe de l'article 8 du règlement Bruxelles II *bis*, qui dispose que « nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant ». Il y a ainsi une vraie complémentarité des chefs de compétence et une véritable coopération entre juridictions. Si un ordre juridique refuse le retour de l'enfant, l'autre ne peut l'ordonner qu'en prenant en considération la décision rendue par le premier²⁴²⁶. On protège ainsi la compétence initiale, tout en impliquant dans une juste mesure l'ordre juridique où se trouve actuellement l'enfant, et qui est à l'évidence directement concerné par l'exécution de la décision rendue par les juridictions principalement compétentes. On pourrait songer assez aisément à transposer une telle coordination et complémentarité entre ordres juridiques concurremment compétents à la technique de la litispendance.

²⁴²³ §§ 4 à 6 du règlement.

²⁴²⁴ Quant à la jurisprudence de la CEDH, très nombreuse, on retiendra surtout *X c. Lettonie*.

²⁴²⁵ Article 42, § 2, lettre c) : « Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si :
[...]

c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980 ».

²⁴²⁶ Tout comme le juge compétent, c'est-à-dire celui de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant, peut décider que le risque grave auquel est exposé l'enfant en cas de retour justifie que la résidence habituelle de l'enfant soit désormais fixée dans l'Etat vers lequel il a été déplacé.

712. La litispendance est en effet une deuxième technique de coopération dont le but est d'instaurer une complémentarité des compétences pour rendre effective la compétence des juridictions de l'ordre juridique du lieu d'intégration principale de la situation. Si plusieurs juges se trouvent saisis en même temps d'un même litige, il semble logique de déterminer une compétence « principale », celle du juge le plus proche de la relation familiale, afin que les juges qui ne peuvent invoquer qu'une compétence « secondaire » se dessaisissent à son profit. Il pourrait en aller ainsi en matière de dissolution du mariage en faveur du juge de la dernière résidence habituelle commune, ou en matière d'obligations alimentaires en faveur du juge de la résidence habituelle du créancier²⁴²⁷. Malheureusement, les deux règlements concernés restent aveuglement attachés à la règle *prior temporis*, d'après laquelle la compétence du juge premier saisi doit l'emporter²⁴²⁸, même si cette compétence repose sur des liens de rattachement manifestement moins étroits. Ces règlements constituent ainsi une incitation à la « course au tribunal » et comportent un risque de *forum shopping* important, dont le résultat ne peut être qu'une judiciarisation rapide des difficultés familiales. A tout le moins ces règlements devraient-ils permettre au juge premier saisi d'accepter que les juridictions saisies en second lieu sont mieux placées pour statuer sur l'affaire. Mais il n'en est rien. Le caractère rigide des chefs de compétence, justifié par la nécessaire prévisibilité des tribunaux compétents, est malheureusement maintenu dans une hypothèse où les raisons de la rigidité n'existent plus. Les parties ont en effet à l'évidence su découvrir les tribunaux compétents, et la question de la prévisibilité ne se pose plus. Repenser la litispendance en y intégrant notamment l'exception de *forum non conveniens* serait certainement une façon plus opportune de résoudre les cas de conflits de procédures. Le paradoxe est cependant que l'exception du *forum non conveniens* n'a pas été accueillie dans les domaines où elle était le plus nécessaire, c'est-à-dire dans l'hypothèse qui nous intéresse ici d'une multiplicité de chefs de compétence. Alors que cette technique aurait très bien pu se présenter comme une technique de protection de la compétence principale, elle est utilisée, au demeurant de façon convaincante, comme

²⁴²⁷ Qui sera au demeurant compétent pour réviser la pension alimentaire après que la décision du juge étranger a été rendue, et dont la décision bénéficiera alors d'une autorité particulière (voyez l'article 8 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires), dont on ne voit pas pourquoi elle ne rejaillit pas sur la solution en cas de litispendance.

²⁴²⁸ L'article 19 § 1 du règlement Bruxelles II *bis* disposant que « lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie », et l'article 12 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires dans les mêmes termes que « lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie ».

une technique d'adaptation de la procédure principale²⁴²⁹. Le refus de permettre dans le cadre de la litispendance à une juridiction, qui n'est pas principalement compétente, de recourir à la technique du *forum non conveniens* pour décliner sa compétence en faveur d'une juridiction mieux placée, alors que l'on reconnaît cette possibilité à une juridiction principalement compétente si elle est saisie en premier, n'en devient que plus incompréhensible.

713. Reste enfin une troisième technique de coordination des compétences, dont l'objectif principal est de garantir l'effectivité de la compétence principale. Il s'agit de l'ensemble des procédés par lesquels les autorités d'autres Etats membres concourent au bon déroulement et la bonne exécution d'une instance judiciaire d'un Etat membre. Il est évident que les autorités du lieu d'exécution doivent contribuer à l'exécution de la décision du juge d'un autre Etat membre, faute de quoi cette décision perdrait son effectivité. La reconnaissance mutuelle ne serait plus garantie, et partant l'objectif d'unité du statut familial ne serait plus respecté. Il est donc logique que tous les règlements prévoient non seulement des règles sur la reconnaissance des décisions, mais également sur la façon dont les décisions acquièrent la force exécutoire dans les autres Etats membres de l'Union. Les règlements prévoient également directement la compétence territoriale des autorités compétentes pour constater la force exécutoire, qui sont notamment celles du lieu de la résidence habituelle²⁴³⁰ ou du domicile²⁴³¹ de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Cette compétence d'exécution est le prolongement nécessaire de la compétence principale, qui est en quelque sorte la compétence de décision, et il est évidemment opportun que le législateur prévoit des règles claires quant à la détermination de cette compétence accessoire.

714. A côté de ce nécessaire concours des autorités du lieu d'exécution à la mise en œuvre, il est également envisageable d'avoir recours à des mécanismes de coopération entre autorités centrales qui vont au-delà de l'entraide habituelle. Il en va ainsi dans le cadre du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, dans lequel les autorités centrales ne jouent certes pas un rôle juridictionnel, mais à certains égards un rôle de greffe. Le créancier et le débiteur d'aliments peuvent ainsi adresser un certain nombre de demandes aux autorités centrales de leur lieu de résidence²⁴³², qui transmettent ensuite directement ces demandes aux

²⁴²⁹ Cf. *supra*, n° 702 et s.

²⁴³⁰ Règlement Bruxelles II bis, 4/2009 sur les obligations alimentaires.

²⁴³¹ Règlement n° 650/2012 sur les successions, article 45.

²⁴³² Article 56 :

autorités de l'Etat membre compétent²⁴³³. Or le rôle des autorités centrales est notamment d'« introdui[re] ou facilit[er] l'introduction de procédures relatives à ces demandes »²⁴³⁴. Ces mécanismes permettent ainsi aux personnes concernées de s'adresser aux autorités de l'Etat de leur résidence, même si la juridiction compétente est celle d'un autre Etat membre. Les inconvénients tenant à l'éloignement éventuel de la juridiction compétente peuvent ainsi être surmontés par le recours efficace à des mécanismes de coopération entre autorités, ce qui peut théoriquement rendre plus facile la recherche d'une compétence unique. Le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires est cependant la preuve de ce qu'aux yeux du législateur européen cette coopération n'est pas suffisante pour justifier l'unicité de la compétence.

715. Un dernier exemple de coopération internationale, tiré de l'adoption internationale, doit enfin être donné, même s'il ne concerne pas principalement le droit international privé européen de la famille²⁴³⁵. La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit ainsi un système de compétences complémentaires dans le cadre duquel les autorités de chacun des deux Etats principalement concernés doivent statuer sur certaines des conditions de l'adoption. Les autorités d'origine de l'enfant doivent ainsi vérifier que les conditions d'adoption sont remplies à l'égard de celui-ci²⁴³⁶, tandis que les autorités de l'Etat d'accueil

« 1. Un créancier qui poursuit le recouvrement d'aliments en vertu du présent règlement peut présenter les demandes suivantes :

a) la reconnaissance ou la reconnaissance et la déclaration constatant la force exécutoire d'une décision ;

b) l'exécution d'une décision rendue ou reconnue dans l'Etat membre requis ;

c) l'obtention d'une décision dans l'Etat membre requis lorsqu'il n'existe aucune décision, y compris l'établissement de la filiation si nécessaire ;

d) l'obtention d'une décision dans l'Etat membre requis lorsque la reconnaissance et la déclaration constatant la force exécutoire d'une décision rendue dans un Etat autre que l'Etat membre requis n'est pas possible ;

e) la modification d'une décision rendue dans l'Etat membre requis ;

f) la modification d'une décision rendue dans un Etat autre que l'Etat membre requis.

2. Un débiteur à l'encontre duquel existe une décision en matière d'aliments peut présenter les demandes suivantes :

a) la reconnaissance d'une décision ayant pour effet de suspendre ou de restreindre l'exécution d'une décision antérieure dans l'Etat membre requis ;

b) la modification d'une décision rendue dans l'Etat membre requis ;

c) la modification d'une décision rendue dans un Etat autre que l'Etat membre requis ».

²⁴³³ Voy. l'article 55 du règlement.

²⁴³⁴ Article 51, 1. b).

²⁴³⁵ Puisque les adoptions internationales au sein de l'Union européenne sont assez rares.

²⁴³⁶ Article 4 :

« Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine :

a) ont établi que l'enfant est adoptable ;

vérifient les conditions d'adoption à l'égard des parents adoptifs²⁴³⁷. L'adoption ne peut évidemment être obtenue que si le feu vert a été donné à la fois par les deux autorités compétentes. On garantit ainsi l'harmonie internationale des solutions, dans un domaine dans lequel la stabilité des relations familiales est particulièrement importante. Et il n'y avait nul besoin d'unifier les règles de conflit de lois afin de garantir l'unité du statut familial, une mise en œuvre ingénieuse des techniques de coopération internationale permettant d'atteindre ce but, autour de deux chefs de compétence unique mis en œuvre de façon à permettre leur complémentarité. Par où l'on voit que la coopération internationale peut, dans certains domaines, permettre d'atteindre l'unité du statut familial sans avoir à unifier les règles du conflit de lois²⁴³⁸.

716. Il est donc tout à fait souhaitable de chercher autant que faire se peut un chef de compétence unique, ou une complémentarité articulée de chefs de compétence, et de mettre en œuvre ensuite les moyens techniques permettant de consolider cette compétence. Mais l'unicité du chef de compétence n'est pas réalisable de façon absolue, en raison du caractère

b) ont constaté, après avoir dûment examiné les possibilités de placement de l'enfant dans son Etat d'origine, qu'une adoption internationale répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ;

c) se sont assurées

1) que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine,

2) que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit,

3) que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et

4) que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; et

d) se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant,

1) que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis,

2) que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération,

3) que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et

4) que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte ».

²⁴³⁷ Article 5 :

« Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'accueil :

a) ont constaté que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter ;

b) se sont assurées que les futurs parents adoptifs ont été entourés des conseils nécessaires ; et

c) ont constaté que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans cet Etat.

²⁴³⁸ Le succès de la convention ne se dément pas. Il est tel qu'est envisagée l'éventualité d'une transposition de ce système à l'épineuse question de la filiation d'enfants issus d'une maternité de substitution (voyez notamment Hannah BAKER, « A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements : are There « lessons" to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention ? », in : *International Surrogacy Arrangements : Legal Regulation at the International Level*, édité par Katarina Trimmings et Paul Beaumont, », Hart, Oxford, 2013, p. 411-426, + rapport sur HCCH.net).

temporellement instable des critères de compétence, et il y a des domaines dans lesquels elle n'est simplement pas adaptée. Vouloir fonder le droit international privé européen de la famille exclusivement sur des règles de conflit de juridictions ne permet donc pas, comme nous allons le voir, de répondre efficacement aux enjeux soulevés par les relations familiales européennes.

II Un système effectivement défaillant

717. Vouloir atteindre l'objectif d'unité du statut familial sur le fondement d'une méthode se contentant du conflit de juridictions implique donc de chercher une unicité ou une complémentarité organisée de compétences. Procéder de la sorte irait pourtant souvent à l'encontre de l'objectif de l'accès effectif au juge, qui doit rester une considération primordiale en ce domaine. Pour permettre cet accès au juge, il est en effet nécessaire d'ouvrir largement les fors disponibles (A). La nécessité d'ouvrir assez largement les chefs de compétence entraîne cependant, lorsqu'elle s'accompagne d'une exigence de reconnaissance, une matérialité inévitable du système. Celle-ci s'opère soit dans le sens d'une fragilisation des relations familiales, soit dans le sens d'une consolidation de relations familiales pourtant normalement prohibées dans l'Etat de reconnaissance (B).

A La nécessité d'ouvrir largement les fors disponibles

718. En ce qui concerne la compétence internationale directe, la recherche de l'unité de solutions est loin d'être le seul objectif. Il convient en effet de tenir compte de critères tels que la proximité géographique et intellectuelle du tribunal saisi avec la situation, ou simplement la commodité des parties²⁴³⁹. Il y a donc de nombreuses considérations bien éloignées de l'objectif d'unité du statut familial qui justifient la compétence d'un juge²⁴⁴⁰. Il ne faut en outre pas oublier le rôle primordial de la compétence du juge pour éviter les risques

²⁴³⁹ Voy. B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 415 et s. ; B. Audit, *Droit international privé*, précité, p.276 et s. ; P. Mayer et Voy. Heuzé, *Droit international privé*, précité, p. 199 et s.

²⁴⁴⁰ Voy. p. ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 141 et s. qui proposent sept critères pour justifier la compétence juridictionnelle directe.

de déni de justice, qui trouve une traduction dans de nombreuses dispositions des règlements de droit international privé européen de la famille²⁴⁴¹.

719. Cette multiplicité des chefs de compétence répond ainsi au fond à la dimension fondamentale de l'accès au juge. Refuser l'accès au juge à une personne est « ressenti comme niant la personne, parce qu'il peut l'atteindre à tous les niveaux »²⁴⁴². L'effectivité de l'accès au juge fait donc à juste titre partie des droits fondamentaux de l'Europe²⁴⁴³. Limiter les fors disponibles à une seule juridiction risque bien de restreindre l'accès au juge. Le propre des relations internationales est en effet d'être intégrées juridictionnellement à plusieurs ordres juridiques, lesquels ont tous vocation à faire intervenir leur système de droit international privé²⁴⁴⁴. Limiter la compétence exclusivement à un seul ordre juridique risque alors de compromettre tout autant l'objectif de proximité du tribunal que l'effectivité du droit d'accès au juge. On exclut en effet nécessairement les tribunaux d'ordres juridiques suffisamment proches, car juridictionnellement intéressés par le litige, tout en obligeant le demandeur, voire les deux parties, à supporter les inconvénients, notamment géographiques et procéduraux, qui vont de pair avec l'unicité de la compétence. Car une compétence unique est une compétence qui risque bien, dans un cas concret, d'être une compétence éloignée de la partie demanderesse. La prudence à l'égard de l'unicité de la compétence vaut également lorsque celle-ci résulte de la possibilité pour les personnes concernées de désigner, avant la survenance d'un litige, un tribunal exclusivement compétent. Le projet de règlement Rome III, en sa dimension de révision du règlement Bruxelles II *bis* qui a été abandonnée, prévoyait ainsi la possibilité pour les époux de désigner le tribunal compétent. Si ce système avait été conçu comme en matière d'obligations alimentaires, c'est-à-dire en prévoyant la possibilité de désigner par avance un tribunal exclusivement compétent²⁴⁴⁵, il aurait soulevé de très graves interrogations. Car l'effet négatif de la clause d'élection de for n'aurait pas été véritablement

²⁴⁴¹ Voy. l'article 11 du règlement n° 650/2012 sur les successions, article 7 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, et, dans la mesure où ils renvoient alors au droit national, articles 7 et 14 Bruxelles II *bis*.

²⁴⁴² « [Au sujet de la méconnaissance de l'homme] il suffit d'évoquer le refus de l'action en justice : opposé à la personne parce que telle, comme il l'a été à l'étranger, et abstraction faite de la matière et des circonstances, il est ressenti comme niant la personne, parce qu'il peut l'atteindre à tous les niveaux » ; H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., note 173, spéc., p. 166.

²⁴⁴³ Voy. not. l'art. 6 Conv. EDH et l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux.

²⁴⁴⁴ Cf. *supra*, n° 207 sur l'intégration juridictionnelle.

²⁴⁴⁵ Le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires prévoit ainsi que « les parties peuvent convenir que la juridiction ou les juridictions ci-après d'un État membre sont compétentes pour régler les différends en matière d'obligations alimentaires nés ou à naître entre elles » (Article 4 § 1, alinéa 1) et que « la compétence attribuée par convention est exclusive, sauf si les parties en disposent autrement » (Article 4 § 1, alinéa 8), la limite la plus importante tenant à l'exclusion de cette possibilité pour les enfants de moins de 18 ans (art. 4 § 3).

compréhensible. Le système mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* vise à assurer un accès au juge très large en faveur de la partie demanderesse²⁴⁴⁶, ce qui souligne la nécessité qu'il y a d'ouvrir assez largement les chefs de compétence internationale directe. Limiter par avance le nombre de tribunaux potentiellement compétents revient en quelque sorte à une renonciation partielle au droit subjectif de saisir le juge, et cela avant même la survenance du litige²⁴⁴⁷. Une clause d'élection de for préalablement à la survenance du litige ne doit donc pas être possible, car autrement il y aurait un risque d'atteinte trop grave au droit de bénéficier d'un recours effectif au juge, au détriment d'ailleurs de l'indisponibilité des droits familiaux substantiels en cause²⁴⁴⁸. La clause d'élection de for pourrait être convenue au clair détriment d'un des époux, surtout l'« époux faible » que le règlement Bruxelles II *bis* entend implicitement protéger²⁴⁴⁹, et la même remarque vaut pour les pensions alimentaires. Ces développements montrent bien que les considérations propres à la compétence internationale directe imposent de prévoir une assez grande ouverture des chefs de compétence.

720. A supposer ensuite que l'on recherche un chef de compétence unique, puisqu'il y a des matières dans lesquelles on y est parvenu, ce chef de compétence unique pourrait difficilement être celui de la nationalité, en raison du risque d'instituer des discriminations sur le fondement de la nationalité²⁴⁵⁰. Le caractère inacceptable de cette discrimination ressort d'ailleurs clairement des dispositions des règlements sur les compétences résiduelles. L'article 7 du règlement Bruxelles II *bis* prévoit ainsi que « tout ressortissant d'un État membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre peut, comme les nationaux de cet État, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet État contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son

²⁴⁴⁶ En vue notamment de lui permettre de bénéficier du droit au démariage effectif.

²⁴⁴⁷ Un parallèle étant possible entre cette situation et celle d'une action en responsabilité extra-contractuelle, à laquelle il n'est pas possible de renoncer avant la survenance du dommage. A moins de considérer que toute relation familiale, et notamment de couple, est par essence conflictuelle. Nous ne pensons pas pour notre part qu'il y ait un irréductible antagonisme des intérêts dans les relations familiales...

²⁴⁴⁸ Voy. sur les liens entre la possibilité de renonciation et l'indisponibilité des droits : B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité des droits et conflits de lois*, thèse, LGDJ, 1996, spécialement n° 192 et s., p. 116 et s.

²⁴⁴⁹ Notamment en permettant à l'époux ou l'épouse qui s'est expatrié de bénéficier d'un accès facilité au juge de la désunion après le retour au pays national.

²⁴⁵⁰ Car priver un résident citoyen européen de la possibilité de saisir un juge sur le fondement qu'il ne serait pas un national de cet Etat serait le priver d'un droit, le droit d'accès au juge, et donc une discrimination sur le fondement de la nationalité difficilement justifiable ; voy. sur ce point, p. ex. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille (PUAM), Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 2003.

"domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres »²⁴⁵¹. La compétence unique serait donc nécessairement fondée sur la résidence habituelle. Outre le fait que l'on priverait alors le national de la possibilité de saisir le juge de sa nationalité, ce qui soulève pourtant de sérieuses interrogations sur le droit d'accès au juge²⁴⁵², de graves difficultés risquent de surgir en cas de changement de la résidence habituelle. Quel juge sera en effet compétent pour statuer sur la validité et les effets passés de la relation familiale ? S'il s'agit du juge de la nouvelle résidence habituelle, il risque bien d'opérer un jugement de valeur différent de celui opéré par le juge anciennement compétent. En toute logique il faudrait donc prévoir que le juge de l'ancienne résidence habituelle commune garde sa compétence pour ce qui concerne les situations et effets nés au moment où il aurait été compétent. On provoquerait ainsi une multiplication des procédures qui va à l'encontre de l'objectif de simplification et de rationalisation des procédures judiciaires. Par où l'on voit que la commodité procédurale implique à juste titre de prévoir la possibilité pour un juge de statuer sur des points sur lesquels un autre juge aurait également potentiellement pu intervenir. L'appréciation globale et cohérente de l'ensemble de la situation familiale impose d'ailleurs la même solution²⁴⁵³. Il serait absurde pour une demande de pension alimentaire avec arriérés dans une situation ayant des rattachement avec trois pays différents de devoir saisir un juge pour statuer sur le lien de filiation, un autre pour les pensions alimentaires passées et un troisième pour les pensions alimentaires à venir.

721. Ne désigner qu'un seul ordre juridique comme juridictionnellement compétent, ou une complémentarité d'ordres juridiques compétents, ne peut donc se justifier que dans certaines situations marginales, qui ne peuvent dès lors prétendre être autre chose que des exceptions. La règle, si l'on veut rester respectueux des objectifs inhérents à la compétence internationale directe, doit être celle d'une multiplicité de chefs de compétence, parmi lesquelles le demandeur peut choisir. Ce choix peut évidemment être encadré, notamment par des techniques de coopération judiciaire, tel le mécanisme du *forum non conveniens*. Mais le principe doit rester celui d'une pluralité possible des chefs de compétence directe. A cet

²⁴⁵¹ Article 7, § 2.

²⁴⁵² Pourtant le recours possible au juge national est également un élément important : souvent ce juge sera le seul acceptable pour la partie qui veut intenter le procès, et qui doit avoir un juge accessible, ne fût-ce que pour respecter les exigences de la CEDH (voy. sur ce point F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007).

²⁴⁵³ Sur la nécessité de garantir la cohérence du statut personnel et familial dans le contexte du droit international, voyez notamment Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, coll. RCADI, Leyde, 1994.

argument s'ajoute un autre, tout aussi déterminant. Car le choix des critères de compétence n'est pas neutre au regard de la substance des droits en cause. Au contraire, comme il faut retenir une acception assez souple et évolutive des chefs de compétence afin de garantir l'effectivité de l'accès au juge, le système qui ne conditionne la reconnaissance qu'au respect de règles de compétence internationales communes, indépendamment de la loi appliquée, risque bien de fragiliser excessivement les relations familiales au sein de l'Union européenne, voire de fragiliser directement les droits de la famille des Etats nationaux.

B L'inévitable matérialité du système

722. Il y a deux formes de matérialité qui peuvent être introduites par la combinaison des règles de compétence et de reconnaissance internationales. La première concerne la fragilisation des situations familiales, et va donc à l'encontre non seulement de l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux, mais également de l'objectif d'unité du statut familial. La seconde concerne la possibilité d'introduire directement dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne des figures de relations familiales qui sont pourtant normalement prohibées par le droit matériel de certains de ces Etats. Cette seconde forme de matérialité constitue donc une atteinte particulièrement grave à l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux, et confirme l'opinion de l'inadmissibilité d'un alignement du conflit de lois sur le conflit de juridictions, qui « se renforce lorsque l'on prend conscience des incidences graves de l'adoption d'une telle théorie pour le statut personnel »²⁴⁵⁴.

723. La matérialité tenant à la fragilisation des situations familiales résulte nécessairement de l'évolutivité et de la multiplicité des chefs de compétence. Comme les chefs de compétence doivent être toujours évolutifs, et en principe être assez ouvertement formulés, ils ne sauraient garantir à eux-seuls l'unité du statut familial. Leur inévitable multiplicité, ne fût-ce que dans le temps par le simple changement de résidence habituelle, a pour conséquence que l'on ne peut figer de façon définitive la compétence juridictionnelle. Cette évolutivité heurte alors le besoin de stabilité inhérent aux relations familiales. Nous avons déjà pu voir que le législateur européen avait conscience de la nécessité d'une

²⁴⁵⁴ Yves LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, Paris, Dalloz, 1976, spéc. p. 151.

stabilisation de la relation familiale en cas de changement de la résidence habituelle²⁴⁵⁵. Mais le véritable remède à cette nécessaire instabilité du critère de compétence, inévitable face au besoin de proximité de celui-ci, ne réside pas dans l'aménagement des règles du conflit de juridictions, mais dans un recours nécessaire à des mécanismes relevant du conflit de lois. Les règles sur la responsabilité parentale l'illustrent à merveille, puisqu'est expressément prévu que « la responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat »²⁴⁵⁶. Ce maintien de la responsabilité parentale existant dans l'Etat d'origine montre l'importance que revêt le fait que le franchissement d'une frontière ne doit pas porter atteinte à la stabilité du lien familial, ni aux effets principaux résultant des liens familiaux, même dans l'hypothèse dans laquelle il y a en principe une unicité de compétence.

724. Si enfin les chefs de compétence sont multiples, et que les juges potentiellement compétents peuvent tous appliquer une loi différente, on ne cherche même plus à combattre la fragilisation du statut familial, mais on la favorise. L'unité du statut familial serait donc recherchée autour de l'idée que la précarité des relations familiales est un des objectifs du système européen de droit de la famille. Or un tel objectif irait ouvertement à l'encontre de la nécessaire neutralité du droit de l'Union européenne en matière familiale²⁴⁵⁷, et violerait de plein fouet l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux. Les ordres juridiques nationaux seraient en effet obligés de s'aligner, par une course vers le bas bien connue en matière économique mais qui n'impliquerait ici même pas de changement des législations internes²⁴⁵⁸, sur les droits de la famille nationaux les plus libéraux. L'exemple du divorce est révélateur de cette matérialité insidieuse. Par ses règles de compétence internationale directe, le règlement Bruxelles II *bis* prend en effet implicitement, mais néanmoins clairement, position sur le fond. L'article 3 ouvre tout un éventail de chefs de compétence non hiérarchisés entre eux, et laisse au demandeur le choix du juge de sa désunion. Le demandeur aura évidemment en pratique la volonté d'obtenir une désunion qui lui est la plus commode et la plus favorable. Dans une situation où le divorce ne serait possible que devant le juge de la résidence habituelle du conjoint, mais pas devant le juge de

²⁴⁵⁵ Cf. *supra*, n° 706 et s.

²⁴⁵⁶ Article 16, § 3 de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

²⁴⁵⁷ Ce qui ferait basculer dans le droit matériel de la famille, pour lequel l'Union européenne ne dispose pas de compétence, cf. *supra*, not. n° 573 et s.

²⁴⁵⁸ Puisqu'il n'y aurait pas de nécessité de garder les contentieux familiaux sur le territoire national, contrairement à l'activité économique des sociétés et entreprises, on peut douter que les Etats membres se lancent dans une concurrence législative.

sa propre résidence habituelle, ou inversement, le demandeur saisira logiquement le juge dont les règles du droit international privé conduiront au prononcé du divorce. On permet donc un *forum shopping*²⁴⁵⁹ dont le but est de conférer au demandeur le droit subjectif de bénéficier d'un démariage effectif²⁴⁶⁰, et qui ne tient à l'évidence pas compte de la situation du défendeur²⁴⁶¹. Il y a là une illustration de la « vraie nature du droit au démariage effectif »²⁴⁶², consacré par le règlement Bruxelles II *bis* au stade de ses règles de compétence. Sous prétexte de promouvoir l'unité du statut familial, le droit international privé européen de la famille s'investit ainsi d'une matérialité certaine, qui est de favoriser la dissolution du lien conjugal. Il est pourtant douteux que l'on puisse encore parler d'unité du statut familial lorsque celle-ci ne repose que sur la précarité maximale du lien familial.

725. Cette matérialité tenant à la faveur à la dissolution du lien conjugal risque d'ailleurs de produire des conséquences pour le moins imprévues et qui vont directement à l'encontre de l'objectif d'unité du statut familial. Le règlement Bruxelles II *bis* couvre en effet non seulement le divorce et la séparation de corps, mais aussi l'annulation du mariage. Question initialement assez consensuelle, tous les Etats européens s'entendant sur une acception commune du concept de mariage²⁴⁶³, mais qui risque de provoquer des difficultés considérables au sujet des mariages entre personnes de même sexe. Le règlement, qui sur ce point n'est même pas accompagné de règles de conflit de lois partiellement communes²⁴⁶⁴, prévoit ainsi des règles spéciales en faveur de la reconnaissance qui s'appliquent autant aux décisions d'annulation des mariages qu'aux décisions de divorce. L'article 25 dispose ainsi que « la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ». Autrement dit, un Etat ne peut refuser de reconnaître la décision d'annulation du mariage au motif, fût-il invoqué au titre de l'exception d'ordre public international²⁴⁶⁵, que sa propre loi ne permet pas l'annulation du mariage sur la base de faits identiques, c'est-à-dire sur la base de l'identité de sexe entre époux. Au demeurant, vérifier le

²⁴⁵⁹ Au demeurant pas condamnable en soi à partir du moment où et à condition que les chefs de compétence reposent sur des liens suffisants. Voy. B. Ancel et H. Muir Watt, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », précité, p. 416.

²⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 406.

²⁴⁶¹ Le souci de protection de celui-ci est un des arguments avancés par le règlement Rome III, qui par le recours à des règles de conflit de lois permet effectivement de rétablir un certain équilibre, mais uniquement au regard des relations entre Etats participant à cette coopération renforcée.

²⁴⁶² B. Ancel et H. Muir Watt, précité, p. 431.

²⁴⁶³ Cf. *supra*, not. n° 365 et s.

²⁴⁶⁴ Le règlement Rome III ne s'applique en effet pas à la validité des mariages.

respect de cette condition de fond s'apparenterait de très près à une révision au fond de la décision étrangère, également prohibée²⁴⁶⁶. Ce qui veut dire que le mariage, qui au départ pouvait être valable au regard de l'ensemble des éléments de rattachement pertinents, voire même qui pouvait être purement interne, devient « annulable » dès que les époux acquièrent une résidence habituelle commune, ou l'un des époux pour une durée minimale, dans un Etat membre qui considère ce mariage comme nul²⁴⁶⁷. Et la décision d'annulation, qu'elle résulte d'une procédure intentée par un des époux ou par les autorités publiques de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle, devra être reconnue dans l'Etat d'origine ! Pour prendre un exemple concret, le mariage entre deux personnes de même sexe de nationalité française résidant en France sera annulé si les époux décident de s'installer dans un Etat membre dans lequel ce type de mariage est considéré comme contraire à l'ordre public international, et cette nullité s'imposera ensuite dans tous les Etats membres de l'Union, y compris la France. On peine à voir comment dans ce système la libre circulation des personnes est respectée. Mais ce qui vaut pour la validité des mariages doit valoir de la même façon pour la possibilité d'obtenir un divorce, qui fait partie non de la validité de la situation familiale, mais de ses effets. On ne voit guère ce qui justifie qu'un couple irlandais résidant antérieurement en Irlande qui s'installe en Suède soit tout d'un coup dans une situation permettant que l'un des époux mette fin au mariage de façon unilatérale. Les règles de compétence entraînent ainsi une évidente fragilisation du statut familial, ce qui est contraire à la fois à l'objectif d'unité du statut familial et à l'objectif du respect des droits de la famille nationaux.

726. Mais en réalité, cette fragilisation du statut familial n'est pas la seule matérialité véhiculée par les règles de compétence assorties d'une obligation de reconnaissance. Il y a en effet une deuxième forme de matérialité, résultant de la possibilité d'imposer aux ordres juridiques nationaux un statut familial normalement prohibé. Il n'y est dans cette hypothèse d'ailleurs même pas nécessaire d'avoir recours à des chefs de compétence multiples ou évolutifs. La concurrence entre ordres juridiques peut en effet résulter aussi de chefs de compétences uniques. Il y a ainsi des hypothèses dans lesquelles un chef de compétence unique, et à première vue innocent, peut, s'il est suffisamment « bien » conçu, avoir des répercussions profondes sur le droit de la famille matériel de l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne. Il n'y a qu'à imaginer un exemple tiré de la filiation

²⁴⁶⁵ Sur ce point, cf. *infra*, not. n° 928.

²⁴⁶⁶ Voy. l'article 26 du règlement Bruxelles II *bis*.

en cas de gestation pour autrui. Si les autorités de l'Etat de naissance de l'enfant étaient seules compétentes pour statuer sur la filiation de l'enfant, quels que soient les rattachements existants entre les parents²⁴⁶⁸ et cet ordre juridique, et que leur décision s'impose ensuite aux autres Etats membres, il suffirait qu'un seul Etat membre accepte la gestation pour autrui pour que, de fait, tous les Etats membres se voient obligés d'accepter également ce mode d'établissement de la filiation. Par où l'on voit que l'activisme d'un seul Etat membre pourrait alors avoir des conséquences très profondes sur le droit matériel de tous les autres. L'objectif du respect de la diversité des ordres juridiques nationaux serait à l'évidence bafoué. Il en irait de même si les époux, ou l'un d'eux, pouvaient, sur le fondement d'un chef de compétence reposant sur la volonté du demandeur²⁴⁶⁹, librement saisir n'importe quel juge pour statuer sur le divorce et ainsi unilatéralement choisir la loi applicable à la désunion. Et ce, alors même que le droit de la famille est un droit dans lequel le risque de fraude est particulièrement important. Dès lors, on ne peut se contenter de règles de conflit de juridictions, mais on doit les accompagner de règles de conflit de lois qui rétablissent un certain équilibre. Face au nécessaire respect de l'impérativité du droit de la famille, « subordonner le conflit de lois au conflit de juridictions serait, en effet, aggraver considérablement les défauts du système [permettant les fraudes, et plus largement le contournement des considérations liées à l'impérativité et l'importance sociale de certaines matières] et non les réduire »²⁴⁷⁰.

727. Ces exemples montrent bien que fondamentalement, le système de droit international privé européen de la famille ne peut pas se concevoir sans le recours à des règles communes de détermination de la loi applicable. L'inverse serait rester dans « un préjugé [qui] consiste à trop demander aux règles de compétence internationale en les appelant à prendre le relais des règles de conflit de lois, comme si d'indiquer les juges compétents pouvait suffire à assurer un traitement cohérent des rapports privés internationaux »²⁴⁷¹. Le constat n'est pas récent : s'« il est [...] légitime d'admettre la compétence possible de différents tribunaux que désignent les divers points de rattachement de la situation, [...] quand il s'agit de la loi applicable, une pareille souplesse n'est plus admissible : il ne convient pas

²⁴⁶⁷ Fût-ce parce que la loi désignée par sa règle de conflit ne reconnaît pas ce mariage, ou parce que ce mariage est contraire à l'ordre public international de cet Etat.

²⁴⁶⁸ Sans entrer ici dans le débat qui sont ces parents.

²⁴⁶⁹ Qui serait alors nécessairement un chef de compétence unique, puisqu'il n'y aurait plus aucun sens à prévoir d'autres chefs de compétence, le demandeur devant nécessairement effectuer un choix unique par la saisine.

²⁴⁷⁰ Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976, spéc. p. 130.

²⁴⁷¹ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970, p. 407.

que la substance des droits des parties résulte du choix du demandeur »²⁴⁷². Il y a ainsi une véritable irréductibilité du conflit de lois, qui rend nécessaire de construire le droit international privé européen de la famille autour d'une articulation réfléchie entre conflit de juridictions et conflit de lois.

Chapitre 2 La règle de conflit de lois, véritable pierre angulaire du système

728. A partir du moment où les fondements du droit international privé européen de la famille justifient l'action du législateur de l'Union, la recherche d'unité du statut familial implique une prise en compte des exigences de la méthode du conflit de lois²⁴⁷³. L'approche fédérale inhérente à l'Union européenne conférant un considérable potentiel d'approfondissement à la méthode du conflit de lois²⁴⁷⁴, l'élaboration d'un ensemble de règles de conflit de lois au même niveau que celui des règles de conflit de juridictions, c'est-à-dire au niveau de l'Union européenne, est par ailleurs nécessaire afin de garantir et rétablir la cohérence du système européen de droit international privé de la famille²⁴⁷⁵. Le droit de la famille de l'Union européenne doit ainsi reposer sur une articulation satisfaisante et harmonieuse entre règles de conflit de juridictions et de lois.

²⁴⁷² Henri BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, A. W. Sijthoff, Leyde, 196, p. 55 à 66, spéc. p. 65. (« il est par suite légitime d'admettre la compétence possible de différents tribunaux que désignent les divers points de rattachement de la situation. Au contraire, quand il s'agit de la loi applicable, une pareille souplesse n'est plus admissible : il ne convient pas que la substance des droits des parties résulte du choix du demandeur »)

²⁴⁷³ Ce qui confirme les évolutions récentes en la matière. Et d'ailleurs, si cette méthode, à nos yeux la dernière que le droit européen peut emprunter, se révélait également infructueuse, le droit de la famille de l'Union européenne ne saurait être autre chose qu'une utopie ou une chimère. Le droit positif ne permet cependant pas de conclure à cette inexistence, fût-elle à venir, du droit de la famille de l'Union européenne.

²⁴⁷⁴ Sur le potentiel d'approfondissement de la méthode bilatérale grâce à l'approche fédérale, voy. not. Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, préc., note 965 Tout comme l'émergence d'un droit international privé de la famille de l'Union européenne articulant conflit de lois et conflit de juridictions n'est pas sans conséquences sur la nature même de l'ordre juridique de l'Union européenne. La garantie de l'unité de l'appréciation juridique des situations familiales pour l'ensemble de l'espace de l'UE est ainsi le corollaire indispensable de l'émergence d'un ordre juridique européen, complet et cohérent en matière de droit de la famille.

²⁴⁷⁵ Mise à mal par une désarticulation se manifestant de façon assez évidente sur le plan pratique, comme, de façon moins apparente mais au moins tout aussi importante, sur le plan théorique.

729. Cette articulation implique une véritable redécouverte du paradigme conflictuel qui doit résister à l'érosion qu'il subit à l'heure actuelle²⁴⁷⁶. Au sujet du droit international privé traditionnel, il convient en effet de rappeler que celui-ci « prend appui sur l'idée de "proximité", idée acceptable par tous les Etats et développe une justice du droit international privé qui le conduit à appliquer ou accueillir des normes étrangères afin de permettre le développement de rapports internationaux plus harmonieux, sans que cette démarche aille jamais jusqu'à compromettre la cohésion de l'ordre interne, dépositaire qu'est celui-ci pour les hommes qui y vivent d'un bien précieux, "leur manière de vivre, de sentir et même de penser, notamment et surtout, les problèmes de la vie collective" »²⁴⁷⁷. Pourtant, ce « droit international privé traditionnel [qui] s'attache à promouvoir "le bien commun des relations internationales" au moyen de la "coordination des systèmes" »²⁴⁷⁸ est aujourd'hui remis en cause par un « nouveau paradigme du droit international privé – volonté et reconnaissance – au service des moins scrupuleux, des plus malins et des plus riches »²⁴⁷⁹. Pour remédier aux excès de ce nouveau paradigme²⁴⁸⁰, il est nécessaire de revenir à la lecture traditionnelle de la règle de conflit de lois, qui « en désignant la loi qui a les liens les plus significatifs, s'emploie à faire coïncider règles de conduite et règles de décision, c'est-à-dire à mettre en place le minimum de sécurité juridique sans lequel il ne saurait y avoir d'ordre juridique »²⁴⁸¹. On comprend donc toute l'importance qu'il y a de reconnaître le rôle central de la règle de conflit de lois dans la réalisation des objectifs du droit international privé.

²⁴⁷⁶ B. ANCEL, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, coll. Cours de Master 2 droit international privé Paris II, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007.

²⁴⁷⁷ Y. LEQUETTE, « De la »proximité" au »fait accompli" », dans *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. à paraître ; en référence explicite pour la dernière citation à H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 828, spéc. p. 324 ; ce passage constitue une synthèse remarquable de la conception du droit international privé de la seconde moitié du XXe siècle, résultant notamment de l'œuvre (dans l'ordre de leur apparition dans la synthèse) de Paul Lagarde (proximité), Gerhard Kegel (justice de droit international privé), Pierre Mayer (accueil des normes étrangères), Henri Batiffol (harmonie internationale des solutions, et naturellement l'extrait cité) et Phocion Francescakis (cohésion de l'ordre interne).

²⁴⁷⁸ Y. LEQUETTE, *De la « proximité » au « fait accompli »*, préc., note 2525 ; en référence à P. FRANCESCAKIS, « Perspectives du droit international privé français actuel », *RIDC* 1952.635 ; qui rajoute : « tout en se donnant pour postulat qu'une ordination ne saurait consister dans la destruction des unités à ordonner » (en référence à H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 828, spéc. p. 213).

²⁴⁷⁹ Y. LEQUETTE, *De la « proximité » au « fait accompli »*, préc., note 2525 in fine.

²⁴⁸⁰ Au premier rang desquels figurent l'exacerbation de l'individualisme (à travers la prévalence de l'« intérêt de la personne » au détriment de l'« intérêt des personnes ») et la remise en cause de la cohésion des ordres juridiques internes (à travers la mise en concurrence des règles de droit dans une course vers le bas institutionnalisée ; voy. sur ces points not. Y. LEQUETTE *Ibid.* ; voy. également nos développements *supra*, not. partie 1, titre 2).

²⁴⁸¹ *Ibid.* ; même si l'auteur du passage cité est probablement sceptique quant à l'éventualité d'un tel retour à une conception de la règle de conflit respectueuse de l'idée du droit comme créateur de liens sociaux, et non seulement de prérogatives individuelles. A notre sens, la réponse à cette question semble dépendre également de l'acceptation ou non de l'avènement du « post-modernisme » (voy. sur cette question *supra*).

730. Ainsi, ce n'est qu'en prenant pleinement en compte le conflit de lois que le droit international privé européen de la famille peut atteindre ses objectifs à travers une articulation efficace des méthodes (section 1), ce qu'il convient de vérifier face aux enjeux liés au contexte de libre circulation inhérent à l'Union européenne (section 2).

Section 1 L'articulation des méthodes autour de la prévalence d'un rattachement matériel unique

731. Pour que le droit international privé européen de la famille puisse pleinement réaliser son objectif d'unité du statut familial, il est, dans un premier temps, nécessaire de s'assurer que le système établit la prévalence d'un rattachement matériel principal, seul de nature à offrir l'unité du statut familial et partant de respecter les objectifs inhérents au droit international privé de la famille (I). Une fois obtenue une localisation matérielle unique, il faut cependant encore, dans un second temps, garantir l'effectivité de la situation familiale européenne. Cela implique alors une véritable articulation des méthodes de droit international privé autour de la recherche de l'effectivité des droits et devoirs familiaux consacrés pour l'ensemble de l'Union européenne (II).

I L'importance d'une intégration matérielle unique garantie par le conflit de lois

732. Nous avons vu que la méthode de la reconnaissance ou une méthode combinant compétence internationale directe et règles de reconnaissance aggravait le problème de la diversité des statuts familiaux bien plus qu'elles ne le résolvaient. En se contentant de méthodes ignorant le conflit de lois, le droit international privé européen de la famille risquerait alors de verser dans cette véritable logique du fait accompli qui caractérise le droit international privé contemporain. Pourtant, si le droit international privé européen de la famille doit bien prendre conscience de l'érosion du paradigme conflictuel classique qui résulte de la multiplication des formulations de règles de conflit de lois²⁴⁸², il a cependant

²⁴⁸² L'on pourrait raisonner également en distinguant règles de conflit « attributives » et « réceptives » (pour reprendre la terminologie proposée par M. Andreas Bucher (A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620. Les règles de conflit « réceptives » déterminent alors l'intégration matérielle directe de la situation internationale. Une formulation unilatérale de ces règles mène alors à des problèmes

cette conséquence primordiale qui est de rétablir une lecture traditionnelle de la matière comme ayant vocation à déterminer l'ordre juridique ayant les liens les plus significatifs avec la situation.

733. La réalisation des objectifs du droit international privé, qui ne sont autres que l'expression des objectifs du droit en général, implique donc une articulation efficace entre l'ensemble des méthodes du droit international privé qui ne saurait se passer de la méthode du conflit de lois. Il n'est évidemment pas question de revenir à « l'attitude traditionnelle de la doctrine de droit international privé, qui consisterait à se désintéresser plus ou moins de la désignation du juge compétente »²⁴⁸³, car une telle méthode multiplierait les situations de rapports juridiques boiteux²⁴⁸⁴, tout en méconnaissant les réalités du contexte juridique contemporain, qui est celui d'un droit globalisé²⁴⁸⁵. Mais il ne faut pas non plus verser dans

importants de conflits positifs ou négatifs, qui condamnent sur le plan théorique l'unilatéralisme, puisqu'il faut aboutir à la désignation d'une loi unique applicable à chaque aspect de la relation internationale, ce que l'unilatéralisme ne permet pas de faire (C'est-à-dire lorsque deux ou plusieurs lois sont applicables à une même question de droit, ou lorsque aucune loi n'est applicable à une question de droit ; sur la condamnation de ces méthodes, cf. *supra*, n° 168 et s.). Au niveau de l'Union européenne, cela signifie que les règles de compétence juridictionnelle, en raison de leur caractère nécessairement unilatéral, peuvent être prises sans trop de problèmes de façon uniforme pour l'ensemble des juges nationaux (car il est possible de trouver un compromis en élargissant les chefs de compétence, de façon à ce que chaque ordre juridique qui s'estime intéressé puisse effectivement faire intervenir ses organes), tandis que les règles de conflit de lois doivent être formulées sur le modèle bilatéral, suggérant ainsi leur universalité (au sens de règles de conflit régissant également les relations extra-européennes) et ce nonobstant les différences fondamentales qui existent entre les relations extra- et intra-européennes (V. M. Fallon, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de A. Fuchs, H. Muir Watt, et E. Pataut, Dalloz, Paris, 2004, p. 31-80, spécialement p. 54 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, *La cohérence des sources communautaires et internationales*, in : *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, sous la direction de A.-M. Leroyer, et E. Jeuland, Dalloz, Paris, 2004, p. 67-85, spécialement p. 76 et s., cf. également *supra*). Quant aux règles de reconnaissance et d'exécution, elles ont une fonction également spécifique, mais d'une importance capitale. Ces règles sont le garant nécessaire de l'efficacité d'une décision étrangère, et déterminent donc également les conditions et limites de l'ouverture aux ordres juridiques étrangers. « Règles de conflit réceptives », ces règles concernent ce que nous pourrions appeler l'intégration juridictionnelle indirecte de la situation. L'ordre juridique qui est directement juridictionnellement intéressé par une situation déjà cristallisée à l'étranger a alors tout intérêt à reconnaître la situation résultant de l'intervention d'un ordre juridique étranger. A cette fin, il doit considérer que la situation est matériellement intégrée à l'ordre juridique étranger qui est intervenu, et qui a cristallisé cette situation par l'intervention d'une norme juridique quelconque (Décision juridictionnelle, décision d'une autorité publique, application d'une règle de droit international privé, application d'une règle matérielle). Sauf que cette intégration juridique à l'ordre juridique étranger doit être légitime, ce que les règles de reconnaissance ont vocation à garantir. Ces règles vérifient notamment que la situation internationale était juridictionnellement intégrée à l'ordre juridique étranger (Ce qui n'est évidemment pas exclusif d'un contrôle de régularité portant sur d'autres conditions).

²⁴⁸³ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970, spéc. p. 360 ; résumant la pensée de P. FRANCESCAKIS, « Compte rendu des Mélanges Kollwijn et Offerhaus », *Revue critique de droit international privé* 1963, 869.

²⁴⁸⁴ L'efficacité de la règle de conflit de lois exige en effet d'analyser l'importance de la compétence juridictionnelle, même si l'importance de la règle de conflit de lois ne doit évidemment pas faire oublier les exigences tenant à la reconnaissance d'un jugement étranger.

²⁴⁸⁵ Sur cette question, voy. not. P. J. SLOT et M. BULTERMAN, *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004 ; C. KOHLER, « Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im

« l'attitude inverse : on insisterait sur la compétence judiciaire et on se désintéresserait plus ou moins de la loi applicable »²⁴⁸⁶. Le rôle du conflit de lois ne doit ainsi pas être sous-estimé pour être capable de penser un système de droit international privé qui organise efficacement la pluralité des ordres juridiques dans un contexte du droit globalisé, et ce sur le modèle de l'universel pluriel. Il faut ici revenir vers l'idée directrice que le droit international privé doit permettre la « coordination des systèmes »²⁴⁸⁷ et que « ce n'est pas ordonner des éléments que de les détruire sous prétexte de les intégrer »²⁴⁸⁸. Nous avons-nous-même proposé que le droit international privé, conçu sur le fondement d'un universel pluriel ouvert aux jugements de valeurs véhiculés par les ordres juridiques étrangers, doit ainsi reposer sur l'idée que l'ordre juridique qui confère la juridicité à une situation de fait doit avoir conscience de la nécessité qu'il peut y avoir, face à une situation internationale, de ne pas appliquer ses conceptions matérielles propres, mais qu'en raison de l'intégration de cette situation internationale à un autre ordre juridique, il convient de faire prévaloir les conceptions matérielles de cet ordre juridique étranger²⁴⁸⁹. Et cette ouverture à la diversité ne peut être réalisée qu'au moyen de la règle de conflit de lois.

734. La nécessité d'une redécouverte de la règle de conflit de lois se retrouve alors à plus forte raison dans le contexte de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'Union européenne n'est en effet ni un singulier, ni un universel²⁴⁹⁰, mais constitue bien « une communauté de droits »²⁴⁹¹. Cela modifie radicalement l'acceptation du droit international privé à retenir, puisque ce n'est plus un ordre juridique singulier qui organise son ouverture²⁴⁹², mais un ordre juridique commun qui organise la coordination de la pluralité existant en son sein²⁴⁹³. Néanmoins, l'existence de cette « communautarité » ne permet pas de

Internationalen Familienrecht », dans Robert FREITAG (dir.), *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert : Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Ulrich Spellenberg*, Sellier, München, 2006, spéc. p. 9- 27 ; H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », dans *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. à paraître.

²⁴⁸⁶ Déjà défendue par P. FRANCESCAKIS, *Compte rendu des Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, préc., note 2531, 869 ; comp. du même auteur JCP 1958.II.10612, Rev. crit. 1958.751.

²⁴⁸⁷ P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, coll. RCADI, Leyde, 2007.

²⁴⁸⁸ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 828, spéc. p. 213.

²⁴⁸⁹ Cf. *supra*, n° 195 et s.

²⁴⁹⁰ C'est-à-dire n'est ni un Etat souverain, ni un empire. En tout cas, il faut l'espérer, voy. sur cette question not. Y. LEQUETTE, « De la France et de l'Europe : la nation ou l'empire ? », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, spéc. p. 411- 494.

²⁴⁹¹ Arrêt du 23 avril 1986, *Les Verts / Parlement* (294/83, Rec. 1986 p. 1339).

²⁴⁹² Résultant de sa prétention à l'universalité, cf. *supra*, n° 178 et s.

²⁴⁹³ Il est important de bien avoir conscience des conséquences qui résultent de l'existence de cette communauté sur le sens qu'il convient de donner à la « communautarité » de valeurs qui fonde la communauté. Ainsi, s'il est

postuler une conformité *a priori* de tous les ordres juridiques nationaux entre eux²⁴⁹⁴. L'objectif du droit international privé de l'Union européenne ne saurait donc être la disparition des singuliers constitués par les ordres juridiques nationaux. Bien au contraire, la conception du droit international privé doit se faire en respectant pleinement les exigences inhérentes à cette nécessaire singularité des ordres juridiques des Etats membres. Par où le droit international privé de l'Union européenne rejoint le droit international privé général. L'absence de conformité, voire de compatibilité, matérielle n'empêche en effet pas nécessairement que soit atteint l'objectif d'unité du statut familial. Si l'on parvient en effet à localiser de façon suffisamment pertinente la relation familiale par une règle de conflit de lois commune, la continuité de traitement international peut être obtenue sans que les ordres juridiques impliqués doivent renoncer à leurs conceptions matérielles. Cela permet de bien saisir le sens du concept de « communautarité ». Cette notion doit être utilisée pour construire les règles de droit international privé, mais elle ne doit pas donner d'indication ou de préférence quant au fond. En matière de solution matérielle apportée à la situation familiale internationale, il faut respecter les choix faits par l'ordre juridique désigné.

735. Le contexte politique spécifique du droit international privé de l'Union européenne n'en comporte pas moins une spécificité par rapport au droit international privé général. Là où le droit international privé général est face à une contingence irréductible de l'objectif de l'harmonie internationale des solutions, l'existence d'une communauté « conflictuelle » au sein de l'Union européenne permet de concevoir théoriquement une harmonie internationale des solutions plus aboutie. La confiance mutuelle entre ordres juridiques confère en effet une dimension particulière à l'objectif de la reconnaissance mutuelle des situations familiales, reposant sur l'idée d'une localisation commune des relations familiales et d'une acceptabilité *prima facie* des solutions des autres ordres

indéniable qu'existe une communauté matérielle autour de certaines valeurs matérielles fortes, cette matérialité commune n'épuise pas du tout les conflits, puisque s'il en était ainsi, il serait possible de procéder à une unification du droit matériel, pourtant radicalement exclue, et il ne serait par voie de conséquence plus nécessaire de construire un droit international privé commun. La communauté se place donc à un autre niveau, non celui du droit matériel, mais celui de la volonté de la coordination harmonieuse des ordres juridiques nationaux. Il ne faut pas perdre de vue que le commun est un catalyseur permettant le bon fonctionnement du droit international privé, tandis que l'universel pluriel en est et en reste le fondement. Pour le droit international privé de la famille de l'Union européenne, la volonté commune de coordination doit être la conséquence d'un projet politique commun, exprimé par le concept de citoyenneté européenne (Cf. *supra*, n° 400 et s).

²⁴⁹⁴ L'idée de communauté matérielle revient ensuite pour le fonctionnement du système de droit international privé mis en place, la « communautarité » pouvant expliquer les facilités et les limites de la circulation des situations familiales au sein de l'Union européenne (Cf. *infra*, n° 917 et s., sur l'importance de l'ordre public comme exception au fonctionnement normal du droit international privé).

juridiques²⁴⁹⁵. De cette manière, il est possible de concevoir abstraitement l'harmonie internationale des solutions, ce que le droit international privé général ne peut faire en raison de l'inévitable indétermination des systèmes de droit international privé des autres ordres juridiques concernés²⁴⁹⁶. La continuité de traitement international, autour de l'objectif de la reconnaissance des situations familiales européennes, est donc un objectif que le droit international privé de l'Union européenne doit non seulement poursuivre, mais qu'il peut également atteindre²⁴⁹⁷.

736. Le contexte de communauté inhérent à l'Union européenne permet en effet de surmonter l'écueil tenant à la diversité d'appréciation de l'intégration matérielle de la situation internationale. Les ordres juridiques liés par cette communauté peuvent s'accorder sur des règles de conflit de lois communes, ce qui réintroduit une vraie fongibilité entre les systèmes autour d'une appréciation matérielle unique, seule à même de garantir l'unité et la continuité de traitement international²⁴⁹⁸. Cette possibilité d'un droit international privé plus abouti condamne la construction d'un système qui se contenterait de règles de reconnaissance. Dans le cadre international classique, l'harmonie internationale « post-cristallisation » peut être un pis-aller acceptable face à la nécessaire incomplétude du droit international privé traditionnel. Dans le cadre d'un droit international privé commun, il n'y a cependant aucune raison de limiter les ambitions à un tel pis-aller, puisque au sein de la communauté, le droit international privé peut prétendre à la complétude, et donc à la réalisation d'une harmonie internationale à la fois « ante- » et « post-cristallisation ». Le sens de l'objectif d'unité du statut familial dans le cadre de l'Union européenne doit donc être bien compris comme la

²⁴⁹⁵ Acceptabilité qui n'est pas inconditionnée, mais qui est grandement renforcée par le recours à une méthode commune de détermination de l'intégration juridique de la situation.

²⁴⁹⁶ Puisqu'il est impossible de les connaître à l'avance, il n'est pas non plus possible de les déterminer à l'avance et d'organiser la coordination. Le renvoi est à cet égard topique : s'il peut permettre une certaine coordination, entre deux ordres juridiques retenant la même solution, il ne sera jamais possible de déterminer objectivement la loi applicable, sans savoir quel juge est concrètement saisi. Sur la question du renvoi, voy. not., parmi une bibliographie très abondante, G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, Genève, 2015.

²⁴⁹⁷ L'existence de la communauté modifie cependant profondément une des finalités du droit international privé de l'Union européenne par rapport au droit international privé traditionnel. Tandis que ce dernier est en effet nécessairement incomplet et ne peut réaliser l'unité du statut que dans toute la mesure du possible, c'est-à-dire ne peut pas la réaliser abstraitement et de façon absolue, le droit international privé d'une communauté de droit peut théoriquement atteindre une parfaite harmonie internationale des solutions, c'est-à-dire une unité du statut quelle que soit l'autorité intervenant pour consacrer la situation. Voy. sur ce point égal. le cours à l'Académie de La Haye de M. Pierre Mayer, qui insistait pour son étude du droit international privé sur l'importance du défaut de « cadre organisé » au niveau international, P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535, spéc. p. 175 et s.

nécessaire recherche d'une unité de solution, quel que soit l'ordre juridique mobilisé pour apprécier l'intégration matérielle de la situation, par le recours à un système de droit international privé prétendant à la complétude, et comprenant des règles aussi bien sur l'intégration juridictionnelle que matérielle des situations²⁴⁹⁹. Il est donc théoriquement indispensable d'avoir des règles relevant des méthodes du conflit de juridictions et du conflit de lois, dans un système articulé autour du rôle central de la règle de conflit de lois.

737. Reconnaître que la véritable pierre angulaire du système doit être la méthode du conflit de lois implique que le droit international privé européen de la famille doit se construire autour la prévalence d'un rattachement substantiel principal qui réalise la localisation objectivement la plus proche de la situation familiale. Une telle localisation objective garantit alors également que le droit international privé de la famille puisse être conçu comme un droit de la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille. Un droit international privé correctement articulé est en effet un droit international privé dans lequel l'incohérence du système ne mène pas à une concurrence entre ordres juridiques qu'il est loisible aux parties, ou à l'une d'entre elles, d'exploiter.

738. Le droit international privé européen de la famille permet alors d'aller à l'encontre d'une conception de l'Union européenne comme ordre juridique créateur de toujours plus de droits individuels, mais jamais de devoirs dont la raison d'être est de respecter et de réaffirmer les liens sociaux. Cette idée de l'Union européenne vecteur d'un individualisme exacerbé, qui peut s'appuyer sur des arguments forts solides, crée en effet une tension avec un élément qui nous semble conceptuellement lié à la notion même de droit de la famille, puisque celui-ci ne se conçoit que comme un droit organisant des devoirs à l'égard d'autrui, ou alors ne mérite plus le terme de « droit de la famille »²⁵⁰⁰. Comprendre le droit européen en matière familiale implique dès lors de savoir si ce droit est effectivement un droit exclusivement créateur de droits individuels ou si ce droit n'est pas, au moins également, un droit organisant les devoirs des membres de la famille à l'égard des autres. Traditionnellement le droit européen est perçu comme renforçant la logique individualiste qui caractérise le droit

²⁴⁹⁸ La communauté émerge alors comme une condition fondamentale non pas de l'existence du droit international privé, mais de la possibilité pour celui-ci de réaliser l'harmonie internationale des solutions, et, dans le contexte de l'Union européenne, de réaliser l'unité du statut familial

²⁴⁹⁹ A défaut, c'est l'idée de communauté qui est directement remise en cause, puisque l'on contesterait la fongibilité des ordres juridiques entre eux et l'identité de solution indifféremment du juge saisi. Par où l'on voit aussi que l'objectif d'unité de statut ne saurait alors être atteint.

²⁵⁰⁰ Cf. *supra*, n° 223 et s.

contemporain. L'émergence d'un droit international privé de la famille articulant pleinement conflit de lois et conflit de juridictions permet cependant de proposer une analyse contraire. Ne pourrait-on pas voir en effet dans le droit international privé européen de la famille un droit qui a pour vocation première d'organiser la responsabilité des personnes à l'égard des autres membres de la famille²⁵⁰¹ ? La responsabilité implique surtout l'absence de potestativité, c'est-à-dire l'absence de la possibilité de se défaire unilatéralement de ces obligations sans qu'il y ait une sanction effective du non-respect des engagements préalablement assumés²⁵⁰². Et l'on constate alors que presque tous les règlements de l'Union européenne répondent au souci d'assurer l'effectivité de la responsabilité familiale bien plus que celui de permettre l'exacerbation de la volonté individuelle²⁵⁰³. Et ces règlements le font aussi et surtout parce qu'ils garantissent l'unité du statut familial, et donc l'unité des devoirs familiaux qui l'accompagnent, à travers des mécanismes de conflit de lois et de conflit de juridictions qui visent à n'avoir qu'une seule intégration matérielle pour l'ensemble de l'Union européenne.

739. Mais en réalité, les instruments européens ont même vocation à dépasser cette seule désignation d'une localisation unique pour l'ensemble de l'Union européenne. Le contexte particulier du droit international privé de l'Union européenne lui permet en effet d'aller au-delà de ce qu'un droit international privé national saurait atteindre, en assurant pleinement et internationalement l'effectivité de cette intégration matérielle unique. Le droit international privé de l'Union européenne peut inscrire la méthode du conflit de lois dans un système d'ensemble et cohérent, en prévoyant une multitude de mécanismes de droit international privé qui soutiennent cette intégration matérielle unique pour l'ensemble de l'Union européenne²⁵⁰⁴.

²⁵⁰¹ Pour vérifier cette hypothèse de départ, il faudrait s'accorder sur ce que signifie cette notion de responsabilité à l'égard des autres membres de la famille. La question semble cependant trop vaste pour notre présente étude. Nous la réduirions donc ici à l'idée de devoir familial, qui implique l'obligation de se comporter d'une certaine façon à l'égard des autres membres de la famille sous peine de sanction. Voy. sur cette question R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

²⁵⁰² Voy. not. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux : réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012. L'idée de responsabilité rejaillit également dans la façon d'exercer ces obligations ou les possibilités unilatérales de s'en défaire.

²⁵⁰³ A l'exception notable du règlement Bruxelles II *bis* au sujet de la désunion du couple. Nous reviendrons sur ce point en procédant à une analyse plus approfondie des textes européens, cf. *infra*, n° 793 et s.

²⁵⁰⁴ Et donc, s'agissant d'une relation intra-européenne, dans tous les ordres juridiques auxquels la situation s'intègre juridictionnellement, ce qui permet alors de garantir parfaitement l'harmonie internationale des solutions.

II Le rôle fondamental du conflit de lois dans la conception des méthodes relevant du conflit de juridictions

740. La conscience du rôle central du conflit de lois dans le règlement d'un litige familial international rend d'autant plus nécessaire de se poser la question de l'articulation des méthodes du droit international privé. La désignation d'une loi applicable doit en effet aller de pair avec des mécanismes garantissant l'effectivité des droits et devoirs familiaux consacrés pour l'ensemble de l'Union européenne par une règle de conflit de lois unique. Il faut ainsi prendre conscience des liens entre les diverses méthodes de droit international privé²⁵⁰⁵. Une première illustration de ces liens réside dans l'influence capitale de la compétence juridictionnelle sur la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. L'effectivité d'une situation juridique requiert que cette situation soit mise en œuvre de la même manière par tous les ordres juridiques concernés et qu'il ne soit pas possible de contourner l'application de la loi normalement applicable par la mobilisation d'une compétence internationale concurrente. Ainsi, techniquement les trois composantes forment toujours un processus d'ensemble, qui emprunte nécessairement au moins à deux d'entre elles, mais dans le cadre duquel l'intégration matérielle réalisée par la règle de conflit de lois est toujours à prendre en considération²⁵⁰⁶. Le conflit de lois continue ainsi à jouer un rôle central, que ce soit dans la

²⁵⁰⁵ Voy. sur ce point not. déjà J. D. Gonzalez Campos, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI, 1977, III, t. 156, p. 229-374, spécialement p. 266-290. Les trois grandes composantes méthodologiques du système traditionnel de droit international privé restent ainsi en étroite interdépendance. Ainsi, au stade de la reconnaissance d'une décision étrangère, le contrôle des principes relatifs à la compétence juridictionnelle posés par l'ordre juridique de réception est primordial, en remplissant un rôle proche du contrôle des principes relatifs à la règle de conflit de lois, qui a traditionnellement joué en France un rôle tout aussi important. A côté du contrôle de la condition relative à la compétence internationale indirecte (voy. l'arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007, précité) subsiste le contrôle de la conformité aux considérations substantielles, à travers les conditions de conformité à l'ordre public et d'absence de fraude, dans le cadre de l'appréciation desquelles des considérations de conflit de lois peuvent se réintroduire.

²⁵⁰⁶ Au stade de l'instance directe, la réponse apportée à la question de la compétence juridictionnelle conditionne directement la mise en cause du système de conflit de lois du for, lequel peut également avoir une influence sur la compétence juridictionnelle, puisque l'application au fond de la *lex fori* est susceptible de justifier la compétence du juge. Tout comme, le rattachement retenu pour la règle conflit de lois fonde pratiquement toujours également la compétence juridictionnelle du juge dont la loi sera applicable. Au stade de l'instance indirecte, le contrôle de la compétence internationale indirecte et le contrôle de la loi appliquée, remplacé aujourd'hui semble-t-il par un contrôle renforcé de l'ordre public montrent également ces liens systémiques (Voy. not. P. Mayer et Voy. Heuzé, qui relèvent que « l'on rencontre souvent [en doctrine] l'affirmation que la disparition d'un chef de contrôle doit s'accompagner du renforcement d'un autre, afin que la force globale [des] défenses reste constante », in : *Droit international privé*, précité, p. 270. La suppression du contrôle de la conformité conflictuelle pourrait donc très bien s'accompagner d'un renforcement du contrôle de la conformité à l'ordre public, la jurisprudence française récente, notamment en matière de répudiation, semblant confirmer une telle analyse). Même le contrôle de la conformité à l'ordre public, plus fort selon le degré de rattachement avec l'ordre juridique français – moyennement fort si la situation répondait à un chef de compétence justifiant la compétence d'un juge français, très fort si la loi applicable au fond eût été la loi française (Voy. également la jurisprudence en matière de répudiation, notamment l'arrêt *Rohbi* du 3 novembre

conception de la compétence internationale, dont l'objectif doit être de garantir l'effectivité de la règle de conflit de lois (A), ou dans la mise en œuvre d'un principe de reconnaissance qui résulte d'une communauté entre ordres juridiques et dont un prolongement nécessaire est un approfondissement de la méthode du conflit de lois (B).

A Le besoin de garantir l'effectivité de la règle de conflit de lois par les règles de compétence internationale

741. La question de l'importance de la règle de conflit de lois au regard de la compétence internationale soulève en réalité celle du rôle du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Il faut alors constater qu'il y a une grande différence entre le conflit de lois et le conflit de juridictions dans l'importance reconnue au rôle du juge dans le cadre de la mise en œuvre de la règle. La compétence juridictionnelle traduit en effet très fortement l'idée d'un contrôle social marqué, opéré par le juge, qui doit examiner la légitimité de la situation dont on demande la consécration et la mise en œuvre²⁵⁰⁷. Cet aspect constitue un important point commun entre la compétence internationale dans l'instance directe et dans l'instance indirecte. Dans les deux types d'instances, l'intervention du juge est ainsi nécessaire afin d'éviter que des situations radicalement injustes par rapport aux valeurs de la société du for deviennent exécutoires dans l'ordre juridique du for²⁵⁰⁸.

1983 et la série d'arrêts du 17 février 2004, précités) – reste influencé par ces liens. Une méthode interagit ainsi toujours avec une ou plusieurs des autres méthodes. L'explication de ces liens est certainement à rechercher dans l'unité d'objet et d'objectifs de ces règles, qui visent toujours à apporter une réponse satisfaisante à une situation internationale (Voy. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, précité, n° 12, p. 9 et s.). Et la conséquence logique en est que chaque méthode doit s'articuler harmonieusement avec les autres, à défaut de quoi le système général perd sa cohérence.

²⁵⁰⁷ Ce qui implique notamment l'exécution, qui continue toujours de relever des prérogatives de chaque droit national, comme en témoignent les stipulations récurrentes dans les règlements européens et les conventions internationales.

²⁵⁰⁸ L'intérêt particulier que portent la plupart des ordres juridiques nationaux au résultat matériel finalement obtenu, lorsque la cohésion de leur ordre juridique interne est en jeu, produit ses effets sur l'ensemble des composantes du droit international privé, pour leur imposer la poursuite d'objectifs particuliers qui permettront d'atteindre le respect de la conception matérielle essentielle. L'on ouvre ainsi largement les chefs de compétence juridictionnelle internationale, ce qui permettra aux personnes concernées, ou à l'une d'entre elles, d'accéder facilement au juge, et ceci pour que le juge puisse faire prévaloir les concepts matériels du for. Car en même temps les règles de conflit de lois sont tournées de façon à obtenir un certain résultat final, matériellement suffisamment proche des conceptions du for, dans le plus grand nombre d'hypothèses. La volonté actuelle de favoriser un certain résultat matériel, tel le divorce, l'octroi d'une pension alimentaire ou le respect de la volonté du défunt, peut ainsi se traduire par l'application systématique de la *lex fori*, une règle de conflit à caractère unilatéral favorisant l'application de la loi du for ou de la loi permettant d'atteindre l'objectif recherché (comme la possibilité de choisir en tout état de cause la loi du juge saisi), la possibilité d'engager une nouvelle procédure si la première n'a pu permettre d'atteindre de façon satisfaisante le résultat recherché (tels le mécanisme relatif à l'autorité de chose jugée dans le règlement Bruxelles II *bis* et le mécanisme relatif aux limites à la procédure

742. Cette intervention nécessairement active du juge constitue une différence importante avec la détermination de la loi applicable. La règle de conflit de lois doit surtout déterminer quel est l'intérêt privé qui doit l'emporter. Cette appréciation de l'intérêt privé qui doit prévaloir est distincte de l'appréciation de l'intérêt public qui consiste à ne pas voir certains principes essentiels remis en cause. Dans un litige n'intéressant pas de tels principes essentiels, l'intérêt public commande alors de prendre conscience de la relativité du droit interne. La justice sociale réside surtout dans le respect d'un certain idéal d'ordre et de stabilité. Cet ordre ne doit être remis en cause que s'il y a des raisons suffisamment fortes²⁵⁰⁹. Pour le droit international privé, la règle de conflit de loi désigne la loi applicable qui détermine quel intérêt privé doit prévaloir, et l'ordre juridique du for accepte en principe ce jugement de valeur même s'il diffère de son droit interne. La règle de conflit de lois assure en effet une meilleure stabilité de la situation internationale et garantit ainsi la conformité à la justice sociale, qui repose aussi sur le respect d'une certaine stabilité. Il ne faut pas oublier en effet qu'« il n'est pas de bonne justice sans prévisibilité des solutions »²⁵¹⁰. Cette stabilité est le résultat d'une application quasi-mécanique de la loi désignée par la règle de conflit, ce qui assure la plus grande prévisibilité de la solution, en faisant l'impasse sur l'intervention active du juge pour déterminer la teneur des droits et obligations des parties. Le contenu de la situation internationale doit pouvoir être déduit de la loi applicable, et le rôle – passif – du juge est alors cantonné à celui consistant à garantir l'effectivité de la situation internationale. Ce rôle auxiliaire de la compétence juridictionnelle va de pair avec le rôle fondamental de l'intervention du juge dans l'intégration concrète de la situation internationale dans l'ordre juridique interne. C'est l'intervention du juge qui permet à la règle de conflit de lois de

dans le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires), des possibilités de choix de loi favorisant la réalisation de l'objectif (pour les successions et le divorce notamment) ou encore la reconnaissance de droits fondamentaux ou d'un ordre public « de proximité » (toutes ces solutions aboutissant d'ailleurs en pratique à des résultats forts comparables) assurant l'application des concepts du for aux personnes s'y rattachant de façon suffisante (ce qui sera souvent le cas si la compétence juridictionnelle est fondée sur un autre critère que celui reposant sur la seule volonté des époux). Quant aux règles de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, elles sont souvent libérales à l'égard des décisions conformes aux concepts matériels de l'ordre de réception, même au détriment des préoccupations conflictuelles et procédurales (Voy. not. l'assouplissement de la jurisprudence française sur le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger (par l'arrêt *Cornelissen*, du 20 février 2007, précité) et, dans une moindre mesure, le contrôle de la compétence indirecte (notamment par l'arrêt *Simitch*, du 6 février 1985, précité)), et restrictives à l'égard des décisions contraires, à travers le contrôle de la conformité à l'ordre public de fond, et ce même si les préoccupations conflictuelles et procédurales sont respectées (Voy. par exemple la jurisprudence française en matière de répudiation, notamment l'arrêt *Rohbi* du 3 novembre 1983 et la série d'arrêts du 17 février 2004, ainsi que l'évolution « en dents de scie » entre ces deux dates, in : B. Ancel et Y. Lequette, *GADIP*, 5^e édition, n° 63-64, p. 574-593).

²⁵⁰⁹ Les concepts de prescription ou d'intérêt à agir illustrent bien que la perturbation de la situation actuelle doit être justifiée et ne pas aller à l'encontre d'un ordre trop bien établi.

²⁵¹⁰ Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, coll. RCADI, Leyde, 1994, spéc. p. 127, formule que l'auteur fait remonter au doyen Batiffol.

remplir sa « fonction médiatrice »²⁵¹¹, notamment en veillant à ce que l'application de la loi étrangère ne remette pas en cause la cohésion de l'ordre interne et en adaptant au besoin la norme ou la décision étrangère au droit interne²⁵¹². L'intégration et l'adaptation de la norme étrangère garantissent ainsi l'effectivité de la règle de conflit qui désigne un droit étranger.

743. Evidemment, si l'application de la loi normalement applicable est contraire à un principe fondamental de l'ordre juridique du for, l'application de cette loi doit être écartée. Mais l'appréciation de cette contrariété doit se faire par un juge, ce qui implique donc une intervention beaucoup plus active de la part du juge, qui détermine alors bel et bien la teneur exacte de la situation internationale. Cela est particulièrement vrai s'agissant de notions variables laissées volontairement floues, tels les concepts d'ordre public ou d'intérêt supérieur de l'enfant. L'utilité de ces concepts est justement d'introduire un contrôle actif de la part du juge, ce qui suppose donc que le juge intervienne. Ces concepts reposent donc sur les techniques de conflit de juridictions. Par où l'on voit que le conflit de juridictions consiste à garantir non seulement l'effectivité de la situation internationale, mais aussi et surtout l'effectivité du contrôle public exercé par le juge. Celui-ci doit ainsi veiller au respect de la conformité à des principes de justice fondamentaux posés par l'ordre juridique du for en vue de permettre ensuite l'exécution effective de la décision statuant sur la situation internationale. Ce n'est qu'après une telle intervention active du juge que l'ordre juridique peut accepter la mise en œuvre des moyens coercitifs de l'Etat. L'idée d'intérêt public sous-tend donc l'ensemble du conflit de juridictions, tandis que le conflit de lois consiste à déterminer la solution la plus juste du point de vue des intérêts privés en cause, ce qui participe évidemment à l'intérêt public mais ne saurait s'identifier à lui²⁵¹³. On comprend dès lors pourquoi en droit international privé, « l'objectif de coïncidence des compétences judiciaire et législative est souvent sacrifié afin d'instituer une concurrence de compétences judiciaires »²⁵¹⁴. Pour le conflit de lois, un Etat peut en effet soumettre l'appréciation de la teneur exacte de la situation internationale à un autre ordre juridique, si la justice et ce qu'elle

²⁵¹¹ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *GADIP*, 5^e éd. spéc. p. 250.

²⁵¹² Cette adaptation est particulièrement nette au sujet de l'exécution des décisions étrangères, puisque celles-ci sont généralement assimilées à des décisions internes d'effet comparable. L'intégration se fait également en procédant à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois en opérant une qualification *lege fori*.

²⁵¹³ Sur le débat des intérêts défendus par le droit international privé, voy. not. Y. LEQUETTE, *De la « proximité » au « fait accompli »*, préc., note 2525 ; et les références à Batiffol, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 1993, spéc. p. n° 266 ; et M. Mayer, P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535, spéc. p. 175 et s.

²⁵¹⁴ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, préc., note 2531, spéc. p. 358.

comporte notamment en termes de stabilité, d'ordre et de prévisibilité, le commandent. Le rôle du juge peut alors rester, pour le conflit de lois, plus ou moins passif et auxiliaire. Mais le renoncement au système de valeurs privées telles que concrétisées par le droit civil du for ne peut emporter renoncement à la nécessité du contrôle public de la situation internationale dont l'intégration juridictionnelle est demandée.

744. On voit ainsi clairement une différence fondamentale entre conflit de lois et conflit de juridictions, en ce que le rôle du juge et la place du contrôle social ne sont pas les mêmes dans le conflit de lois et le conflit de juridictions. Mais l'on voit aussi clairement l'interdépendance entre ces deux méthodes, puisque l'effectivité du conflit de lois nécessite que le conflit de juridictions se mette à son service pour que la solution résultant de l'application de la loi désignée puisse être juridictionnellement reconnue et devenir exécutoire, tandis que la réalisation des objectifs poursuivis par le conflit de juridictions, c'est-à-dire la justice sociale, implique aussi de respecter les idées de stabilité et de prévisibilité qui dans un contexte international ne peuvent être atteintes qu'au moyen de règles de conflit de lois. L'importance du conflit de lois parmi les méthodes du droit international privé est ainsi primordiale vis-à-vis des règles de compétence internationale. Elle se vérifie également face aux règles relatives à la reconnaissance internationale des décisions.

B La nécessité de revaloriser la règle de conflit de lois face à l'exigence de reconnaissance

745. L'Union européenne²⁵¹⁵ a érigé le principe de reconnaissance en un de ses principaux *leitmotive* au point d'en faire, depuis le Conseil de Tampere, « la pierre angulaire » de la coopération judiciaire en matière civile²⁵¹⁶. Nous avons déjà vu que l'exigence de reconnaissance ne permettait que l'élaboration d'une méthode imparfaite qui ne saurait répondre aux défis du droit de la famille de l'Union européenne. Il est au contraire nécessaire de faire du conflit de lois la véritable « pierre angulaire » du droit international privé européen de la famille. Cette nécessité ressort également des conséquences de la problématique de la reconnaissance sur le concept d'intégration juridique d'une situation. S'il est aisé de

²⁵¹⁵ Comme d'autres ordres juridiques communs, tels notamment les Etats-Unis.

²⁵¹⁶ Voy. not. le point 33 du Programme de Tampere (cf. *supra*, n° 331 et s). Voy. égal. le programme de La Haye, in : Note du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne aux délégations, précité, point 3.3.1., p. 29.

s'accorder sur l'objectif de la reconnaissance, il est en effet bien moins facile de s'accorder sur les moyens d'y parvenir. La reconnaissance implique en effet, comme nous l'avons vu, un affinement de la notion d'intégration juridique de la situation²⁵¹⁷. Or, le conflit de lois construit sur le modèle d'une règle de conflit bilatérale « savignienne » a pris une place hypertrophiée dans la doctrine, en ce que l'ordre juridique du for posait l'exclusivité de sa règle de conflit, sur le fondement d'une supposée communauté de droit avec les ordres juridiques étrangers²⁵¹⁸. L'absence de communauté, et partant de fongibilité des solutions quant à l'appréciation de l'intégration matérielle de la situation, s'oppose alors *a priori* à ce que le droit international privé réalise ses objectifs de façon harmonieuse²⁵¹⁹. Néanmoins, comme il n'y a pas de communauté, et donc pas de jugement de valeur partagé sur la détermination de la loi applicable, les ordres juridiques doivent être capable de concevoir la relativité de leur droit international privé, et notamment de leurs règles de compétence internationale directe et règles de conflit de lois, quand cela est nécessaire à la réalisation des objectifs de leur droit international privé²⁵²⁰. Il s'agit d'un état de fait : face à une société internationale insuffisamment organisée, la prétention à l'universalité de l'ordre juridique du

²⁵¹⁷ Il faut ainsi faire une distinction entre l'intégration juridictionnelle indirecte, c'est-à-dire la vocation de l'ordre juridique étranger à faire intervenir, par l'instance directe, ses règles de conflit « attributives », et à faire intervenir ses organes en vue de la constitution ou la cristallisation d'une situation, et l'intégration juridictionnelle directe de l'ordre juridique de réception, qui correspond, dans l'instance indirecte, à la vocation de l'ordre juridique de réception à reconnaître une situation cristallisée à l'étranger. Sauf que la solution à apporter à la relation familiale internationale n'implique pas seulement que soit opérée l'intégration juridictionnelle de la situation, mais également que soit opérée l'intégration matérielle, de façon à s'assurer que la situation reçoive la réponse juridiquement la plus adaptée, c'est-à-dire la plus juste.

²⁵¹⁸ Il peut paraître étonnant que la règle qui doit permettre la conception non-exclusive de l'ordre juridique du for ait été elle-même conçue de façon exclusive. L'explication réside sans doute dans le fait que le droit international privé s'est construit sur l'idée d'une communauté qui implique une fongibilité entre les systèmes : quel que soit le juge saisi, la solution serait toujours la même (voy. sur ce point *supra*). La théorie du juge naturel va dans le même sens. En prévoyant qu'un seul juge est compétent, sur la base d'une théorie supposée être communément partagée par tous les ordres juridiques, on évite évidemment tout conflit de situations, puisque si un seul ordre juridique est directement internationalement compétent, il ne peut y avoir divergence dans l'appréciation de l'intégration matérielle de la situation (sur la théorie du juge naturel, voy. not. H. GAUDEMET-TALLON, *Recherches sur les origines de l'article 14 du code civil : contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, PUF, Paris, 1964 ; et H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable » juge naturel », dans *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, Paris, 1999, spéc. p. 591- 612).

²⁵¹⁹ Il est d'ailleurs étonnant qu'il ait fallu attendre si longtemps pour que les dernières survivances de l'idée de l'exclusivité de la règle de conflit du for (contrôle de la loi appliquée) et de la théorie du juge naturel (privilèges de juridictions) aient été abandonnées en France.

²⁵²⁰ Donc notamment lorsqu'est en cause la reconnaissance d'une situation ou décision déjà valablement constituée à l'étranger. Cela signifie aussi que l'harmonie internationale des solutions absolue et abstraite, c'est-à-dire antérieure à la cristallisation de la situation, n'est pas possible. Il faut alors d'autant plus veiller à ce que cette harmonie puisse être réalisée une fois la situation cristallisée, ce qui souligne l'importance de la règle de conflit « réceptive » dans la terminologie de M. Andreas Bucher, ou des « règles de reconnaissance » dans la terminologie de Hart (H.-L.-A. Hart, *Le concept de droit* (traduction en langue française de *The Concept of Law*, Oxford, 1961, par M. van de Kerchove), Bruxelles, 1976, pp. 119 et s.), que reprend notamment Pierre Mayer (P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 15, spéc. p. 201).

for implique l'acceptation de la relativité des solutions matérielles et conflictuelles de celui-ci lorsque des considérations de justice de droit international privé le commandent²⁵²¹.

746. Cela emporte une conséquence très importante sur le choix des moyens utilisés pour articuler les méthodes du droit international privé. Pour raisonner en utilisant le concept clé de la « cristallisation »²⁵²², l'harmonie internationale « ante-cristallisation » n'est pas possible sans communauté, et la coordination relèvera en grande partie des personnes concernées et du choix de cristalliser ou non, et où, la situation. Cela n'empêche évidemment pas l'existence d'un droit international privé, mais il s'agit d'un droit international privé nécessairement incomplet et inabouti, en ce sens qu'il ne peut jamais atteindre parfaitement l'objectif de l'harmonie internationale des solutions, puisque l'appréciation de l'intégration matérielle de la situation sera nécessairement potentiellement multiple. Il faut avoir conscience de cette « nécessité [...] de se résigner au défaut d'harmonie abstraite des systèmes juridiques des Etats »²⁵²³. Il est dès lors impossible de vouloir assurer l'harmonie internationale des solutions uniquement par les règles de conflit utilisées au stade de l'instance directe. Ces règles de conflit « attributives »²⁵²⁴ peuvent certes être conçues de façon à favoriser la circulation internationale de la décision rendue, notamment à travers des techniques telles que le renvoi ou l'application des lois de police étrangères. Mais on ne peut jamais être certain de ce que les autres ordres juridiques étrangers concernés retiennent la même intégration matérielle que celle opérée par la règle de conflit « attributive » de l'ordre juridique du for. L'absence de communauté fait même de cette impossibilité un des présupposés du droit international privé contemporain. La coordination doit dès lors être recherchée de façon d'autant plus rigoureuse au stade de l'instance indirecte. Les conflits de conception étant irréductibles au stade de l'instance directe, l'objectif d'harmonie internationale des solutions commande de donner un poids accru aux règles de reconnaissance, y compris dans leur dimension influençant l'intégration matérielle de la situation, et donc d'insister sur le rôle coordinateur des règles de reconnaissance.

²⁵²¹ L'harmonie internationale des solutions ne peut cependant pas être réalisée de façon absolue, elle peut simplement être recherchée et la discontinuité de traitement international atténuée. La méthode de la reconnaissance est certainement un très bon outil en vue de la réalisation de ces fins.

²⁵²² Proposé par P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535, spéc. p. 345 et s.

²⁵²³ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, préc., note 2531, spéc. p. 408.

²⁵²⁴ A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620, spéc. p. 105 et s.

747. La nécessité de respecter l'importance cardinale de la règle de conflit de lois est particulièrement bien mise en exergue par les spécificités de la reconnaissance d'une situation familiale étrangère. Cette reconnaissance implique en effet une indéniable dimension matérielle. L'idée justifiant le libéralisme dans la reconnaissance est en effet celle que la solution matériellement la plus juste, pour éviter aux personnes concernées la discontinuité de traitement résultant de la non-reconnaissance, consiste à transposer dans l'ordre juridique de réception la solution retenue dans l'ordre juridique de création. Autrement dit, l'ordre juridique de réception considère que la meilleure intégration matérielle de la situation familiale internationale déjà cristallisée à l'étranger est celle opérée par l'ordre juridique étranger de création, ou, pour être plus exact, que la situation doit être considérée comme matériellement intégrée à l'ordre juridique de création²⁵²⁵. Dès lors, toute règle qui doit avoir pour prolongement la reconnaissance doit être construite autour d'une réflexion sur cette intégration matérielle²⁵²⁶. Le droit international privé européen de la famille ne peut dès lors se construire sans règles communes concernant l'intégration matérielle²⁵²⁷. Autrement dit, il ne peut se construire sans recourir à des règles de conflit de lois procédant à la localisation objective des situations familiales à reconnaître. Le droit international privé européen de la famille doit ainsi être conçu autour de règles de conflit déterminant directement l'intégration matérielle de la situation familiale.

748. Ces considérations théoriques se confirment de façon concrète au niveau de l'Union européenne. L'incohérence résultant de la désarticulation des méthodes de droit international privé est visible, notamment face au droit international privé de la désunion du couple²⁵²⁸. La prépondérance accordée au sein du système européen de désunion du couple au

²⁵²⁵ Puisqu'il s'agit, sauf exception, de la reconnaissance d'une norme étrangère, laquelle a nécessairement porté un jugement de valeur matériel sur la situation. La matérialité des chefs de compétence qui expriment l'intégration juridictionnelle va également dans ce sens, puisque la reconnaissance est subordonnée au respect de la compétence internationale indirecte, c'est-à-dire au fait que l'ordre juridique qui apporte le jugement de valeur matériel était un ordre juridique présentant, du point de vue de l'ordre juridique de réception, une légitimité suffisante pour intervenir.

²⁵²⁶ D'autant plus indispensable que la reconnaissance implique par définition un jugement de valeur sur l'intégration matérielle.

²⁵²⁷ La cohérence du système commande alors que ces règles communes concernent non seulement l'instance indirecte, mais également l'instance directe.

²⁵²⁸ Le système du règlement Bruxelles II *bis* met un accent particulier sur la reconnaissance et l'exécution des décisions, à travers le principe de la reconnaissance mutuelle, tout en tenant compte de la compétence juridictionnelle, autre preuve des liens existants entre les méthodes. Mais il néglige totalement le conflit de lois. Il en résulte un système « boiteux », dont les défauts ont déjà été relevés (cf. *supra*, n° 717 et s.). Ces défauts ne sont guère surprenants, car en modifiant profondément certains rouages du système, sans tenir compte des autres composantes de celui-ci, le système entier se trouve bouleversé et déséquilibré (Piège dans lequel législateur

principe de reconnaissance mutuelle marginalise en effet totalement la méthode du conflit de lois, provoquant ainsi une désarticulation profonde du système de droit international privé, qui pour pouvoir s'épanouir pleinement, dépend de la mise en œuvre efficace de chacune de ces méthodes constitutives²⁵²⁹. Les autres règlements procèdent heureusement à une meilleure articulation entre règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions²⁵³⁰. On constate ainsi qu'après avoir « désarticulé » le système, l'Union européenne cherche désormais à le « réarticuler ». Ce n'est en effet qu'en élaborant un système respectueux des trois méthodes principales de résolution des difficultés nées de l'internationalité de la décision que l'on obtiendra un système de droit international privé cohérent, efficace, et permettant *in fine* d'atteindre de réaliser de façon satisfaisante les objectifs de la justice privée internationale. Cela nous ramène à la constatation que si compétence est donnée à l'Union européenne pour modifier une composante du système et faire évoluer ainsi techniquement le système dans son ensemble, elle doit, au vu des liens non seulement fonctionnels, mais également méthodiques, entre conflit de lois et conflit de juridictions, pouvoir prendre des mesures concernant les autres domaines du droit international privé²⁵³¹. Et l'action à venir doit respecter le rôle et l'importance de chaque méthode, et donc surtout revaloriser celui et celle de la méthode du conflit de lois, négligée en l'état actuel du droit de l'Union européenne²⁵³².

749. Les éléments ainsi dégagés autour de l'articulation des méthodes du droit international privé contribuent à esquisser à quoi doit idéalement correspondre le droit international privé européen de la famille qui est en train de se construire. Afin d'atteindre le

européen est, à l'évidence, tombé, voy. B. Ancel et H. Muir Watt, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis*, précité, spécialement p. 571-576).

²⁵²⁹ Le législateur de l'Union européenne a pris conscience de cette nécessité d'articulation par la multiplication de ses interventions en droit international privé de la famille de l'Union européenne, même s'il est évidemment regrettable que, en matière de désunion du couple, le règlement Rome III soit resté très en deçà de ce qui est nécessaire pour répondre aux défauts du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁵³⁰ Même s'il y a à l'heure actuelle encore une réelle nécessité de restaurer la cohérence du droit international privé de la famille dans l'Union européenne, mise à mal par l'action précipitée des instances de l'Union européenne et la prépondérance accordée au principe de reconnaissance mutuelle, que ce soit par les insuffisances des règlements, les insuffisances de la jurisprudence de la Cour, ou les lacunes, bien trop importantes, du droit de l'Union européenne. Les domaines du droit international privé de la famille dans lesquels les systèmes mis en place conviennent, il y en a, restent bien trop rares (cf. *infra*, n° 793 et s. pour une analyse plus approfondie).

²⁵³¹ A défaut de quoi la cohérence du système ne saurait être que le fruit du hasard.

²⁵³² Cette nécessité d'adopter des règles de conflit de lois en matière de droit international privé de la famille de l'Union européenne est lourde de conséquences, susceptibles d'ailleurs d'influer sur la légalité du règlement Bruxelles II *bis* (puisque celui-ci est peu conforme à un objectif qui résulte directement des traités). L'adoption de telles règles serait l'aboutissement de la création d'un ordre juridique européen de droit international privé très complet dont l'influence sur les droits nationaux serait plus que considérable. Cette adoption est cependant justifiée en raison des avantages que procure la méthode de l'articulation efficace du conflit de lois et du conflit

double objectif de la consécration d'un statut familial unique et de respect des ordres juridiques nationaux, un droit international privé de la famille formulé de manière respectueuse des idées de neutralité et de coordination est nécessaire. Cela suppose notamment de redécouvrir la pertinence de l'idée selon laquelle « l'indépendance du conflit de lois par rapport au conflit de juridictions doit être affirmée avec force et l'accent mis sur l'importance de ce dernier »²⁵³³. Il convient ainsi de redonner une place centrale à la méthode du conflit de lois, nécessaire à côté de celles du conflit de juridictions, au sein du droit européen de la famille. Cette « conquête » devrait passer par l'élaboration de règles de conflit de lois parfaitement neutres, partagées par l'ensemble des Etats membres, et coordonnant efficacement les différents ordres juridiques nationaux entre eux. Il faudrait ainsi trouver les règles de rattachement opérant la meilleure localisation, au sens de la détermination de l'intégration juridique, juridictionnelle et matérielle, des situations familiales, de façon à conférer la compétence aux juridictions réellement intéressées par la situation et à *rendre applicable la loi de l'ordre juridique qui a la plus forte vocation à appliquer ses conceptions matérielles au rapport familial considéré*. L'objectif doit être de faire en sorte que « le conflit de situations juridiques est non seulement résolu mais bien prévenu »²⁵³⁴. Ce n'est qu'à travers la détermination de l'ordre juridique qui est objectivement et abstraitement le plus proche de la situation familiale que le droit international privé européen de la famille peut atteindre ses objectifs. Car si ce système est construit de façon à ce que trouvent à s'appliquer les lois de l'ordre juridique, non pas objectivement le plus proche, mais dont les lois correspondent concrètement aux désirs des personnes concernées, le droit international privé dérive clairement de la proximité vers la logique du fait accompli²⁵³⁵. Le paradigme fondateur du droit international privé européen de la famille ne doit donc pas être celui de la reconnaissance, mais celui de la règle de conflit « classique », c'est-à-dire celui d'une règle de conflit qui détermine l'ordre juridique qui a objectivement la plus forte vocation à l'application de ses lois²⁵³⁶. La méthode articulant efficacement les règles du conflit de lois et

de juridictions, et dont bénéficieront aussi bien les ordres juridiques nationaux, que celui de l'Union européenne, et surtout les personnes privées impliquées dans une relation familiale internationale.

²⁵³³ Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976, spécialement p. 151.

²⁵³⁴ Gian Paolo Romano, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux in La reconnaissance des situations en droit international privé », *Préc.*, note 2066, p. 185 à 216, spécialement p. 216.

²⁵³⁵ Y. LEQUETTE, *De la « proximité » au « fait accompli »*, *préc.*, note 2525.

²⁵³⁶ Ce qui n'exclut pas une prise en considération de la volonté des parties, mais exclut bel et bien que cette volonté soit l'élément déterminant, au détriment de considérations objectives de localisation du rapport de droit ; voy sur ces points, *infra*. Par ailleurs, il est alors opportun d'encadrer les règles de compétence juridictionnelle de façon à favoriser la compétence des juridictions les mieux placées pour statuer. Enfin, il conviendrait de limiter toutes les techniques, et notamment l'exception d'ordre public, qui risquent de s'opposer à la réalisation

du conflit de juridictions présente en effet d'indéniables avantages, qui justifient d'en faire la méthode constituant le fondement du droit de la famille de l'Union européenne. Ces avantages se vérifient également lorsque l'on analyse concrètement les avantages de l'articulation du conflit de lois et du conflit de juridictions face au besoin de trouver des solutions aux problèmes qui résultent du contexte de libre circulation inhérent à l'Union européenne.

Section 2 Une réponse appropriée aux enjeux de la libre circulation au sein de l'Union européenne

750. Il y a dans l'actuel droit international privé européen de la famille des exemples saisissants des incohérences auxquelles conduit un système faisant l'impasse sur la méthode du conflit de lois. Le droit international privé européen de la désunion du couple illustre ainsi particulièrement bien un tel schéma, et nous montre également tous les effets négatifs qu'entraîne une faveur à certains éléments du système de droit international privé, en l'occurrence le conflit de juridictions, au détriment des autres, c'est-à-dire le conflit de lois. Le système mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* permet ainsi aux époux lorsqu'ils sont d'accord, mais également à l'un seulement d'entre eux, de faire jouer la multiplicité des ordres juridiques européens afin d'obtenir un divorce là où l'ordre juridique normalement compétent ne le permettrait pas. Une approche ne tenant pas suffisamment compte de l'importance des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions mène ainsi à un système de concurrence entre ordres juridiques, synonyme de délitement des devoirs familiaux attachés au mariage, alors même que l'objectif d'unité du statut familial devait justement éviter une telle fragilisation des relations familiales européennes. L'absence d'un véritable droit international privé commun favorise en effet un certain nombre de phénomènes, tels le *forum shopping*, la « course au tribunal » et la fraude. L'analyse du droit international privé européen de la famille montre alors que celui-ci se construit désormais en ayant conscience de l'importance du conflit de lois. L'existence d'une règle de conflit de lois commune justifie en effet l'introduction de règles plus libérales quant à la compétence internationale ou la reconnaissance des décisions étrangères (I). Tout comme la multiplication des règles de

d'une parfaite harmonie européenne des solutions, et donc à la consécration d'un véritable statut familial européen.

conflit de lois communes conduit à un droit international privé européen de la famille *a priori* plus respectueux des droits de la famille nationaux (II).

I La prévalence du conflit de lois légitimant le libéralisme des règles européennes de conflit de juridictions

751. La désarticulation entre conflit de lois et conflit de juridictions que l'on rencontre en droit international privé européen de la famille résulte aussi de la souplesse des règlements de l'Union européenne qui se contentaient de règles de compétence internationale et de reconnaissance des décisions étrangères²⁵³⁷. Le fait d'accompagner dans les instruments les plus récents ces règles relevant du conflit de juridictions de règles de conflit de lois montre cependant que l'Union européenne a pris conscience de la nécessité qu'il y a pour elle de prévoir également des règles de conflit de lois, puisque celles-ci sont la clé pour le maintien d'un régime libéral de circulation internationale des décisions, tout comme elles peuvent être un élément justifiant le libéralisme des règles de compétence internationale directe. C'est en effet la détermination d'une intégration matérielle unique pour l'ensemble de l'Union européenne qui justifie le libéralisme des règles de reconnaissance (A), tout comme l'existence de mécanismes assurant la protection efficace de cette intégration matérielle unique justifie le libéralisme de certaines règles de compétence internationale (B).

A Le libéralisme des règles de reconnaissance justifié en cas de détermination d'une intégration matérielle unique

752. Le législateur de l'Union européenne a parfaitement conscience de la nécessité de conditionner le libéralisme des règles de reconnaissance à la bonne articulation réalisée en amont entre règles de conflit de juridictions et de conflit de lois. Le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires est une première illustration révélatrice à cet égard, la suppression de l'exigence de l'exequatur résultant de l'article 17 en matière de reconnaissance et de force exécutoire²⁵³⁸ étant subordonnée au fait que les deux Etats impliqués soient liés par le

²⁵³⁷ En premier lieu desquels le règlement Bruxelles II *bis*, cf. *supra*, n° 717 et s.

²⁵³⁸ Article 17 *Suppression de l'exequatur* :

protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, c'est-à-dire au fait que les deux Etats impliqués aient une règle de conflit de lois commune, en plus des règles de compétence communes prévues par le règlement.

753. En matière de successions internationales, ensuite, le même constat vaut pour les effets particuliers du certificat successoral européen, qui « produit ses effets dans tous les Etats membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure »²⁵³⁹. Un tel instrument bénéficiant d'une force exécutoire pour l'ensemble de l'Union européenne²⁵⁴⁰ n'aurait sans nul doute pas été pensable s'il ne s'était appuyé sur des règles communes aussi bien en matière de compétence internationale directe que de détermination de la loi applicable.

754. Enfin, en matière de responsabilité parentale, une dernière illustration de cette corrélation peut être trouvée. Dans ce domaine, l'articulation résulte en tout premier lieu de l'encadrement judiciaire de la compétence internationale directe, sur le fondement de la prééminence de la compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant. Cette compétence unique est confortée par une coopération entre autorités bien structurée, et l'existence d'un mécanisme particulièrement efficace garantissant le retour de l'enfant et évitant de la sorte qu'une voie de fait puisse permettre le contournement de cette compétence ou de l'effectivité de l'exercice de cette compétence. La vigueur avec laquelle la reconnaissance et la force exécutoire des décisions relatives au droit de visite et au retour immédiat de l'enfant sont garanties doit justement protéger et renforcer la charnière autour de laquelle tourne en ce domaine le système de droit international privé, à savoir la compétence unique du juge le plus proche de l'enfant. L'articulation étant bien assurée par des mécanismes relevant de la compétence internationale directe, qui aboutissent à retenir une intégration matérielle unique de la situation familiale, et donc également l'unicité de la solution matérielle pour l'ensemble de l'Union européenne, les règles de reconnaissance doivent justement chercher à donner une effectivité pour l'ensemble de l'Union européenne

« 1. Une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 est reconnue dans un autre État membre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance.

2. Une décision rendue dans un État membre lié par le protocole de La Haye de 2007 qui est exécutoire dans cet État jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire ».

²⁵³⁹ Article 69, § 1. du règlement n° 650/2012 sur les successions.

²⁵⁴⁰ A l'exclusion du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande qui n'ont pas participé au règlement n° 650/2012 sur les successions.

aux décisions prises par l'unique autorité compétente. L'approfondissement de l'articulation par l'adoption d'une règle de conflit de lois commune en matière de responsabilité parentale, par la signature par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants doit évidemment permettre d'envisager sérieusement une extension du système libéral de reconnaissance, limité par le règlement Bruxelles II *bis* aux décisions relatives au droit de visite et certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant²⁵⁴¹.

755. L'état du droit positif montre donc clairement que le libéralisme des règles relatives à la reconnaissance et l'exécution des décisions émanant des autorités des autres Etat membre est dans une relation directe avec la profondeur et la cohérence de l'articulation réalisée entre règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions. Par ailleurs, *de lege ferenda*, un principe général de reconnaissance mutuelle des décisions et situations familiales n'est envisageable que s'il peut lui-aussi s'appuyer sur l'existence de règles de conflit de lois communes²⁵⁴². Pour que le système atteigne une cohérence satisfaisante, les règles de conflit « réceptives » communes doivent donc encadrer assez strictement le libéralisme dont pourraient éventuellement faire preuve les Etats en matière de compétence internationale directe et en matière de règle de conflit « attributive », de façon à ce que la situation soit toujours constituée ou consacrée par des autorités suffisamment proches de la situation familiale, et en application d'une loi présentant réellement des liens étroits avec cette situation familiale. Tempérant le libéralisme au stade de la création ou de la consécration directe des situations familiales, le système peut alors se montrer libéral au stade de la reconnaissance mutuelle de ces situations familiales, puisque les ordres juridiques peuvent *a priori* faire confiance en la légitimité de la situation créée ou consacrée par les autorités ou la loi d'un autre Etat membre.

756. Loin de verser dans la désarticulation du droit européen de la famille qui résulterait d'un système reposant uniquement sur le libéralisme des règles de reconnaissance, dont le but ou la conséquence serait la mise en concurrence des différents ordres juridiques et systèmes de droit international privé des Etats membres, un système de droit international privé qui fait des règles libérales de reconnaissance la conséquence de règles encadrant la compétence internationale directe et déterminant le ou les ordres juridiques matériellement

²⁵⁴¹ Article 40 et s. du règlement.

pertinents représenterait ainsi un progrès considérable dans l'établissement d'un espace de justice et d'un ordre juridique commun. En matière familiale, un système articulant efficacement toutes les méthodes du droit international privé permettrait d'obtenir la reconnaissance mutuelle des situations familiales dans le respect des droits de la famille nationaux. Ce système répondrait alors parfaitement aux défis politiques auxquels l'Union européenne est confrontée aujourd'hui face à l'approfondissement du concept de citoyenneté de l'Union²⁵⁴³.

757. Les manifestations pratiques de la désarticulation entre conflit de lois et conflit de juridictions, tels que le *forum shopping*, la « course au tribunal », l'imprévisibilité des solutions et l'instabilité du statut familial²⁵⁴⁴, sont ainsi une conséquence prévisible de la méconnaissance du rôle central qui doit revenir au conflit de lois dans tout système de droit international privé²⁵⁴⁵. Il y a pourtant des domaines dans lesquels ces défauts pratiques subsistent, et sont même renforcés par le libéralisme des règles de reconnaissance. Il en va ainsi notamment du domaine de la désunion du couple. Les causes de refus de reconnaissance ou d'exécution, limitativement énumérées, excluent notamment la révision au fond et le contrôle de la loi appliquée²⁵⁴⁶. Cela donne une portée très grande à un éventuel *forum shopping*, de sorte que les fraudes ne sont pas à exclure. Ainsi, le déplacement volontaire de la résidence habituelle en vue de donner compétence à un tribunal qui rendra une décision au fond favorable aux préoccupations du demandeur, voire des deux parties, ne sera certainement pas un cas d'école. Pourtant, l'exception de fraude n'est pas prévue par le règlement Bruxelles II *bis*²⁵⁴⁷, sans que cela soit véritablement illogique, car quel reproche peut-on faire au demandeur qui ne fait que se servir d'un système qui le favorise autant²⁵⁴⁸ ? La seule limite au *forum shopping* est l'absence de véritable résidence habituelle. Mais cette question relève du contrôle de la compétence indirecte, qui n'est pas prévu non plus par le règlement²⁵⁴⁹. Ne subsiste ainsi au titre des conditions de régularité de la décision étrangère que l'exigence de

²⁵⁴² Cf. *supra*, not. n° 667 et s.

²⁵⁴³ Cf. *supra*, not. n° 441 et s. et n° 446 et s.

²⁵⁴⁴ Et qui résultent de la diversité des règles de droit matériel et de conflit de lois nationales et du libéralisme des règles européennes de compétence et de reconnaissance.

²⁵⁴⁵ Sur laquelle, cf. *supra*, n° 731 et s.

²⁵⁴⁶ Voy. articles 21 à 27 du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁵⁴⁷ L'on aurait naturellement pu prévoir une telle exception, diminuant par là même la faveur accordée au demandeur. L'absence de cette condition souligne donc l'esprit de faveur au demandeur du système.

²⁵⁴⁸ Ce qui peut certainement expliquer aussi l'arrêt Hadadi (*Hadadi*, C-168/08, 16 juillet 2009).

²⁵⁴⁹ En raison de la confiance mutuelle entre juridictions nationales, qui impose au juge saisi un contrôle d'office de sa compétence ; voy. article 24 du règlement Bruxelles II *bis* : *Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine*.

non contrariété à l'ordre public²⁵⁵⁰. Mais l'ordre public se résume en réalité à peu de chagrin, puisque, sur le fond, une décision de désunion ne peut être refusée « du seul fait qu'elle n'aurait pu être prononcée dans l'Etat requis pour les mêmes faits »²⁵⁵¹, et que, sur la procédure²⁵⁵², les principes constitutifs de cet ordre public procédural sont dans une très large partie communs à l'ensemble des Etats membres²⁵⁵³. Quant au risque d'inconciliabilité de décisions, le mécanisme de litispendance devrait permettre de le marginaliser au sein des relations intra-européennes. Ce régime très libéral de circulation des décisions a pour conséquence de favoriser le *forum shopping* et la « course au tribunal ». Une fois choisi le tribunal, qui rendra *a priori* la décision la plus favorable à ses intérêts, et qui peut n'avoir que très peu de liens avec la situation du couple, le demandeur pourra se prévaloir de la décision dans l'ensemble des Etats de la Communauté, et notamment dans un Etat présentant des liens bien plus étroits avec la désunion et qui aurait rendu une décision radicalement différente. Le fait que le système ne permette une telle opération qu'à l'égard de décisions prononçant la rupture du lien conjugal, souligne l'esprit de faveur au divorce, puisque si l'on fait bénéficier l'époux désireux d'obtenir la désunion de tout un arsenal de moyens juridiques pour y parvenir, l'époux qui souhaite s'y opposer reste presque complètement démun²⁵⁵⁴.

758. Pourtant il ne serait pas judicieux de revenir sur ces règles de circulation des décisions, sauf en ce qui concerne l'exclusion des décisions refusant la désunion, car cette exclusion n'aurait plus de justification avec un système unifié de règles de conflit de lois²⁵⁵⁵. De façon générale, il faudrait plutôt aboutir à un plus grand libéralisme encore, mieux envisageable en présence de règles de conflit de lois communes. L'intérêt des justiciables va en effet dans le sens d'une reconnaissance et d'une exécution plus faciles des décisions. Dans le cadre de l'espace judiciaire commun, celle-ci peut être atteinte bien plus facilement que

²⁵⁵⁰ Dans son aspect de fond, de procédure et d'inconciliabilité de décisions. Voy. article 22 du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁵⁵¹ Voy. article 25 du règlement Bruxelles II *bis* : *Disparités entre les lois applicables*.

²⁵⁵² Bien que cette condition de non contrariété à l'ordre public de procédure ait vocation à gagner en importance ; voy. sur ce point B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 445.

²⁵⁵³ A travers la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont les exigences sont incorporées selon la Cour de justice au domaine de l'ordre public de la convention de Bruxelles de 1968, et donc du règlement Bruxelles I et en toute logique du règlement Bruxelles II *bis* ; voy. l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000, C-7/98 ; *Revue critique de droit international privé*, 2000, p. 481 ; également *infra*.

²⁵⁵⁴ Voy. sur ce point p. ex. B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, p. 435 et s.

²⁵⁵⁵ Encore que, dans la mesure où les faits ne restent pas inchangés, un juge doit pouvoir intervenir de nouveau. Ce qui est toujours le cas lorsque l'écoulement du temps est un des éléments factuels dont le juge doit tenir compte...

dans le cadre de relations classiquement internationales. L'unité actuelle au niveau européen des règles de compétence internationale, ainsi que l'unité partielle des règles de conflit de lois, permettraient d'envisager une circulation des décisions intra-européenne grandement facilitée. L'harmonie internationale des solutions, objectif prépondérant au sein du droit international privé européen de la famille, suppose et permet en effet une circulation internationale efficace des décisions. La non-reconnaissance d'une décision étant source de discontinuité de traitement juridique, celle-ci ne devrait plus pouvoir exister au sein d'un espace judiciaire commun. Le libéralisme du régime de reconnaissance et d'exécution se justifie d'autant plus que ce régime n'est pas la raison d'être première du *forum shopping*, qui tient davantage à la multiplicité des concepts matériels et conflictuels, ainsi qu'aux cumuls et conflits de compétence. Si l'on considère par conséquent les avantages que procure le libéralisme du régime de circulation des décisions, et le fait que les risques de *forum shopping* et de « course au tribunal » peuvent être combattus efficacement par des moyens garantissant l'intégration matérielle unique de la situation²⁵⁵⁶, la conclusion logique est que le libéralisme doit être maintenu²⁵⁵⁷. Seule une prise de conscience de l'importance du conflit de lois et une volonté claire d'instaurer un système cohérent de droit international privé, construit autour de la prévalence d'un rattachement matériel unique, permettent d'aboutir à un droit de la famille de l'Union européenne garantissant la justice des relations familiales internationales.

759. Comme nous l'avons vu plus haut, l'effectivité de la désignation de la loi la plus proche de la situation n'implique pas seulement qu'une décision rendue en son application ait vocation à circuler. Cette effectivité requiert aussi que les parties puissent saisir une autorité suffisamment proche d'elles pour statuer, le cas échéant, sur leur relation familiale. Il est ainsi nécessaire de garantir l'accès au juge à travers des règles plus ouvertes relatives à la compétence internationale, mais sans remettre en cause l'intégration matérielle unique réalisée par le règle de conflit de lois, ce qu'il convient de vérifier au regard du droit international privé européen de la famille.

²⁵⁵⁶ Notamment l'adoption de règles de conflit de lois uniformes ou l'encadrement des règles de compétence.

²⁵⁵⁷ Seulement faut-il tenir compte dans l'élaboration des règles de reconnaissance et d'exécution du fait que ces règles sont fortement liées aux règles de compétence internationale et de conflit de lois, qui elles-mêmes sont liées aux règles de fond des différents Etats. Et lorsque le législateur intervient en matière de conflit de lois, comme il l'a fait par le règlement Rome III, il doit pouvoir intervenir en même temps sur les règles de reconnaissance, ce qui n'a pourtant pas été fait par le règlement Rome III. Ce dernier ne réalise donc pas l'objectif tenant à la facilitation de la reconnaissance, que l'adoption de règles de conflit de lois communes lui aurait pourtant permis d'approfondir. Le règlement se contente donc de remédier aux défauts les plus criants résultant du règlement Bruxelles II *bis* en matière de désunion du couple, sans y parvenir véritablement.

B Le libéralisme des règles de compétence justifié en cas de protection de l'intégration matérielle unique

760. La nécessité d'ouvrir largement les chefs de compétence est bien visible dans le droit international privé européen de la famille. Le règlement Bruxelles II *bis* ouvre ainsi très largement les chefs de compétence. A côté de critères classiques, tels que ceux fondés sur la résidence habituelle du défendeur²⁵⁵⁸ ou ceux fondés sur un rattachement sérieux du couple avec le juge saisi²⁵⁵⁹, on retrouve des chefs de compétence consacrant le *forum actoris*²⁵⁶⁰, le tout afin de permettre un accès à la justice plus efficace. Ces chefs de compétence non hiérarchisés donnent un avantage considérable au demandeur, à qui on ne saurait faire grief de saisir la juridiction qui sert au mieux ses intérêts, des points de vue de proximité géographique, de procédure et de fond²⁵⁶¹. A cela s'ajoute un régime de litispendance avantageant considérablement celui qui aura saisi en premier le juge. Se trouve ainsi organisé un système de cumuls de compétence, à l'origine d'un véritable *forum shopping* « institutionnalisé », que le demandeur diligent ne manquera certainement pas d'exploiter. Or, que le demandeur soit favorisé dans une procédure de divorce afin de choisir un tribunal plus proche géographiquement et dont la procédure lui convient mieux, peut s'expliquer encore par le souci d'assurer un accès à la justice, et une bonne administration de celle-ci, et la considération que le demandeur au divorce est plus fréquemment dans une situation de faiblesse par rapport au défendeur que dans une action en justice classique. Mais que l'on mette ainsi à la seule disposition du demandeur le choix du système de conflit de lois, et donc de la solution au fond, est simplement juridiquement inexplicable. Car cette faculté est à l'origine d'un trop grand déséquilibre entre les parties, véritable rupture avec les exigences de l'Etat de droit²⁵⁶², que même des préoccupations procédurales ne peuvent justifier.

761. Une première réponse nécessaire est l'adoption de règles de conflit de lois au niveau européen. Garantir, par l'existence d'un système commun de détermination de l'intégration matérielle de la situation familiale internationale, que la loi applicable sera la

²⁵⁵⁸ Voy. article 3, paragraphe 1, point a), 3^e tiret.

²⁵⁵⁹ Voy. article 3, paragraphe 1, point a), 1^{er} et 2^e tirets, pour la résidence habituelle commune, et article 3, paragraphe 1, point b), pour la nationalité commune.

²⁵⁶⁰ Permettant au demandeur de saisir le juge de son domicile, de sa résidence habituelle ou de sa nationalité ; voy. article 3, paragraphe 1, point a), 5^e et 6^e tirets.

²⁵⁶¹ Voy. B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, précité, spécialement p. 415 et s.

²⁵⁶² Pour une analyse plus développée, cf. not. *supra*, n° 243 et s.

même, quel que soit le juge saisi, enlèvera au demandeur cet avantage totalement exorbitant et radicalement contraire à une conception élémentaire de justice consistant à pouvoir disposer unilatéralement de la substance de ses droits et devoirs familiaux. Le règlement Rome III cherche évidemment à répondre à cette nécessité d'un rétablissement des fondements de l'Etat de droit dans les situations de désunion du couple. Qu'il n'y parvienne que partiellement montre bien que le droit international privé européen de la famille est encore loin d'organiser une articulation satisfaisante entre conflit de lois et conflit de juridictions. Des progrès évidents sont pourtant à signaler. Les solutions en matière d'obligations alimentaires, qui reposent également sur un grand libéralisme des chefs de compétence directe, sont ainsi encadrées par des règles de conflit de lois communes qui garantissent au moins une certaine uniformité de solutions, facilitée par l'objectif commun de l'obtention d'aliments en faveur de certains créanciers²⁵⁶³. L'existence de règles de conflit de lois communes en matière de successions et de responsabilité parentale souligne également la conscience qui existe de la nécessité de corroborer les règles du conflit de juridictions par des règles communes de conflit de lois. Les propositions de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux²⁵⁶⁴ et de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés²⁵⁶⁵ vont aussi dans le même sens²⁵⁶⁶.

762. Cela n'empêche cependant pas que, même si elle est théoriquement l'élément le plus important, l'adoption de règles de conflit de lois communes puisse ne pas constituer une réponse suffisante. Les règles de conflit de lois communes n'éliminent en effet pas totalement les risques de *forum shopping* et de « course au tribunal » liés au conflit de juridictions, tout comme elles ne rétabliraient pas l'équilibre procédural entre les personnes concernées par la situation familiale. Les avantages procéduraux sont en effet à eux seuls déjà de nature à encourager une partie à saisir rapidement un tribunal qui lui est favorable du point de vue de la commodité et de la proximité géographique ou intellectuelle. En outre, les

²⁵⁶³ Le système n'est en réalité pas parfait, en raison de la possibilité du recours à la loi du for, qui dépend donc du juge saisi...

²⁵⁶⁴ Doc. 8160/11 JUSTCIV 64.

²⁵⁶⁵ Doc. 8163/11 JUSTCIV 65.

²⁵⁶⁶ Sur l'avancement des travaux relatifs à ces deux propositions, voy. le document de travail « Etat des travaux » (accessible sous : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16171-2014-INIT/fr/pdf>) qui accorde une période de réflexion aux Etats membre et propose de réévaluer le dossier pour la fin 2015, au plus tard.

considérations matérielles ne sont pas forcément exclues en présence d'un système unifié de conflit de lois, puisqu'elles peuvent resurgir par le jeu de l'exception d'ordre public, ainsi que par les qualifications, interprétations, appréciations, évaluations et autres opérations sur lesquelles le juge dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, qu'il utilisera logiquement dans un sens conforme aux préoccupations matérielles de son for. Ces arguments sont particulièrement forts lorsque la solution du litige dépend de l'appréciation opérée par le juge de notions plus ou moins floues, tel « l'intérêt supérieur de l'enfant »²⁵⁶⁷ ou « les besoins du créancier et les ressources du débiteur »²⁵⁶⁸. L'unité de loi applicable n'enlève dans cette hypothèse rien à la tentation pour le demandeur de saisir un juge dont la solution au fond lui paraît de prime abord favorable, en raison de l'appréciation effectuée généralement par tel ou tel juge national. Or les risques d'injustice résultant de la diversité des règles de conflit de lois ressurgissent lorsque les règles de compétence aboutissent à un résultat pratique assez comparable.

763. Le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires constitue à cet égard un progrès, notamment en raison de la règle concernant les limites de procédure qui institue une franche préférence en faveur de la compétence du juge de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Mais en ce qui concerne la première procédure intentée, la faveur accordée au demandeur, qui peut très bien être le débiteur d'aliments, existe toujours, et n'est pas tempérée par une utilisation de la technique de la litispendance qui favorise le juge « le plus proche », c'est-à-dire celui de la résidence habituelle du créancier, fût-ce en laissant au créancier la possibilité du choix²⁵⁶⁹. L'articulation opérée par la règle de conflit commune prévue par le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires n'est pas pleinement satisfaisante non plus, notamment dans l'hypothèse dans laquelle le droit d'obtenir des aliments n'existe que selon la loi de la résidence habituelle du débiteur, mais non d'après la loi de la résidence habituelle du créancier ou d'une éventuelle

²⁵⁶⁷ Voy. not. les considérants 13 et 14 du règlement Bruxelles II *bis*, qui prévoient respectivement que « les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité. Ce sont donc en premier lieu les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle qui devraient être compétentes, sauf dans certains cas de changement de résidence de l'enfant ou suite à un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité parentale » et que « dans l'intérêt de l'enfant, le présent règlement permet à la juridiction compétente, à titre exceptionnel et dans certaines conditions, de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre État membre si celle-ci est mieux placée pour connaître de l'affaire. Toutefois, dans ce cas, la juridiction deuxième saisie ne devrait pas être autorisée à renvoyer l'affaire à une troisième juridiction. »

²⁵⁶⁸ Voy. l'article 14 du protocole aliments.

²⁵⁶⁹ Qui ne serait pas illogique, puisqu'il bénéficie de la possibilité de demander une révision, mais pas de la possibilité de s'éviter un premier procès à l'étranger...

loi nationale commune. Rien n'interdit en effet dans cette hypothèse au débiteur de saisir les juridictions de la résidence habituelle du créancier, fût-ce pour faire réviser une première décision prise par le juge de sa résidence habituelle²⁵⁷⁰. Et rien n'impose à ces juridictions d'appliquer la loi de la résidence habituelle du débiteur²⁵⁷¹, qui serait pourtant applicable si les juridictions de la résidence habituelle du débiteur étaient saisies, mais uniquement sur initiative du créancier d'aliments²⁵⁷². La situation paradoxale du système est renforcée par la possibilité reconnue au débiteur de faire réviser une décision par les juridictions de sa propre résidence habituelle, qui devraient alors appliquer, contrairement à l'hypothèse dans laquelle elles seraient saisies par le créancier d'aliments, la loi de la résidence habituelle du créancier qui n'accorde pas d'aliments²⁵⁷³. Par où l'on voit que la solution du litige ne dépend plus seulement du juge national saisi, mais également de la position procédurale dans laquelle se trouvent les parties, le fond du droit étant fonction de la position en tant que demandeur ou défendeur du créancier ou débiteur d'aliments ! La solution manque à l'évidence de toute cohérence juridique, et illustre très bien les défauts qui résultent d'une mauvaise articulation des méthodes du droit international privé. Seule une articulation efficace et pleinement réfléchie du conflit de lois et du conflit de juridictions permet d'y remédier, ce qui implique de limiter les cas de concurrence de compétence et de déterminer objectivement la loi applicable, c'est-à-dire de la déterminer indépendamment de la question de savoir qui saisit le juge et quel est le juge saisi. Le recours à la loi du for ne doit ainsi intervenir qu'en tout dernier ressort²⁵⁷⁴.

764. Les solutions en matière de responsabilité parentale et de succession confirment la nécessité de tenir compte de l'importance de chaque méthode dans la réalisation

²⁵⁷⁰ L'article 8 du règlement n° 4/2009 relatif aux limites aux procédures interdit au débiteur de saisir de nouveau le juge » lorsqu'une décision a été rendue dans un Etat membre [...] où le créancier a sa résidence habituelle », c'est nous qui soulignons.

²⁵⁷¹ Puisque l'art. 4 du protocole prévoit l'application de « la loi du for lorsque le créancier ne peut pas obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi [de la résidence habituelle du créancier] ». L'application, au moins alternative, de la loi de la résidence habituelle du débiteur aurait certainement été bien plus judicieuse.

²⁵⁷² Puisque d'après le § 3 de l'article 4 « nonobstant l'article 3 [sur l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments], la loi du for s'applique lorsque le créancier a saisi l'autorité compétente de l'Etat où le débiteur a sa résidence habituelle », avec une réserve en faveur de l'application éventuelle de la loi de la résidence habituelle du créancier dans l'hypothèse, qui n'est pas celle que nous envisageons, où seule cette dernière permet l'obtention d'aliments.

²⁵⁷³ L'incohérence du système est renforcée du fait que la loi de la résidence habituelle du débiteur ne s'applique que si le créancier a saisi le juge, ce qui permet au débiteur d'éviter de voir cette loi appliquée en prenant lui-même l'initiative de la procédure. Par où l'on rejoint une situation comparable à la désunion du couple, où la solution du litige dépend directement de la position procédurale adoptée par les parties, la solution pouvant ici radicalement être différente devant le même juge, selon la partie qui est demanderesse !

²⁵⁷⁴ Voy. sur ce point *infra*.

de l'intégration matérielle unique de la situation familiale. Ces solutions semblent, à première vue, insister sur l'importance de la compétence internationale directe. En déterminant une compétence unique et en la protégeant efficacement²⁵⁷⁵, tout en permettant au juge normalement compétent de se dessaisir en faveur d'une autre juridiction qu'il considère comme mieux placée pour statuer²⁵⁷⁶, le droit international privé européen de la famille parvient ainsi à mettre en place un système cohérent garantissant efficacement l'unité du statut familial et l'effectivité des droits et devoirs résultants des relations familiales. L'unicité du chef de compétence, en ce qu'elle conduit à ce qu'un seul ordre juridique soit directement juridictionnellement compétent, garantit en effet que l'intégration matérielle de la situation familiale soit identique pour l'ensemble de l'Union européenne. Ce système réalise donc l'objectif lié à la règle de conflit de lois, dès lors que l'existence et l'étendue des droits et devoirs familiaux ne dépendent plus d'un choix arbitraire d'une des personnes concernées, que celle-ci effectuerait en saisissant le juge qui appliquerait sur le fond la loi qui lui est la plus favorable. Mais les deux systèmes montrent aussi la nécessité fondamentale du recours au conflit de lois si l'on veut établir un système de droit de la famille international cohérent. La résidence habituelle, qui justifie, en raison de la proximité qu'elle réalise entre la situation familiale et l'ordre juridique concerné, la compétence internationale des juridictions est en effet un critère de rattachement trop fluctuant pour suffisamment bien répondre au besoin de stabilité inhérent aux relations familiales. D'où l'existence de mécanismes reposant sur le conflit de lois qui garantissent cette stabilité des relations familiales internationales, notamment le maintien de la responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant en cas de changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat²⁵⁷⁷ ou la possibilité de l'*optio juris* en faveur de la loi nationale pour garantir la pérennité des volontés testamentaires²⁵⁷⁸. Par où l'on voit que l'articulation efficace des méthodes du droit international privé en vue de la réalisation de la justice de droit international de la famille, si elle doit aussi reposer sur une formulation adéquate des règles de compétence internationale directe, suppose toujours de reconnaître le rôle central de la méthode du conflit de lois. Cela n'est d'ailleurs guère surprenant face à la nécessité logique de retenir une intégration matérielle unique de la situation familiale, pour que l'appréciation

²⁵⁷⁵ Notamment à travers les mécanismes de vérification de la compétence avec l'obligation de se déclarer, le cas échéant, d'office incompetent (art. 17 du règlement Bruxelles II *bis*) et surtout le retour immédiat de l'enfant (art. 11 du règlement Bruxelles II *bis*).

²⁵⁷⁶ Tout en protégeant la prévisibilité en exigeant également que certains critères de compétence objectifs soient remplis par l'autre juridiction (art. 15 du règlement Bruxelles II *bis*).

²⁵⁷⁷ Article 16 § 3 convention 1996.

juridique de la situation familiale soit également unique, quel que soit le juge saisi. L'unicité de l'appréciation juridique est en effet nécessaire pour permettre l'unité du statut familial au sein de la communauté de droit que constitue l'Union européenne²⁵⁷⁹.

765. L'analyse des règles européennes relevant des méthodes du conflit de juridictions confirme que le libéralisme de ces règles n'aboutit à un système cohérent de droit international privé qu'à condition de respecter le rôle central de la règle de conflit de lois. Ce n'est en effet qu'à travers la règle du conflit de lois que le droit international privé européen de la famille peut véritablement réaliser l'objectif d'unité du statut familial. La question qui reste cependant à résoudre est celle de savoir si un tel système de droit international privé assure également un respect suffisant de l'objectif de diversité des droits de la famille nationaux (II).

II Une articulation des méthodes nécessaire au respect des droits de la famille nationaux

766. Un premier facteur de désarticulation entre règles de conflit de lois et de conflit de juridictions réside dans la diversité des législations nationales que nous avons déjà eu l'occasion de souligner²⁵⁸⁰. Mais tandis que les règlements de droit international privé européen de la famille confirment qu'il n'est ni envisageable ni souhaitable d'unifier les règles de droit matériel (A), ils illustrent aussi que le second facteur de désarticulation, dû à la diversité des règles de conflit de lois, peut être surmonté par une unification de ces règles au niveau européen. Ce second aspect soulève cependant aussi la question de savoir comment l'ordre juridique européen doit réagir face au défaut éventuel d'unification européenne des règles de conflit de lois. La multiplicité des règles de conflit de lois nationales pourrait en effet plaider en faveur de l'adoption d'une règle de conflit commune d'un type novateur au niveau européen. La vocation de cette règle de conflit européenne serait, à titre de « métarègle

²⁵⁷⁸ Art. 22 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

²⁵⁷⁹ Cf. *supra*, not. n° 732 et s.

²⁵⁸⁰ Cf. *supra*, n° 453 et s.

de conflit »²⁵⁸¹ ou de « règle de conflit réceptive »²⁵⁸², de résoudre les conflits de systèmes qui résulteraient de cette diversité des règles de conflit nationales (B).

A Le besoin de tenir compte de l'irréductible diversité des règles nationales de droit matériel

767. Nous avons déjà vu que la diversité des règles matérielles de droit de la famille avait quelque chose d'irréductible et que l'Union européenne avait le devoir de respecter cette diversité des droits de la famille nationaux²⁵⁸³. Or le comportement des individus qui veulent exploiter cette diversité pour obtenir l'application de la loi qui correspond le plus à leurs envies paraît finalement assez logique et compréhensible, *a fortiori* dans un contexte dans lequel le droit de la famille est devenu « un lieu d'expression privilégié de l'hédonisme individuel »²⁵⁸⁴. Mais le droit de la famille ne doit pas être un droit qui se contente de satisfaire toutes les envies et tous les désirs des individus. Il doit s'agir au contraire d'un droit des devoirs des individus, un droit du respect des engagements et de la responsabilité de l'individu à l'égard des autres. Le droit international privé européen de la famille doit donc trouver les moyens de respecter cette dimension fondamentale du droit de la famille, qui en fait un droit limitant la volonté et les désirs individuels, et non un droit au service de la satisfaction de cette volonté et de ces désirs. Le dilemme apparent du droit européen de la famille est qu'il doit parvenir à cette nécessaire régulation sans élaborer lui-même un cadre de référence matérielle, puisque l'Union européenne ne dispose pas et ne doit pas disposer de compétence en matière de droit matériel de la famille²⁵⁸⁵. Il faut dès lors être capable de déterminer pour l'ensemble de l'ordre juridique européen quel droit matériel, et donc nécessairement national, doit déterminer les limites fixées à la liberté individuelle et les devoirs imposés à l'individu à l'égard des autres membres de sa famille.

²⁵⁸¹ Voy. sur cette terminologie : H.-P. MANSEL, « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts : Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts? », *RabelsZ* 2006.651- 731.

²⁵⁸² Voy. sur cette terminologie : A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620, spéc. p. 282 et s.

²⁵⁸³ Cf. *supra*, n° 562 et s.

²⁵⁸⁴ J. HAUSER, « La famille, le temps et la durée », *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylant, 1999, n° 1-2, p. 191.

²⁵⁸⁵ Cf. *supra*, n° 573 et s.

768. Les instruments de droit international privé européen qui permettent de déterminer quelle est la loi objectivement applicable à une relation familiale pour l'ensemble de l'Union européenne, comme le font, peu ou prou, le règlement Bruxelles II *bis* à l'égard de la responsabilité parentale²⁵⁸⁶, le règlement Rome III pour le divorce²⁵⁸⁷, le règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires pour les aliments²⁵⁸⁸ et le règlement n° 650/2012 sur les successions²⁵⁸⁹ prouvent qu'il n'y a nul besoin de remettre en cause la diversité des droits matériels, ni d'ailleurs de les mettre en concurrence les uns à l'égard des autres afin d'initier une sorte d'harmonisation par la « course vers le bas »²⁵⁹⁰. Ils montrent au contraire qu'il est possible de déterminer quel est l'ordre juridique auquel la situation est matériellement intégrée, c'est-à-dire lequel doit apporter le jugement de valeur matériel sur l'étendue des devoirs et libertés de l'individu dans le cadre de sa situation familiale. Dès que l'on trouve une intégration matérielle unique²⁵⁹¹, déterminant l'ordre juridique dont la loi est applicable, le droit international privé européen de la famille atteint l'objectif d'unité du statut familial dans le contexte de la diversité des droits matériels et sans remettre en cause celle-ci, c'est-à-dire en respectant l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux.

769. L'articulation ainsi réalisée présente certes une certaine matérialité, c'est-à-dire celle de la dimension sociale du droit de la famille et de la possibilité de limiter les désirs individuels. Mais cette dimension sociale et la nécessaire limitation des désirs individuels ne sont-elles pas inhérentes au concept de droit ? Le droit international privé se situe ainsi dans

²⁵⁸⁶ Art. 8 du règlement Bruxelles II *bis* qui prévoit une compétence en principe unique.

²⁵⁸⁷ En l'absence de choix de loi, surtout, puisque l'*optio juris* également prévue comporte une trop grande dimension matérielle (voy. sur ces points, *infra*).

²⁵⁸⁸ Sous l'influence ici de l'objectif matériel d'obtention d'une pension alimentaire.

²⁵⁸⁹ Tout comme les projets en cours relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats civils, mais à l'exclusion du projet relatif à la libre circulation des actes d'état civil.

²⁵⁹⁰ Sur cette question, voy. dans une perspective plus générale, Cheffins, Brian R. and Bank, Steven A. and Wells, Harwell, *The Race to the Bottom Recalculated : Scoring Corporate Law Over Time* (October 10, 2014). UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-10 ; ECGI - Law Working Paper No. 261/2014 ; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2014 ; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2014-38. Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2475242> et Di Maggio, Marco and Kermani, Amir and Sanket Korgaonkar, *Deregulation, Competition and the Race to the Bottom* (March 15, 2015). Columbia Business School Research Paper No. 15-47. Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2591434>.

²⁵⁹¹ Que ce soit par l'édition d'un chef de compétence unique, par une règle de reconnaissance qui ne rend que la décision d'un unique ordre juridique susceptible de reconnaissance ou par le recours à une règle de conflit de lois classique. Nous avons cependant vu que seule la dernière méthode est susceptible de répondre de façon véritablement cohérente aux enjeux du droit international privé de la famille de l'Union européenne.

un domaine dans lequel il n'y a pas de parfaite neutralité possible²⁵⁹². Soit on favorise l'individualisme par une mise en concurrence des ordres juridiques, ce qui enlève alors aux Etats respectueux de l'idée de dimension sociale du droit de la famille les moyens d'intervenir pour réguler les rapports familiaux internationaux²⁵⁹³. Soit on favorise la possibilité de la régulation, ce qui permet aux Etats aussi bien de réguler que de déréguler, c'est-à-dire que l'on laisse totalement ouverte la possibilité de l'individualisme à outrance si l'Etat auquel la situation s'intègre matériellement retient cette acception du droit de la famille²⁵⁹⁴. Conduite en termes de proportionnalité, raisonnement en vogue qu'il convient, semble-t-il, de transposer au droit international privé²⁵⁹⁵, cette réflexion impose alors de retenir le droit international privé dont la matérialité est la moins forte²⁵⁹⁶, et certainement pas celle qui impose une dérégulation généralisée au niveau de l'ensemble de l'Union européenne. Par où l'on revient à la nécessité d'opérer une intégration matérielle unique pour l'ensemble des relations familiales européennes, c'est-à-dire la nécessité d'avoir, d'une manière ou d'une autre, des règles de conflit de lois communes. Les instruments de droit international privé européen de la famille adoptés à ce jour prouvent qu'une telle solution est possible.

770. La nécessité de règles de conflit de lois communes vient cependant rencontrer un autre obstacle pratique. Les règles de conflit de lois sont en effet restés dans de nombreux domaines de source nationale, et dès lors diverses, les instruments européens faisant preuve en matière de droit de la famille d'une grande prudence, du moins d'affichage, à l'égard de domaines qui pourraient se révéler politiquement sensible, tel que par exemple la question de la validité du mariage. La question se pose alors de savoir comment l'articulation des

²⁵⁹² Ce qui n'est d'ailleurs pas propre à cette branche du droit. L'idée même de droit implique en effet déjà un certain jugement de valeur, ne fût-ce que parce que le droit est nécessaire pour éviter l'assouvissement du faible par le fort.

²⁵⁹³ Voire internes, mais « internationalisables », par la réalisation volontaire d'un élément de rattachement à l'étranger, tel le lieu de célébration du mariage, le lieu de naissance d'un enfant, ou une résidence habituelle sommaire qu'un séjour à l'hôtel suffirait à caractériser...

²⁵⁹⁴ Il y aurait d'ailleurs une troisième voie, qui consisterait en un cumul de lois, pour n'admettre que les situations familiales internationales valables d'après tous les ordres juridiques concernés ; ici, le principe de proportionnalité ne serait pas non plus respecté, puisque l'on limiterait trop fortement la possibilité des relations familiales internationales, sur un modèle conférant une place excessive, et souvent probablement contreproductive, à l'idée de la nécessité de la régulation.

²⁵⁹⁵ Sur l'influence du concept de proportionnalité pour le droit international privé, voy. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut universitaire Varenne, Clermont-Ferrand, 2014.

²⁵⁹⁶ C'est-à-dire celui qui laisse ouvertes le plus d'options matérielles possibles, en opérant une articulation permettant la régulation nationale des relations familiales internationales, tout en autorisant la voie de l'absence de régulation.

méthodes de droit international privé, qui repose sur la communauté des règles de conflit, peut aboutir à un résultat satisfaisant en cas d'absence de règle de conflit de lois commune.

B La possibilité de surmonter la diversité persistante des règles nationales de conflit de lois

771. Il y a quelque chose d'évident dans l'affirmation que la désarticulation résultant de la diversité des règles de conflit de lois nationales peut être surmontée par l'adoption de règles de conflit de lois communes au niveau de l'Union européenne, et qui remplaceraient nécessairement les règles de conflit de lois nationales. Et l'idée forte de l'ensemble de notre étude est certainement de tenter de démontrer que non seulement une telle adoption de règles de conflits de lois européennes est possible, mais également souhaitable et nécessaire en vue de la réalisation, en matière de droit européen de la famille, d'un Etat de droit respectueux du concept de justice²⁵⁹⁷. L'harmonie internationale des solutions est donc d'une importance fondamentale, tandis que l'antériorité de l'ordre juridique interne, construite aussi autour des objectifs inhérents à la prétention à l'universalité de l'ordre juridique du for, trouve un moyen d'expression idéal dans les règles de conflit de lois communes, susceptibles de répondre parfaitement à l'objectif poursuivi par les règles de conflit de lois nationales²⁵⁹⁸. L'adoption de règles de conflit de lois communes permet donc de réaliser l'idéal de justice des relations familiales internationales. Elle condamne par-là, en même temps qu'elle les rend inutiles, les règles de conflit de lois nationales, tant du moins que le droit international privé européen de la famille est construit autour d'une articulation des méthodes du droit international privé qui donne une place centrale à la règle de conflit de lois classique.

772. Mais même si les instruments de droit international privé européen de la famille recherchent désormais l'adoption de règle de conflit de lois et de conflit de juridictions articulées, le maintien de nombreux domaines dans lesquels ils n'y parviennent pas²⁵⁹⁹ implique de se demander comment peut être obtenu l'articulation des règles de droit

²⁵⁹⁷ G. P. ROMANO, « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », dans *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, coll. (étude republiée sous le même titre in *Journal de droit international* (Clunet), 2012, p. 456-486), Zürich, 2011, spéc. p. 613- 639.

²⁵⁹⁸ Objectif poursuivi au niveau national de façon irréductiblement incomplète, comme l'illustre la problématique du renvoi.

²⁵⁹⁹ Soit parce qu'il est seulement possible de se mettre d'accord sur les règles de compétence internationale et de reconnaissance, comme en matière de responsabilité parentale, d'annulation du mariage ou, partiellement, de

international privé dans un contexte de diversité des règles de conflit nationales. A défaut de l'adoption d'une règle de conflit de lois commune, le recours aux règles nationales de conflit de lois reste en effet nécessaire. Les inconvénients de cette diversité sont bien connus. En ce que la solution apportée au litige varie d'un ordre juridique à un autre, puisque les ordres juridiques sont susceptibles d'opérer différemment l'intégration matérielle de la situation, le demandeur qui dispose d'une possibilité de choisir l'autorité compétente dispose aussi du pouvoir de décider unilatéralement de la substance du droit qui le concerne. Or une telle possibilité est directement contraire à une conception élémentaire de l'Etat de droit²⁶⁰⁰. Il en va *a fortiori* ainsi en matière de droit de la famille, où personne ne doit bénéficier de la possibilité de se décharger à si bon compte des responsabilités qu'il doit assumer à l'égard des autres. L'absence d'articulation des méthodes du droit international privé, illustrée à merveille par le règlement Bruxelles II *bis*²⁶⁰¹, crée ainsi des situations favorisant directement la « course au tribunal », le *forum shopping*, et le délitement et la déliquescence des devoirs des individus et du droit de la famille. Que le droit européen de la famille crée pourtant justement ce type de configuration est évidemment condamnable²⁶⁰².

773. Il reste cependant de nombreuses hypothèses dans lesquelles il y a, pour quelque raison que ce soit²⁶⁰³, un maintien de la diversité des règles de conflit de lois

divorce, soit encore parce que seules des règles communes de reconnaissance semblent envisageable, soit enfin parce qu'aucune règle européenne de droit international privé n'est prévue.

²⁶⁰⁰ G. P. ROMANO, *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice*, préc., note 2645.

²⁶⁰¹ Cf. *supra*, n° 717 et s.

²⁶⁰² Et il n'y a sur ce point qu'à penser à l'affaire *Hadadi* (précité). Cela souligne ainsi la nécessité qu'il y a d'adopter des règles de conflit de lois commune, faute desquelles l'articulation des méthodes de droit international privé ne saurait, en définitive, être satisfaisante. A défaut, la modification d'une seule des composantes du droit international privé de la famille de l'Union européenne peut bouleverser complètement la philosophie générale du système. Pour prendre un exemple déjà évoqué, il suffirait qu'un Etat membre permette la gestation pour autrui sans restrictions quant au rattachement réel des parents d'intention avec cet Etat, pour qu'en cas d'obligation de reconnaissance, tous les Etats membres acceptent les filiations issues de ces gestations pour autrui. Pour prendre un autre exemple, désormais historique, le droit maltais, qui pourtant ne connaissait pas directement le divorce au moment de son adhésion à l'Union européenne, est devenu à travers cette adhésion et le règlement Bruxelles II *bis*, un droit très favorable au divorce, car il permet à chaque couple maltais d'obtenir un divorce au terme d'un an d'expatriation. Il y a naturellement toujours la condition d'effectivité de la résidence habituelle, mais cette condition semble pouvoir être surmontée relativement facilement, surtout lorsque les deux époux sont d'accord. Dans la même veine, chaque ordre juridique de l'Union européenne accepte désormais le divorce par consentement mutuel, puisqu'il suffit aux époux désireux de divorcer de cette manière d'acquérir une résidence habituelle dans un Etat dont le droit international privé conduit à une loi reconnaissant, directement ou indirectement, cette possibilité (ce qui pour des Etats membres de la coopération renforcée de Rome III est en outre facilitée par les possibilités de choix offertes).

²⁶⁰³ Et notamment politiques, ce qui est assez incompréhensible face à l'importance que revêtent ces questions pour les justiciables. Il n'y a qu'à penser au feuilleton de la ratification de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, qui est restée bloquée en raison du conflit opposant l'Espagne à la Grande Bretagne au sujet de Gibraltar (voy. sur ce point le rapport n° 343 fait au nom de la commission des Affaires étrangères, de la

nationales. Ces hypothèses sont fort nombreuses, le droit international privé européen de la famille restant pour le moment très parcellaire. Dans ces cas-là, faute de pouvoir garantir abstraitement l'unité de statut familial, il faut se demander s'il ne faut pas à tout le moins prévoir des règles permettant l'unité de statut « post-cristallisation ». Cela signifierait qu'il faudrait avoir recours à une règle de conflit de lois qui repose sur la redéfinition de la méthode de la reconnaissance en tant que règle de conflit commune permettant de déterminer les conditions de la reconnaissance. Le droit positif illustre bien que les règles de reconnaissance européennes reposent toujours sur l'idée de l'existence d'un lien de rattachement suffisant entre la situation familiale à reconnaître et l'ordre juridique étranger qui a juridiquement apprécié cette situation. Le plus souvent le critère utilisé est le respect des chefs de compétence directe prévus par le droit dérivé de l'Union européenne, ce qui suppose l'intervention d'une autorité dans la cristallisation de la situation²⁶⁰⁴. Mais il peut aussi s'agir de la nécessité de tenir compte de la position adoptée, abstraitement ou concrètement, par des ordres juridiques dont les liens sont considérés comme suffisants sur la base des exigences posées par les traités²⁶⁰⁵. On est alors toujours face à une règle de conflit, « réceptive », qui repose sur la nécessité de l'existence d'une intégration suffisante de la situation familiale à l'ordre juridique étranger qui intervient pour porter le jugement de valeur sur sa légitimité²⁶⁰⁶. Si l'on cherche un système respectueux de l'impérativité des droits de la famille nationaux, cette règle de conflit « réceptive » commune ne peut être construite qu'autour d'une alternative entre les systèmes de droit international privé d'un ordre juridique réellement proche de la situation, notamment sur base de la résidence habituelle ou de la nationalité des

défense et des forces armées du Sénat sur le projet de loi autorisant l'adhésion à la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, par Mme Joëlle GARRIAUD-MAYLAM, rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 22 février 2007, enregistré à la Présidence du Sénat le 21 juin 2007, accessible sous : <http://www.senat.fr/rap/106-343/106-3430.html> ; et la Question orale au Conseil, H-0322/05 du 21 avril 2005, par Diana WALLIS (accessible sous : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=QT&reference=H-2005-0322&language=FR>) à laquelle fut répondu que la ratification par l'ensemble des Etats membres devrait intervenir pour la fin 2005. Même si l'Italie est proche d'une ratification, il n'en reste pas moins que dix ans après, tous les Etats n'ont toujours pas ratifié la convention... (sur l'état de la ratification, voy. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=70).

²⁶⁰⁴ Ce qui est le cas pour les règlements, notamment Bruxelles II *bis* et aliments, mais également de la jurisprudence de la Cour de justice, puisque dans ces affaires était le plus souvent en cause l'intervention d'une autorité (voy. not. l'arrêt de principe *Grunkin et Paul*).

²⁶⁰⁵ La position abstraite était en jeu dans l'affaire *Garcia Avello*, la position concrète dans les autres arrêts (voy. égal. *supra*).

²⁶⁰⁶ Le libéralisme de cette règle de conflit « réceptive » n'est pour le moment pas encore déterminé, et il est bien sûr nécessaire de préciser suffisamment ces règles de conflit « réceptives », cf. *supra*, not. n° 656.

intéressés, avec la possibilité de tenir compte de la volonté des intéressés pour localiser la situation en cas de cumul d'ordres juridiques nationaux pertinents²⁶⁰⁷.

774. Face à la possible diversité des règles de conflit nationales, il faut donc une méthode limitant la concurrence entre ordres juridiques nationaux et permettant l'unité de statut « post-cristallisation ». Cela revient à poser la nécessité d'une règle de conflit encadrant et vérifiant l'intégration juridictionnelle de la situation à l'ordre juridique étranger. Mais l'évaluation de l'intégration juridictionnelle de la situation familiale n'est pas à elle seule suffisante. La compétence juridictionnelle des ordres juridiques doit en effet rester conçue de façon suffisamment ouverte²⁶⁰⁸. Sauf limitation directement prévue par le droit dérivé, les ordres juridiques nationaux doivent ainsi toujours bénéficier de la possibilité de s'estimer juridictionnellement intéressé par la situation familiale internationale, et le droit européen ne peut pas leur interdire d'intervenir. Mais pour que l'intervention de l'ordre juridique soit susceptible de reconnaissance par les autres Etats membres de l'Union européenne, elle doit respecter les exigences posées par le droit de la famille de l'Union européenne. Son intervention ne méritera ainsi de pouvoir circuler que si la situation était juridictionnellement intégrée à cet ordre juridique qui l'a consacrée et que si l'intervention était conforme à des considérations élémentaires au regard de l'intégration matérielle de la situation, c'est-à-dire si la situation consacrée l'a été sur base de lois suffisamment proches de la situation²⁶⁰⁹.

775. L'exigence d'une intégration matérielle suffisante doit également imposer un devoir d'abstention aux ordres juridiques. Juridictionnellement potentiellement compétent, les ordres juridiques nationaux ne doivent en effet pas pouvoir systématiquement retenir leur propre jugement de valeur aux situations familiales européennes. Si la situation familiale est trop éloignée de l'ordre juridique sollicité en vue de la cristallisation, cet ordre juridique ne doit permettre que la création des situations familiales conformes aux droits matériellement suffisamment concernés. Il doit donc tenir compte des limites posées notamment par le droit

²⁶⁰⁷ Le fait que l'alternative n'existe qu'entre systèmes de droit international privé atténue le libéralisme du système, puisqu'en cas d'unité des règles de conflit « attributives », la loi appliquée au fond sera la même. Le choix n'a donc de pertinence que lorsqu'il y a une vraie opposition, en soi insoluble, puisque une localisation objective unique de l'intégration juridictionnelle de la situation peut souvent être impossible. Voy. égal. sur ces questions nos développements sur les rattachements *infra*.

²⁶⁰⁸ Que ce soit pour des raisons fondamentales, liées par exemple au risque de déni de justice, ou à des considérations propres à l'espace judiciaire européen, tel l'accessibilité du juge et la commodité procédurale des parties.

²⁶⁰⁹ Notamment la résidence habituelle, entendue assez strictement, et nationalité, éventuellement sous réserve d'effectivité pour contrecarrer les nationalités de complaisance. Voy. sur ces questions, *infra*.

national ou le droit de la résidence habituelle des intéressés²⁶¹⁰. Il doit bien sûr pouvoir passer outre si son ordre public le commande, mais son intervention doit alors se faire sans aucune prétention à la circulation de la situation créée sur le fondement de l'exception d'ordre public²⁶¹¹. Si par contre la situation est assez intégrée à l'ordre juridique de cristallisation pour que l'on puisse estimer que la situation s'y intègre légitimement matériellement, celui-ci doit pouvoir intervenir, y compris et surtout en utilisant librement ses méthodes de droit international privé, et son intervention doit ensuite être reconnue²⁶¹².

776. Pour illustrer concrètement ces propos, l'on peut penser à l'exemple du mariage. Un Etat doit toujours être compétent pour célébrer le mariage entre deux personnes, ne fût-ce que pour respecter le droit de se marier²⁶¹³. Mais si les liens de rattachement du couple avec l'Etat de célébration sont faibles, celui-ci doit respecter les liens de rattachement existant à l'égard d'autres ordres juridiques plus proches. Parmi ces ordres juridiques plus proches devraient certainement figurer les Etats de la nationalité de chacun des intéressés²⁶¹⁴. Il doit aussi être envisageable de considérer les Etats d'une résidence habituelle « caractérisée » comme ordres juridiques pertinents en vue de la création d'un statut familial. En tout état de cause, cela signifie qu'au cas où l'Etat du for ne serait ni l'Etat de la nationalité, ni l'Etat de la résidence habituelle, la création d'une situation familiale par cet Etat n'est pas susceptible de bénéficier de la reconnaissance mutuelle. Il faudrait sans doute même aller plus loin, et considérer sur le fondement du devoir de coopération loyale et du respect de la diversité des statuts familiaux que les ordres juridiques s'abstiennent dans ce cas de la célébration d'un mariage contraire aux conceptions des ordres juridiques matériellement suffisamment proches. A titre d'exemple, la célébration en France d'un mariage entre personnes de même sexe qui sont résidents et ressortissants d'autres Etats membres dont les lois interdisent le mariage entre personnes de même sexe devrait être impossible²⁶¹⁵. Le

²⁶¹⁰ En fonction des éléments de rattachements qui sont pertinents pour la relation familiale considérée.

²⁶¹¹ Sur la limite à la circulation des situations familiales tirées des considérations de protection de l'ordre public national, y compris dans le contexte du droit de l'Union européenne, cf. *infra*, n° 919 et s.

²⁶¹² Sauf contrariété à l'ordre public international de l'Etat de réception.

²⁶¹³ Reconnu par la Conv. EDH à l'homme et la femme Article 12 (« A 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 ») et par la Charte des droits fondamentaux à tout le monde (article 9 : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »).

²⁶¹⁴ Ce qui est illustré par la reconnaissance de ce rattachement par d'assez nombreuses conventions bilatérales.

²⁶¹⁵ Ce qui se rapproche très fortement de la question en cause dans l'affaire du mariage entre deux personnes de même sexe dont l'une a la nationalité marocaine et que la Cour de cassation a tranchée dans le sens de la célébration du mariage sur le fondement de l'exception d'ordre public : Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059, D. 2015. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2015. 172, obs. A. Boiché ; *ibid.* 71, point de vue B. Haftel ; RTD civ. 2015. 91, obs. P. Puig ; *ibid.* 359,

législateur français a fait un choix différent par l'article 202-1 al. 2 du Code civil, même s'il a maintenu l'exigence d'un lien minimal avec un Etat permissif²⁶¹⁶. S'il est difficile de nier la possibilité pour le législateur français de faire un tel choix, sauf à porter fortement atteinte à la souveraineté nationale, il n'en reste pas moins qu'un mariage célébré sans lien suffisant avec la France et en contradiction avec les lois plus proches ne doit pas avoir vocation à circuler au sein de l'Union européenne²⁶¹⁷. L'objectif d'unité du statut familial ne doit en effet pas seulement servir de fondement à un droit des individus que ceux-ci peuvent opposer aux Etats, il doit aussi servir de limite à la revendication des individus lorsque ceux-ci veulent profiter de la diversité des ordres juridiques pour en tirer un bénéfice personnel en contournant les limites posées par les ordres juridiques normalement compétents. Par contre, si un Etat célèbre un mariage entre personnes se rattachant de manière significative à des ordres juridiques étrangers qui en reconnaissent la validité, la situation doit pouvoir recouvrer sa prétention à la circulation, la reconnaissance étant justifiée par le respect des règles communes sur l'appréciation de l'intégration matérielle de la situation familiale.

777. Par où l'on voit clairement que même en l'absence d'une harmonisation directe des règles de conflit de lois par l'Union européenne, il faut une règle de conflit commune. Simplement, il ne s'agit pas d'une règle de conflit « attributive », puisque nous partons de l'hypothèse de la diversité des règles de conflit nationales. La règle de conflit commune qui reste indispensable relève plutôt des règles de conflit « réceptives ». Il s'agirait donc d'une sorte de « *Metakollisionsnorm* »²⁶¹⁸. Le constat que les méthodes de la reconnaissance restent toujours fondamentalement des règles relevant de la méthode du conflit de lois n'y est naturellement pas étranger²⁶¹⁹. Pour le moment, la diversité des règles de conflit nationales ne se traduit pas au niveau de l'Union européenne par des règles de conflit « réceptives »

obs. J. Hauser ; *ibid.* 343 obs. Usunier ; JCP 2015, n° 12, 318, note L. Gannagé ; Dr. fam. 2015. Comm. 63, note A. Devers et M. Farge ; Gaz. Pal. 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet.

²⁶¹⁶ Qui dispose que « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». L'on peut rester sceptique quant à la formulation de cette règle, qui distingue expressément entre personnes de même sexe, qui bénéficient de cet « ordre public de proximité » et les personnes de sexe différent qui n'en bénéficient pas, alors que la loi repose désormais sur l'idée d'une égalité entre ces différentes formes de couple. Mais c'est là une autre question...

²⁶¹⁷ A ce titre le rattachement alternatif à la loi personnelle, la loi de l'Etat du domicile ou la loi de l'Etat de la résidence d'un des deux conjoints constitue un rattachement qui ne caractérise pas suffisamment le minimum de liens requis.

²⁶¹⁸ « Méta-règle de conflit » ; sur cette notion, voy. H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts : Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, préc., note 2629.

²⁶¹⁹ Cf. *supra*, n° 629 et s.

communes, alors même qu'il est indispensable d'avoir des règles de conflit de lois communes pour garantir l'unité de statut des situations familiales légitimement créées ou obtenues. La proposition de règlement sur la circulation des actes d'état civil ne va pas dans ce sens non plus. Il faut naturellement avoir conscience du fait que répondre à la diversité de règles de conflit « attributives » par des règles de conflit « réceptives » communes n'est pas un système idéal, mais un palliatif ou un pis-aller. Le recours à un système de règles de conflit « réceptives » communes, s'il permet de trouver un certain équilibre entre unité du statut familial et respect des ordres juridiques nationaux, ne constitue ainsi qu'un moindre mal face à l'absence d'intervention du droit de l'Union européenne, sans pouvoir efficacement remplacer l'adoption de règles de conflit de lois « attributives » communes, seule en mesure de garantir une véritable unité de statut familial²⁶²⁰.

²⁶²⁰ Cela montre que si l'on veut aboutir à un résultat pratique pleinement satisfaisant, garantissant efficacement l'unité du statut familial, l'articulation des méthodes autour du conflit de lois reste nécessaire. Et à cet égard l'état actuel du droit international privé de la famille de l'Union européenne montre qu'une telle articulation reste très difficile, voire impossible, si elle ne se fait pas par le truchement de véritables règles de conflit « attributives ».

Conclusion du titre : Analyse sommaire des conséquences de l'exigence d'articulation du conflit de juridictions et du conflit de lois

778. Les fondements du droit international privé européen de la famille permettent ainsi de prendre conscience que, face à l'impossibilité de concevoir la reconnaissance en dehors du recours à la méthode du conflit de lois, mais également face aux insuffisances d'une méthode se contentant de règles de conflit « réceptives », il est plus que jamais nécessaire de penser une « renaissance-métamorphose »²⁶²¹ de la méthode de détermination de la loi applicable. Le droit international privé européen de la famille doit être construit autour de l'idée que les droits et devoirs des individus impliqués dans une relation familiale sont les mêmes pour l'ensemble de l'espace judiciaire européen. Ce serait une erreur que de négliger le conflit de lois au niveau européen, tant du moins que le droit international privé européen de la famille doit avoir pour objet de garantir, à travers l'unité des droits et devoirs des individus, que l'Union européenne constitue bien une union dans laquelle la règle de droit est respectée²⁶²². Il faut ainsi revenir à l'idée forte du doyen Batiffol, d'après laquelle « quand [...] on recherche la loi applicable à une question il s'agit toujours, sous une forme ou sous une autre, de déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes, de manière à éviter que l'application aveugle de la loi du juge saisi ne désorganise une matière dont les éléments essentiels ont déjà été ou seront tôt ou tard nécessairement réglés selon une autre loi. Le souci de cohérence est inséparable d'une harmonie des résultats. »²⁶²³ C'est justement ce souci de cohérence qui échappe aujourd'hui au droit international privé, mais qu'une analyse rigoureuse des conséquences des fondements du droit international privé européen de la famille permet de restaurer.

²⁶²¹ Pour reprendre l'expression utilisée par C. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Revue critique de droit international privé* 2008.513.

²⁶²² Y compris au sens anglo-saxon du terme, comme « *rule of law* », puisque le respect de la règle de droit est une condition nécessaire de l'Etat de droit. Et l'on rejoint alors un constat fait déjà au sujet de situations dans lesquelles l'intervention d'un juge était requise à titre de condition de réalisation d'un droit (donc notamment en matière gracieuse), mais qui vaut de façon plus générale, d'après lequel « il serait [...] paradoxal de vouloir qu'en droit international privé le conflit de juridictions l'emporte sur le conflit de lois, alors qu'en droit interne l'intervention du juge n'a d'autre objet que d'imposer un respect scrupuleux de la règle de droit » Yves LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976, spécialement p. 128.

²⁶²³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 828, spéc. p. 220- 221.

779. Sans doute ces réflexions sont-elles en décalage avec l'évolution contemporaine du droit. Est-ce à dire que l'incohérence du droit international privé est inéluctable ? Nous pensons que, en théorie, rien ne s'oppose à la reconstruction cohérente de la matière, y compris dans le contexte du droit international privé de la famille et du droit de l'Union européenne. Savoir si, en pratique, cette reconstruction est possible ou voulue dépend d'autres facteurs, qui tendent à l'heure actuelle bien davantage vers un renforcement des incohérences du droit, sur fond de déconstruction du droit qui ne laisse subsister qu'un droit objectif déstructuré perdant sa légitimité et sa véritable qualité de Droit en se pervertissant en droit du plus fort.

780. Sans prétendre à l'exhaustivité²⁶²⁴, ni nécessairement à la généralité²⁶²⁵, et en ayant conscience du contexte politique particulier²⁶²⁶, le droit international privé européen de la famille permet de comprendre qu'il est possible désormais de procéder à un « réassemblage » du droit international privé²⁶²⁷, autour de l'articulation du conflit de lois et du conflit de juridictions, tant du moins que l'on reconnaît la place centrale du conflit de lois. Ce réassemblage implique un dépassement de la règle de conflit bilatérale classique. Mais il n'en faut pas moins une règle de conflit, y compris éventuellement de reconnaissance, dont le but est de désigner l'ordre juridique le plus proche autour d'une intégration matérielle unique, ce qui implique d'identifier l'élément « essentiel » de la situation internationale. Une telle méthode est alors capable, sur un mode de raisonnement dialogique²⁶²⁸, d'absorber les méthodes concurrentes qui restent maintenues, mais dont la compréhension doit se faire au regard de l'exigence de réaliser une intégration matérielle unique.

781. L'unité méthodologique du droit international privé se conçoit ainsi autour de l'exigence fondamentale du droit international privé d'apprécier juridiquement une situation pourvue d'un élément d'extranéité et qui implique de déterminer l'intégration matérielle de la

²⁶²⁴ Le fait que ce système soit cohérent ne signifie pas que d'autres conceptions soient possibles et puissent également être cohérentes...

²⁶²⁵ Il faut avoir conscience de l'importance de la matière familiale. Les développements qui se font dans le cadre du droit international privé de la famille ne sont ainsi pas forcément transposables au droit international privé général.

²⁶²⁶ Tenant à l'existence, au sein de l'Union européenne, d'une véritable communauté et d'un concept politique moteur, celui de la citoyenneté de l'Union.

²⁶²⁷ Pour reprendre la formule utilisée par Mme Horatia Muir Watt et M. Dominique Bureau, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, préc., note 56.

²⁶²⁸ Sur lequel, voy. not. E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, préc., note 144. Ce mode de raisonnement consiste à concilier deux propositions vraies mais contradictoires par une proposition nouvelle qui intègre les deux propositions anciennes sans les démentir, mais en résolvant leur contradiction.

situation internationale. Cette appréciation juridique est nécessairement le résultat de deux règles. Une règle « d'universalité » qui détermine l'ordre juridique matériellement pertinent pour apprécier, à titre principal, la valeur juridique de la situation internationale. Cet ordre juridique doit être celui qui est le plus « proche », compte tenu des objectifs poursuivis par telle ou telle règle de conflit. Et une « règle d'antériorité » selon laquelle l'ordre juridique du for est toujours matériellement intéressé, à titre exceptionnel, pour autant que sa cohérence interne soit en cause. L'unité de ces deux règles est trouvée dans le fait que c'est l'antériorité qui commande l'universalité²⁶²⁹ et que l'ordre juridique pose « unilatéralement » les conditions « bilatérales » d'ouverture aux ordres juridiques étrangers²⁶³⁰. L'ensemble des méthodes du droit international privé rentre dans ce schéma, dont un prolongement nécessaire est cependant la double condamnation d'un strict unilatéralisme et d'un strict bilatéralisme. Le strict unilatéralisme est condamné, d'une part, parce que l'on n'envisage que l'application des ordres juridiques désignés par la règle de conflit du for, et non tous les ordres juridiques qui se voudraient eux-mêmes applicables, et, d'autre part, parce que la vocation du droit matériel interne à s'appliquer à une situation internationale n'empêche pas la mise en œuvre de la règle de conflit et l'application d'un droit étranger²⁶³¹. Le strict bilatéralisme est condamné, parce que la vocation à s'appliquer de l'ordre juridique étranger fait partie du présumé de la règle de conflit et que par conséquent la règle de conflit ne peut pas rendre applicable le droit d'un ordre juridique étranger sans que celui-ci ne considère sa loi comme étant applicable.

²⁶²⁹ Ce qui est un parfait exemple de raisonnement dialogique, puisque l'universalité repose aussi sur l'antériorité ; cf. *supra*, n° 178 et s.

²⁶³⁰ La question du caractère unilatéral ou bilatéral de la règle de conflit ne se pose alors plus, puisque cette règle relève nécessairement des deux méthodes. L'ordre juridique du for détermine, dans les limites de ce qui ne relève pas de son propre droit substantiel dont le champ d'application est déterminé unilatéralement, quel est ou sont les ordres juridiques étrangers dont il appliquera la loi au rapport juridique en cause, en tenant le cas échéant compte des critères d'applicabilité étrangers.

²⁶³¹ Ainsi, même là où une loi matérielle interne commanderait son application, il faut vérifier si la règle de conflit ne prévoit pas l'application d'une loi étrangère, fût-ce au titre de la reconnaissance d'un jugement étranger. Autrement, il faudrait refuser la reconnaissance de tout jugement incompatible avec l'ensemble du droit matériel du for qui se serait voulu directement applicable. Et cette solution semble tout de même assez peu conforme aux exigences contemporaines du droit international privé en termes d'ouverture aux ordres juridiques étrangers. Cela a par exemple un prolongement en matière d'arbitrage, sur la question de l'annulation de la sentence par un ordre juridique considéré par le tribunal arbitral comme pertinent. L'on a dans la jurisprudence française l'illustration de la perversité d'un régime unilatéral excessif, au sujet de la question de la reconnaissance d'une sentence arbitrale annulée dans son pays d'origine. Si le juge du siège de l'arbitrage annule la sentence et que le tribunal arbitral se considère par conséquent, en reconnaissant cette annulation, réinvesti du litige, accepter de reconnaître la première sentence là où l'ordre juridique qui, même aux yeux du tribunal arbitral, est considéré comme pertinent pour apprécier juridiquement la situation crée une discontinuité de traitement qui est peu compatible avec l'idée de justice.

782. Au niveau politique, ces développements mettent en exergue la nécessité qu'il y a d'appréhender toujours le droit international privé dans son ensemble. Les objectifs propres de chaque composante systémique ont en effet toujours pour vocation d'aboutir à un certain résultat final, c'est-à-dire une solution juridique apportée à une situation familiale internationale. Il faut donc les modifier au regard de l'objectif final consistant à garantir que la solution apportée soit la plus juste. Si l'Union européenne a une compétence pour modifier une des méthodes du droit international privé, elle doit donc également en avoir une pour modifier le système de droit international privé en général. A défaut, le système général risque d'être totalement incoordonné, ce qui au passage peut aussi être un objectif plus ou moins inavoué du système, tel que c'est partiellement le cas actuellement au sein de l'espace judiciaire européen²⁶³². En ce qui concerne le droit international privé européen de la famille, cela signifie donc que si l'Union européenne a une compétence pour prendre des règles dans le domaine du conflit de juridictions, cela lui confère aussi une compétence pour modifier le système de droit international privé général.

783. Si les fondements du droit international privé européen de la famille confortent donc ainsi le rôle du législateur européen, la conclusion n'est pas la même s'agissant de la Cour de justice. La méthode de la reconnaissance, entendue comme outil par lequel la Cour prétend ne pas s'immiscer dans les règles de conflit de lois des Etats membres, est condamnée. Ce qui subsiste néanmoins est une méthode de la reconnaissance qui assume sa qualité de règle de conflit de lois, et qui dès lors doit être formulée par le législateur de l'Union. L'exigence de la reconnaissance n'en peut pas moins être un outil d'encadrement du législateur de l'Union lorsque le droit dérivé y contrevient, ce qui peut notamment être le cas avec l'annulation de certains mariages sur le fondement du règlement Bruxelles II *bis* dont la reconnaissance devrait mécaniquement être reconnue, y compris *a priori* dans les Etats membres dans lesquels la validité de ces mariages serait d'ordre public international.

784. Enfin, au niveau national, les exigences du droit international privé européen de la famille peuvent également guider le législateur dans la formulation des règles de droit international privé, notamment pour avoir des règles de conflit respectueuses des législations des autres Etats membres de l'Union européenne, et l'on peut songer ici surtout à la question des mariages entre personnes de même sexe ou les filiations résultant d'une gestation pour

²⁶³² Voy. B. Ancel et H. Muir Watt, La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II », précité, p. 457.

autrui. Quant au juge national, il doit prendre conscience de cette même nécessité d'ouverture aux valeurs des autres Etats membres de l'Union européenne, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité à l'ordre public de lois ou de décisions étrangères.

Titre 2 Assumer la dimension nationale du droit de la famille

785. L'existence d'un système complet de droit international privé européen permet de réaliser l'unité de statut familial, y compris dans un contexte de diversité des droits matériels de la famille nationaux. Mais il faut encore savoir dans quelle mesure ce système peut, non seulement tenir compte de cette diversité, comme il s'accommoderait d'un mal inévitable, mais peut, bien davantage, se montrer respectueux de la diversité des droits de la famille nationaux en en permettant le maintien et l'effectivité dans le contexte de la construction européenne. C'est au fond là l'objet du présent titre, qui est donc une analyse critique, et nécessairement sommaire, du fonctionnement du système de droit international privé européen de la famille à l'aune de l'objectif du respect de la dimension nationale du droit de la famille. On peut à ce titre repenser à la formule célèbre prononcée par Thomas Mann en 1953 d'après laquelle il faut aspirer non pas à une Europe allemande, mais à une Allemagne européenne, et que plus près de nous Ulrich Beck a repris pour dénoncer la dérive vers cette « Europe allemande » qu'il fallait pourtant éviter²⁶³³. Le droit international privé européen de la famille est révélateur de la nature profonde de l'Union européenne. Un droit uniformisateur révèle une tendance certaine à se concevoir comme une méga-nation européenne, tandis qu'un droit coordinateur des différences nationales serait caractéristique de l'aptitude de l'Union européenne à se concevoir comme un ordre juridique multiple, construit autour des nations qui le composent. C'est naturellement la seconde option qui est à nos yeux préférable, voire la seule qui offre un avenir à la construction européenne. Il vaut mieux en effet des nations européennes qu'une Europe nationale. L'idée forte doit rester celle d'une Union européenne comme « système fédéral interdépendant »²⁶³⁴ dans lequel les Etats membres conservent le « pouvoir souverain de se donner [eux]-mêmes leur constitution »²⁶³⁵ et qui repose sur le fait que « le peuple [dans cette fédération] est nécessairement un peuple composite, un peuple constitué de peuples en raison de la nature de la république

²⁶³³ U. BECK, *Non à l'Europe allemande*, AUTREMENT, Paris, 2013 ; U. BECK, *Das deutsche Europa : Neue Machtlandschaften im Zeichen der Krise*, 3^e éd., Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012.

²⁶³⁴ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 339.

²⁶³⁵ *Ibid.*

fédérale »²⁶³⁶. Reste à savoir dans quelle mesure le droit international privé peut contribuer à cette construction d'une Europe des nations européennes²⁶³⁷.

786. L'idée est celle du droit international privé européen de la famille conçu comme un droit organisant les devoirs familiaux dans un contexte de liberté de circulation et de pluralité normative. Ces principes directeurs ont naturellement vocation à trouver à s'appliquer dans le cadre du fonctionnement normal du système de droit international privé européen de la famille (chapitre 1). Leur place dans le cadre du fonctionnement perturbé du système, c'est-à-dire les situations dans lesquelles le droit international privé européen doit composer avec l'antériorité des ordres juridiques nationaux, doit également être analysé, même si celle-ci passe cependant quelque peu au second plan, car les enjeux deviennent alors plus complexes, en mêlant aux enjeux de droit international privé de la famille des enjeux constitutionnels sur la relation entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne²⁶³⁸ (chapitre 2). Avant d'entamer cette analyse, il convient cependant de présenter brièvement le rôle que doivent jouer, au niveau de l'Union européenne, les différents acteurs institutionnels dans la construction du droit international privé européen de la famille.

Section introductive : Le rôle des institutions européennes

787. Notre recherche sur les fondements et les objectifs du droit international privé européen de la famille nous a permis de dégager la nécessité de l'élaboration d'un système de droit international privé qui articule efficacement le conflit de lois et le conflit de juridictions en remettant le conflit de lois au cœur du système. Elle nous permet également de proposer

²⁶³⁶ Puisqu'il faut « prendre conscience du fait que le peuple, en tant que fondement de légitimité du pouvoir et acteur politique, n'a pas la même signification dans une Fédération que dans un Etat » ; *ibid.*, spéc. p. 340.

²⁶³⁷ La question d'une nationalité européenne n'est pas à l'ordre du jour, ce qui n'empêche cependant pas un certain nationalisme européen caché, au sens justement de la tendance à l'uniformisation rampante en vue d'un nivellement des cultures européennes, qui serait censé permettre l'émergence d'une homogénéité suffisante pour considérer alors la naissance éventuelle d'une nation européenne.

²⁶³⁸ Sur la distinction entre les deux titres, qui apparemment se complètent très bien, il y a lieu de relever la grande différence entre les deux. Les enjeux de l'un à l'autre sont en effet très différents. Dès lors, l'on ne retrouvera pas du tout les mêmes considérations dans les deux titres. Le premier soulève des problèmes avant tout techniques et habituels pour le droit international privé. Le deuxième soulève des questions beaucoup plus fondamentales sur les relations entre les ordres juridiques européen et nationaux, de nature constitutionnelle plus que de droit international privé. Autant il ne serait pas pensable de ne pas mentionner la question de l'exception d'ordre public, autant le second titre sera nécessaire assez sommaire, puisque les questions soulevées dépassent très largement le cadre possible de la présente étude.

une vision d'ensemble de la matière du droit international privé européen de la famille qui semble encore faire défaut aux instances européennes. Comme on a pu le souligner, « la méthode de travail des autorités communautaires consiste à aborder les problèmes [du droit international privé de la famille] de façon extrêmement "saucissonnée". On prend en général un problème par un angle aigu pour apporter une réponse urgente, voire précipitée, et ensuite on s'avise qu'il faudrait peut-être aller un peu plus loin, élargir, et c'est ainsi que l'on assiste à une sorte d'empilage des textes qui ne manquera pas de poser des problèmes d'interprétation et d'articulation »²⁶³⁹.

788. On pourrait alors penser que pour remédier aux défauts des actions législatives entreprises jusqu'ici, il faudrait en appeler à une intervention de la Cour de justice afin que celle-ci élabore le droit international privé européen de la famille. Cette intervention pourrait notamment s'effectuer à travers l'expansion de la méthode de la reconnaissance²⁶⁴⁰. Mais il a été répondu de façon pertinente que cette intervention doit rester réservée au législateur²⁶⁴¹. D'autant que la Cour de justice s'est démarquée plutôt par son « suivisme »²⁶⁴² et la création d'un « non-droit international privé »²⁶⁴³. Outre que jusqu'ici, la jurisprudence de la Cour de justice est techniquement insuffisante, puisque ses solutions restent très en deçà de ce qui serait nécessaire afin de pouvoir parler d'un droit européen de la famille, l'action de la Cour

²⁶³⁹ I. BARRIERE-BROUSSE, « Propos introductif », dans Anne LEBORGNE et Isabelle BARRIERE-BROUSSE (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille : actes du colloque organisé par le Centre Pierre Kayser le 21 décembre 2007*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009, spéc. p. 13-18 aux pages 17-18.

²⁶⁴⁰ Voy. p. ex, défendant l'idée que le traité donne l'armature nécessaire pour une intervention par la Cour de justice : R. BARATTA, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax* 2007.1.4-11, 9. Voy. également plus généralement sur le rôle de la Cour de justice : L. SCHEECK et L. BARANI, « Quel rôle pour la Cour de justice en tant que moteur de la construction européenne ? », dans Paul MAGNETTE et Anne WEYEMBERGH (dir.), *L'Union européenne : la fin d'une crise ?*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2008, spéc. p. 173-183 ; et J. WALTUCH, « La guerre des juges n'aura pas lieu (A propos de la décision Honeywell de la Cour constitutionnelle fédérale allemande) », *Revue trimestrielle de droit européen* 2011.329 ; en référence à *Honeywell*, 2010 Cour constitutionnelle fédérale allemande. Cette question a acquis une actualité particulière dans un autre domaine, celui de la politique monétaire de l'UE et de la banque centrale européenne, voy. sur ce point not. *Gauweiler e.a.*, [2015] EU :C :2015 :400 (Cour de justice).

²⁶⁴¹ Voy. p. ex. P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RechtsZ* 2004.225-243 ; D. COESTER-WALTJEN, « Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf ? », dans Heinz P. MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER et Rainer HAUSMANN (dir.), *Festschrift für Erik Jayme*, 1, Sellier European Law Publishers, München, 2004, spéc. p. 121-129.

²⁶⁴² Pour une critique du rôle trop limité et servile de la Cour de justice, voy. p. ex. L. d'AVOUT, *La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010)*, préc., note 140.

²⁶⁴³ Voy. p. ex. J. D. GONZALES CAMPOS, « La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé », dans Heinz P. MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER et Rainer HAUSMANN (dir.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, München, 2004, spéc. p. 263 et s.

de justice présente par ailleurs l'inconvénient de ne pas pouvoir répondre aux exigences démocratiques du droit européen de la famille.

789. En ce que les traités sont « simplement » porteurs d'une exigence de reconnaissance de l'unité du statut familial, ils ne permettent pas à la Cour de justice d'intervenir avec suffisamment de précision²⁶⁴⁴. L'exigence de reconnaissance ne peut donc être autre chose qu'un expédient, condamnée à rester très en deçà de ce qu'une intervention législative permettrait d'atteindre et de ce qu'il est nécessaire d'atteindre, notamment à l'égard de la recherche d'équilibre entre unité du statut familial et respect des droits de la famille nationaux. La Cour de justice ne peut donc en réalité faire autre chose que d'encadrer le législateur pour s'assurer que ses interventions réalisent un équilibre satisfaisant entre les objectifs d'unité du statut familial et de diversité des statuts familiaux. Cela implique la possibilité d'une condamnation du législateur lorsque l'équilibre n'est pas atteint, tout comme il convient de sanctionner d'autres violations des traités, notamment en matière de respect des bases juridiques et des compétences d'attribution de l'Union. Mais la Cour de justice ne dispose pas, sur la base des traités, des outils suffisants pour élaborer elle-même le droit international privé européen de la famille²⁶⁴⁵.

790. Le rôle du législateur européen est donc primordial en vue de l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille. Cette élaboration doit se faire dans le respect de la « duplication des niveaux de décision démocratiques »²⁶⁴⁶ inhérente au modèle fédéral dont doit s'inspirer l'Union européenne. Cette duplication se retrouve bien au niveau de l'Union européenne en ce qu'elle implique qu'il y « a désormais deux sphères dans

²⁶⁴⁴ Cette exigence de reconnaissance ne peut déboucher en effet que sur une méthode de reconnaissance qui ne limite ni la compétence directe, ni la désignation de la loi applicable, tout comme elle ne donne pas le cadre permettant d'apprécier la condition de compatibilité matérielle inhérente à la méthode de reconnaissance ; cf. sur ces points, *supra*.

²⁶⁴⁵ Cela est vrai également si l'on cherchait à fonder l'action de la Cour sur la Charte des droits fondamentaux (d'autant que la source du droit international privé européen de la famille ne saurait véritablement résider dans la notion de droits fondamentaux ; cf. *supra*, n° 415 et s.). Il est en outre nécessaire de faire adopter le droit de la famille par des autorités légitimes. Le recours aux droits fondamentaux risque donc de déboucher sur les mêmes risques d'élaboration que pour l'élaboration par l'Union européenne, ici encore accrues du fait que l'élaboration dépend de juges, et non de législateurs, ce qui comporte des risques évidents en termes de risque de gouvernement des juges. Tant que les juges savent faire respecter leurs décisions, parce qu'elles sont acceptées par leurs destinataires, le système peut fonctionner. Mais le manque de légitimité des juges européens, aussi bien de la CEDH que de la Cour de justice, doit les inciter à une prudence, qui est aussi le gage de l'effectivité de leurs fonctions.

²⁶⁴⁶ « Doppelung der demokratischen Entscheidungsebenen », terme utilisé par J. ISENSEE, « Der Föderalismus im Verfassungsstaat der Gegenwart », *AöR* 115.270 ; cité par O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 335 ; voy. égal. plus généralement sur cette question Josef ISENSEE et Paul KIRCHHOF (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, Allemagne, 2008.

lesquelles les citoyens peuvent exercer leurs droits politiques : la sphère fédérale et la sphère fédérée »²⁶⁴⁷, c'est-à-dire en l'occurrence la sphère européenne et la sphère nationale. Accepter la dimension politique de l'Union européenne inhérente à une vision ambitieuse de la citoyenneté européenne confère donc également un large champ d'action au législateur fédéral, sans que ce pouvoir fédéral ne s'exerce au détriment des entités fédérées²⁶⁴⁸. Les réticences de l'Union européenne à exercer les compétences dont elle est désormais pourvue illustrent cependant bien le déficit démocratique et de légitimité dont elle souffre. A ce manque d'ambition politique s'ajoute également un plus grave problème d'apparente ignorance des fondements du droit international privé par les instances de l'Union européenne²⁶⁴⁹. Les limites au développement d'un système cohérent et convaincant de droit international privé européen de la famille pourraient donc *in fine* être surtout politiques et conjoncturelles, et non conceptuelles²⁶⁵⁰.

791. Il s'agit donc aujourd'hui surtout pour le législateur européen de comprendre et d'assumer ses responsabilités et de commencer à réfléchir plus sérieusement à la construction d'un véritable droit international privé européen de la famille. Le rôle de la Cour de justice ne peut être que celui d'un garde-fou qui condamne les errements du législateur, et non celui d'un législateur *bis* qui intervient en cas d'abstention du législateur. Une conséquence

²⁶⁴⁷ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, préc., note 1635, spéc. p. 335.

²⁶⁴⁸ Puisque, comme le constate M. Beaud, « le peuple fédéré, au sens des citoyens de l'Etat membre, peut exercer un pouvoir constituant tant sur le plan fédéré, en se dotant d'une constitution fédérée, que sur le plan fédéral, en participant à la formation de la constitution fédérale par sa ratification du pacte fédératif en tant qu'Etats membres et en tant que coconstituants. [...] D'où le paradoxe typiquement fédératif selon lequel les peuples fédérés protègent leur existence politique en participant à l'exercice du pouvoir "fédéral". [...] Le cas particulier du pouvoir constituant confirme la nature assez particulière de cette branche du *telos* fédéral qui est l'autoconservation des unités fédérées comme entités politiques. Celles-ci n'ont pas voulu se faire politiquement "hara-kiri" en s'engageant dans le pacte fédératif, commun aux autres Etats membres. Elles ont, au contraire, voulu prolonger leur propre existence en s'unissant à leurs "frères confédérés" et donc, elles ont pris les précautions d'usage pour faire inscrire les garanties nécessaires dans le pacte. Si paradoxe il y a, il tient au fait que le principal garant de cette existence politique n'est autre que la fédération, l'instance qu'ils ont créée. Mais le risque existe qu'une telle protection, une telle garantie, se mue en une domination, voire en une oppression de la fédération sur les Etats membres » (*Ibid.*, spéc. p. 340- 341).

²⁶⁴⁹ Pour la Cour de justice, cf. *supra*, not. n° 788 et s. Pour le Parlement européen, cette ignorance n'empêche pourtant pas le Parlement d'avoir un avis, alors que manifestement les parlementaires n'ont souvent qu'une connaissance assez limitée des enjeux de la matière. Voy. p. ex. au sujet de la proposition de règlement Rome III, pour lequel le Parlement a proposé la possibilité du choix de loi en faveur de la loi du lieu de célébration du mariage (Amendement 11 (Article 1, point 2 – Article 3 *bis*, paragraphe 1, point *c bis* (nouveau)) (règlement (CE) n° 2201/2003) de la Résolution législative du Parlement européen du 21 octobre 2008 sur la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) no 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (COM(2006)0399 — C6-0305/2006 — 2006/0135(CNS), *JO C 15E du 21.1.2010*, p. 128-134).

²⁶⁵⁰ Ce qui ne saurait rester sans incidence sur l'application du principe de subsidiarité. Si l'Union européenne ne se révèle pas capable d'élaborer des normes au niveau européen, il doit appartenir aux instances nationales

importante en découle notamment pour l'importance du principe de reconnaissance mutuelle. Il ne saurait être question pour la Cour de justice de construire sur cette base un système de droit international privé européen. Mais ce principe doit bel et bien être un guide d'interprétation et une limite à la validité des instruments européens adoptés. Ceux-ci doivent donc être interprétés dans un sens compatible avec les exigences du principe de reconnaissance mutuelle, et lorsque leurs solutions sont contraires à ce principe, il faut en déduire leur incompatibilité avec les exigences du traité, et donc leur illégalité. Le rôle de la Cour de justice paraît à cet égard crucial. Rappeler le législateur européen à ses responsabilités n'est certainement pas une mince affaire. Ni une action exempte de risque pour l'eupéanisation de la matière. Car si le législateur européen se montre incapable de relever les défis du droit international privé européen de la famille, le principe de subsidiarité commandera de laisser les législateurs nationaux légiférer sur ces questions.

792. Quel que soit le niveau auquel est élaboré le droit international privé européen de la famille, il convient à présent d'analyser brièvement les principes directeurs qui découlent des principes communs que nous avons dégagés jusqu'ici et sur lesquels doivent être fondés le fonctionnement normal et le fonctionnement perturbé du droit international privé européen de la famille.

Chapitre 1 Le fonctionnement normal du système

793. Le législateur est intervenu pour créer des instruments de droit international privé européen de la famille ou pour en proposer, sans qu'à l'heure actuelle l'intervention dans d'autres domaines que ceux déjà investis soit envisagé. L'analyse du droit international privé européen de la famille doit donc se faire autour de ce noyau normatif, dont la lecture combinée permet de dégager certains traits caractéristiques du système de droit international privé européen de la famille. Il ne saurait naturellement être question de traiter ici tous les éléments de ce système de droit international privé, qui sont pour une large part les mêmes que ceux de tout système de droit international privé, mais ici accompagnés par les implications spécifiques résultant de la dualité d'ordres juridiques du for, à la fois européen et national. Souvent ces questions ne soulèveront pas d'enjeux spécifiques pour le droit

d'apporter des solutions à des problèmes réels et qu'un blocage institutionnel ne pourrait permettre plus de surmonter au niveau européen.

international privé européen et pourront être résolues par l'utilisation des mécanismes classiques de droit international privé ou de droit de l'Union européenne. Une question nous semble cependant incontestablement au cœur de l'équilibre du droit international privé européen de la famille, et mérite à ce titre que l'on l'analyse de façon plus détaillée²⁶⁵¹. Il s'agit de la question des éléments de rattachements à retenir pour déterminer, pour chaque situation familiale, le juge compétent et la loi applicable. Ces éléments de rattachements sont en effet indispensables à l'articulation cohérente du conflit de juridictions et du conflit de lois en droit international privé européen de la famille, tout en sachant que ce fonctionnement normal du système doit être conçu de façon à respecter la dimension sociale des droits de la famille nationaux, ce qui implique de garantir l'effectivité des droits et des devoirs familiaux.

794. A titre liminaire, il convient de remarquer que l'articulation du conflit de juridictions et du conflit de lois ne saurait reposer sur l'application généralisée de la *lex fori*. Un tel système mènerait en effet à un éclatement du statut familial à chaque fois qu'une pluralité de fors est offerte au demandeur à l'instance. Comme cela a déjà été souligné, le statut personnel au sens large, c'est-à-dire comprenant le statut familial au sens de la présente étude, « suppose [...] pour sa pérennité un rattachement suffisamment stable ; la *lex fori* en est l'opposé »²⁶⁵². De même, l'éventualité de faire dépendre la loi applicable du point de savoir qui est la partie demanderesse, constituerait un avantage très excessif au bénéfice de la partie qui initie la procédure, et ce alors qu'il est acquis qu'« il paraît insolite que la substance des droits des parties dépende d'un pareil accident »²⁶⁵³. La loi applicable ne doit donc pas être alignée sur la compétence juridictionnelle. Cela ne signifie pas à l'inverse qu'une coïncidence entre la loi applicable et la compétence juridictionnelle ne peut pas être un objectif du système. Puisque la détermination de la loi applicable et la détermination du tribunal compétent reposent toutes les deux, au moins en grande partie, sur l'idée de la recherche de la proximité, une telle coïncidence semble au contraire assez naturelle. Et on ne

²⁶⁵¹ Tout en sachant que l'analyse de cette question pourrait également servir de guide pour concevoir et interpréter les autres éléments du système de droit international privé européen de la famille. Mais la place nous manque ici pour développer ces autres points, tels p. ex. le recours à des mécanismes de coopération entre autorités, la question de la qualification, les conflits de procédures ou l'étendue exacte l'autorité de chose jugée.

²⁶⁵² Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 20, coll. Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, Paris, 1976, spéc. p. 152.

²⁶⁵³ H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », dans REVUE NEERLANDAISE DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *De conflictum legum, Mélanges offerts à Roeland Duco Kollèwijn et Johannes Offerhaus à l'occasion de leurs soixante-dixième anniversaires*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1962, spéc. p. 55- 66 à la page 64. Posé face à l'éventualité de l'application de la loi du défendeur, la solution vaut évidemment par analogie au cas où la partie demanderesse pourrait par le choix du tribunal compétent déterminer unilatéralement la loi applicable.

saurait négliger les avantages qu'il y a, en termes de simplicité de la procédure²⁶⁵⁴, à ce qu'un juge applique sa propre loi par rapport à l'application d'une loi étrangère. La pertinence de la coïncidence n'empêche cependant pas que le système doive fondamentalement être conçu comme étant ouvert aux ordres juridiques étrangers, ce qui se reflète naturellement dans les éléments de rattachement retenus, lesquels ne sauraient se réduire à l'application systématique de la loi du for. Le constat fait par Batiffol il y a cinquante ans, en référence à Yntema, vaut évidemment toujours aujourd'hui : « Lier la compétence législative à la compétence judiciaire nous ramènerait [...] au douzième siècle »²⁶⁵⁵.

795. Nous avons déjà vu que le droit international privé européen de la famille se montre désormais réceptif à l'exigence d'une véritable articulation du conflit de juridictions et du conflit de lois ouverte à l'idée de l'application d'un droit étranger. Il le fait en acceptant deux types de rattachement. Le premier est un rattachement à la loi choisie par les parties, signe évident d'un approfondissement de « la pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille »²⁶⁵⁶. Le second, un rattachement objectif qui suit une cascade de rattachements, sur le modèle du système *Rivière* ou de l'échelle de Kegel, qui prend en considération de façon variable la résidence habituelle ou la nationalité des parties ou la loi du for. L'étude des éléments de rattachements du droit international privé européen de la famille doit donc tourner autour de l'analyse de cette opposition entre rattachement objectif et rattachement subjectif. Tandis qu'au sujet du premier, il convient surtout de se demander quelle est meilleure façon de déterminer la localisation objective de la situation familiale, le second soulève la question de son admissibilité même. L'importance du principe d'unité du statut familial doit à ce titre être rappelée. Il en résulte en effet que le statut familial doit reposer sur un « élément de permanence foncièrement opposé à une localisation

²⁶⁵⁴ Et toutes les conséquences qui vont avec, en termes de délais, de coûts, d'accès au tribunal, d'égalité des armes, de contrôle efficace par des cours supérieures, pour ne nommer que certains points qui sont affectés lorsqu'une loi étrangère est applicable.

²⁶⁵⁵ H. BATIFFOL, « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », dans Hessel Edward YNTEMA, Kurt H. NADELMANN et Arthur T. von MEHREN (dir.), *XXth century comparative and conflicts law : legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, A. W. Sythoff, Leyde, 1961, spéc. p. 295 et s. ; reproduit également in H. BATIFFOL, *Choix d'articles* ; LGDJ, Paris, 1976, spéc. p. 213 et s. spéc. p. 223 ; et la référence à H. YNTEMA, « Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit. droit international privé*, 1959, I, p. 2.

²⁶⁵⁶ Sur laquelle, voy. not. P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992.425-454 ; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992 ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, coll. RCADI, n°359, 2012. Cf. égal. *infra*.

provisoire de la personne »²⁶⁵⁷, alors que, et le constat est ancien, « les tendances [...] au rapprochement des deux compétences [législative et juridictionnelle] visent [...] très directement à la démolition, ou tout au moins à la réduction, du statut personnel »²⁶⁵⁸, lequel comprend naturellement le statut familial.

796. Il conviendra par conséquent d'étudier quels sont les éléments de rattachement objectifs les mieux adaptés, en ce qu'ils protègent efficacement la stabilité et l'effectivité de la relation familiale européenne (section 1) avant de se demander dans quelle mesure et à quelles conditions il doit être possible de recourir à un rattachement subjectif (section 2).

Section 1 Les rattachements objectifs appropriés

797. La difficulté de trouver le ou les rattachements objectifs appropriés se pose surtout pour le conflit de lois. Nous avons déjà vu en effet que les objectifs de proximité inhérents au conflit de juridictions peuvent aisément justifier le recours à une multitude de rattachements, lorsqu'une localisation unique de la situation est peu évidente. Le conflit de lois ne peut cependant s'accommoder d'une telle imprécision, que seul le demandeur tranchera en saisissant le juge de l'un des ordres juridiques auxquels la situation se rattache suffisamment. Pour le conflit de lois, l'unicité de la localisation est nécessaire si l'on veut respecter les exigences inhérentes à la construction d'un droit international privé de la famille européen cohérent, et même, plus fondamentalement, en vue du respect des exigences de l'Etat de droit et de l'idéal de justice. Ce qui condamne également le recours à la *lex fori*. Pour reprendre une idée forte développée par le doyen Batiffol, « quand [...] on recherche la loi applicable à une question il s'agit toujours, sous une forme ou sous une autre, de déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes, de manière à éviter que l'application aveugle de la loi du juge saisi ne désorganise une matière dont les éléments essentiels ont déjà été ou seront tôt ou tard nécessairement réglés selon une autre loi.

²⁶⁵⁷ H. BATIFFOL, *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, préc., note 2701 à la page 66, c'est nous qui soulignons.

²⁶⁵⁸ *Ibid.* ; Voy. également sur ce point les observations de M. Yves Lequette, qui reprend à son compte et développe jusqu'au bout la thèse d'Henri Batiffol : « Admettre la thèse [du rattachement par la *lex fori*], ce serait donc risquer à plus ou moins longue échéance la disparition du statut personnel. Une telle perspective paraît difficilement acceptable : le statut personnel « représente une notion trop ancienne pour qu'une élimination pure et simple soit concevable. Cette ancienneté exprime une expérience trop prolongée pour qu'elle soit une pure illusion » », Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, préc., note 2700, spéc. p. 153.

Le souci de cohérence est inséparable d'une harmonie des résultats »²⁶⁵⁹. La nécessité d'être capable de trancher le débat sur les qualités respectives des différents éléments de rattachement, traditionnellement la nationalité et le domicile, auquel s'est substituée aujourd'hui la résidence habituelle, ne peut donc être surmontée par l'admission simultanée de tous ces éléments de rattachement pour les besoins du conflit de lois. Contrairement au conflit de juridictions, où aussi bien la résidence habituelle que la nationalité continuent de jouer un rôle très important²⁶⁶⁰, un choix s'impose donc ici pour savoir si l'on doit préférer le recours à la nationalité ou à la résidence, voire à l'autonomie des parties. C'est par conséquent principalement la pertinence des choix opérés ou projetés par le législateur européen au regard de l'élément de rattachement utilisé pour les besoins du conflit de lois qui sera discuté ici²⁶⁶¹.

798. Il y a un accord sur le fait que le droit international privé contemporain, et notamment européen, a dépassé l'opposition rigide entre rattachement par la nationalité et par le domicile²⁶⁶² pour se demander surtout quels doivent être les rapports de principe à exception entre la résidence habituelle et la nationalité. A partir du moment où l'on ne conçoit pas le domicile comme « une vice-nationalité déterminée unilatéralement par chaque Etat »²⁶⁶³, mais comme « un lien avec un ressort législatif ou juridictionnel [qui implique] un élément intentionnel [et] l'effectivité des liens tissés entre l'individu et son environnement »²⁶⁶⁴, le recours à la résidence habituelle comme élément de rattachement en lieu et place du domicile a un impact limité. Il y a bien sûr des différences entre les deux notions, notamment le fait que la résidence habituelle est « factuelle », tandis que le domicile est « normatif » ou « juridique ». Une autre différence réside dans la nécessité constitutive d'un élément intentionnel, *animus manendi*, pour le domicile, mais non pour la résidence habituelle²⁶⁶⁵. Le domicile est donc une notion à la fois plus rigide et plus stable que la résidence habituelle. Mais la nécessité de définir précisément le domicile rend un accord

²⁶⁵⁹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, préc., note 828, spéc. p. 220- 221.

²⁶⁶⁰ Notamment pour la question des compétences exorbitantes.

²⁶⁶¹ Même si ces discussions sont évidemment aussi à prendre en considération pour le conflit de juridictions, dont nous avons vu qu'il devait se mettre au service du conflit de lois ; cf. *supra*, n° 740 et s.

²⁶⁶² J. von HEIN, « Artikel 5 EGBGB », dans Franz Jürgen SÄCKER, Roland RIXECKER et Hartmut OETKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2015, n° 38.

²⁶⁶³ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 2*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 76.

²⁶⁶⁴ *Ibid.* ; et plus longuement *Ibid.*, spéc. p. 95- 97.

²⁶⁶⁵ Voy. not. A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, 2004 https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2004_out_richez_pons_a.pdf.

européen illusoire²⁶⁶⁶, et explique largement pourquoi la notion de résidence habituelle lui est préférée. En tant qu'élément de rattachement pour les besoins du droit international privé, il est d'ailleurs tout à fait possible de considérer que la résidence habituelle joue le rôle de « nouveau domicile »²⁶⁶⁷. Dès lors, et alors même qu'une partie de la doctrine plaide en faveur du recours au domicile²⁶⁶⁸, il nous semble plus judicieux de limiter le débat à l'opposition entre nationalité et résidence habituelle. A de très rares exceptions près²⁶⁶⁹, ces deux rattachements sont en effet les éléments de rattachement objectif utilisés par le législateur européen en matière de droit international privé de la famille.

799. Les arguments en faveur du rattachement par la nationalité et par la résidence habituelle sont connus, tout comme le fait que les deux sont susceptibles de constituer un lien de proximité suffisant en vue de la détermination du statut familial d'une personne. Il convient également de souligner qu'il s'agit d'un débat dans lequel les arguments se valent souvent, ce qui est la raison pour laquelle ce débat reste vivace malgré plus d'un siècle de discussions doctrinales intenses²⁶⁷⁰. Les réponses apportées sont donc surtout fonction de choix de politique juridique, et non de démonstrations scientifiques. Pour le droit international privé européen de la famille, il ne peut dès lors s'agir de vouloir ériger l'un de ces rattachements en rattachement unique de la localisation de la situation familiale. On peut au contraire aujourd'hui tenir pour acquis que le statut personnel et familial doit être conçu

²⁶⁶⁶ Ce que confirme l'absence de définition dans le règlement « Bruxelles I » ; voy. p.ex. J. von HEIN, *Artikel 5 EGBGB*, préc., note 2710, n° 115. L'acception différente de ce terme par les systèmes de *Common Law*, ou le terme se rapproche davantage de la nationalité que de la résidence habituelle, condamne déjà à elle-même son utilisation. Ce qui n'interdirait pas d'utiliser le concept de domicile sous un autre nom. Mais l'on ne voit pas le degré de complexité auquel mènerait un tel système...

²⁶⁶⁷ P. ROGERSON, « Habitual Residence : The New Domicile? », (2000) 49-1 *The International and Comparative Law Quarterly* 86- 107.

²⁶⁶⁸ L. d'AVOUT, « La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle », dans Horatia MUIR WATT, Louis d'AVOUT et Dominique BUREAU (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p. 15- 41 ; J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préc., note 103, spéc. p. 343- 362 ; contra not. B. RENTSCH, « Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt », *ZEuP* 2015.2.288- 312.

²⁶⁶⁹ Notamment l'assimilation du *domicile* britannique et irlandais à la nationalité et la validité des testaments dans le règlement n° 650/2012 sur les successions.

²⁶⁷⁰ Voy. not. déjà P. S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », préc., note 87 ; et sur l'influence de celui-ci E. JAYME, *Internationales Privatrecht : Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, préc., note 676 ; voy. égal. Erik JAYME, Heinz-Peter MANSEL et Jürgen BASEDOW (dir.), *Nation und Staat im internationalen Privatrecht : zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Sicht : Symposium 1988 in Heidelberg*, coll. Motive, Texte, Materialien, Müller, Heidelberg, 1990. Ces discussions doctrinales sont à rapprocher de la convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile.

autour d'une application combinée de ces éléments de rattachement, même si le risque d'éclatement du statut personnel et familial qui en résulte est à déplorer²⁶⁷¹. Pour le droit international privé européen de la famille, il s'agit surtout de savoir quel rattachement doit être érigé en rattachement principal en raison du fait qu'il est le mieux à même de permettre la réalisation des objectifs du droit international privé européen de la famille. L'analyse du droit international privé européen de la famille montre alors une préférence nette de la part du législateur européen pour le rattachement par la résidence habituelle (I). Confronté aux enjeux auxquels le droit international privé européen de la famille doit répondre, ce choix ne se révèle cependant que partiellement approprié. Le rattachement par la nationalité devrait en effet être revalorisé si l'on veut permettre au droit international privé européen de la famille d'atteindre de façon satisfaisante le double objectif de l'unité du statut familial et du respect de la diversité des droits de la famille nationaux (II).

I Le choix de la facilité : la résidence habituelle

800. Le rattachement par la résidence habituelle est le rattachement en vogue du droit international privé contemporain, et pas seulement familial²⁶⁷². Son utilisation par le droit international privé européen de la famille ne surprend donc guère. Et il est vrai que le critère de la résidence habituelle présente un élément de rattachement particulièrement adapté lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable aux effets actuels et à venir d'une situation familiale, autrement dit, lorsque l'effectivité de la situation familiale est en cause (A). Ce mérite ne doit cependant pas être reconnu au-delà du domaine qui doit être le sien, et le fait que le droit international privé européen de la famille étend le recours au critère de la résidence habituelle au-delà des seules hypothèses dans lesquelles l'effectivité de la situation familiale est en jeu montre que le caractère flou de ce rattachement joue également un rôle important pour expliquer le recours à ce rattachement (B).

²⁶⁷¹ Et l'on a pu défendre, à juste titre, la nécessité de trouver les moyens de retrouver l'unité du statut personnel ; voy. sur ce point not. M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004.

²⁶⁷² Voy. notamment l'utilisation de ce concept par les règlements Rome I et II, respectivement à l'article 19 et à l'article 23 ; sur la notion de résidence en général, voy. notamment A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois*, préc., note 2713 ; A. RICHEZ-PONS, « La notion de résidence », dans Hugues FULCHIRON et Cyril NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 149 et s. ; A. RICHEZ-PONS, « La notion de résidence », *Droit et patrimoine* 2005.53 et s.

A Le mérite réel en vue de l'évaluation de l'effectivité de la situation familiale

801. Le recours systématique des règlements de droit international privé européen de la famille au rattachement de la résidence habituelle confirme que « l'importance prise par le milieu de vie effectif de l'intéressé tend aujourd'hui à trouver son expression dans l'essor du concept de résidence, qualifié ou non, qui est perçue comme répondant davantage au besoin de réalisme et de pragmatisme qui prédomine désormais parmi les politiques fondatrices du droit international privé »²⁶⁷³. Dès lors, pour les besoins du statut personnel, la résidence habituelle apparaît « comme un rattachement fonctionnel, complémentaire au rattachement au pays d'origine dont il comblait certaines défaillances, [qui] a progressivement gagné en importance au point de prétendre accéder au rang de rattachement primordial »²⁶⁷⁴. Dans une vision plus générale, un auteur a même pu plaider pour une véritable redécouverte du statut personnel autour de la résidence habituelle, puisque « interprété de manière souple et en accord avec la réalité familiale de la vie des intéressés, le rattachement [...] à la résidence habituelle, reflet du milieu d'intégration des personnes concernées, permet seul de concilier l'abstraction nécessaire à la cohérence des catégories juridiques et à la stabilité de l'état des personnes avec la finalité humaine du statut personnel : l'affirmation de la primauté de la protection de la personne »²⁶⁷⁵.

802. Sans pouvoir ici adhérer à une conclusion aussi radicale, il ne ressort pas moins de ses éléments que le rattachement par la résidence habituelle répond à un véritable souci d'intégration. Cela est particulièrement vrai pour les effets des relations familiales. Les avantages du recours à la résidence habituelle y sont nombreux, notamment en termes de respect des intérêts des tiers, de prise en compte des besoins locaux, par exemple pour fixer le montant d'une obligation alimentaire ou déterminer le régime de protection des enfants ou de facilitation de l'exécution de la décision éventuellement prise²⁶⁷⁶. La résidence habituelle a donc des mérites certains, et il serait aberrant qu'elle n'en ait pas, puisqu'elle constitue le rattachement de principe du droit international privé européen de la famille. Le souci

²⁶⁷³ H. MUIR WATT et A. RICHEZ-PONS, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », dans *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 543-10, 2008, n° 12.

²⁶⁷⁴ L. d'AVOUT, *La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle*, préc., note 2716, n° 7.

²⁶⁷⁵ M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, préc., note 2719, spéc. p. 536, plaidant pour une redécouverte du statut personnel autour de la résidence habituelle.

²⁶⁷⁶ Dans cette dernière hypothèse, il peut aussi remplir un rôle auxiliaire pour rendre effectif le rattachement à l'ordre juridique national.

d'intégration de la situation familiale internationale justifie ainsi le rattachement à la résidence habituelle. La résidence habituelle correspond généralement au contexte juridique le plus proche de la situation familiale, du moins de la vie quotidienne de la famille, qui sera celle qui est en pratique la plus importante. Ce souci d'intégration plaide naturellement en faveur de l'actualité de la résidence habituelle. Les situations familiales doivent toujours être conçues comme tournées vers l'avenir. Dès lors la situation actuelle et la projection vers le futur doivent l'emporter sur une simple contemplation du passé. En cela la résidence habituelle permet l'adaptation nécessaire de la loi applicable lorsque la relation familiale n'a plus vocation à produire ses effets dans l'ordre juridique de l'ancienne résidence habituelle. Ceci est particulièrement net en cas de déménagement de la famille ou de certains de ses membres ou pour ce qui concerne la détermination de la résidence habituelle de très jeunes enfants²⁶⁷⁷.

803. Le critère de la résidence habituelle a également l'avantage important de garantir l'effectivité de l'intervention de l'autorité dans toutes les situations, nombreuses en droit de la famille, qui impliquent un contrôle ou une intervention actifs de la part d'une autorité publique, le plus souvent le juge. Le juge de la résidence habituelle sera nécessairement le plus proche pour effectuer ce contrôle. Il en va ainsi notamment de la question de l'intérêt de l'enfant, de la fixation du montant d'une obligation alimentaire ou de la détermination d'un juste équilibre dans l'évaluation de la prestation compensatoire. Puisque la compétence des autorités doit largement être fondée sur des idées de proximité qui impliquent de retenir la résidence habituelle comme chef de compétence, l'exercice de la mission de l'autorité publique est grandement facilité si on lui permet d'appliquer sa propre loi. On garantit ainsi un contrôle efficace et juste du point de vue procédural. Car le pouvoir d'appréciation du juge s'exercera de façon plus équitable et plus juste s'il s'exerce dans les limites et en application de la loi du for. Il est en effet essentiel face à un tel pouvoir plus ou moins discrétionnaire du juge de renforcer l'équité procédurale, afin de permettre aux parties de pouvoir tenter de le convaincre. L'équité procédurale requiert alors de garantir des possibilités de recours effectifs et de dispenser les parties de tâches excessivement lourdes. La connaissance de son propre droit par le juge, les possibilités des voies de recours avec un contrôle sur l'interprétation et l'application du droit, l'absence de coût supplémentaire lié à la preuve d'un droit étranger, pour ne nommer que certains avantages procéduraux liés à

²⁶⁷⁷ Ce qui est le cas p. ex. pour la résidence habituelle du nouveau-né ; voy. sur ce point *Mercredi*, [2010] EU :C :2010 :829 (Cour de justice) RTD eur. 2011, p. 481, note M. Douchy-Oudot ; D. 2011, p.1374, note F.

l'application de la loi du for, sont tous autant d'éléments en faveur du critère de la résidence habituelle. Mais il est important de relever que ce qui est en cause, dans ces hypothèses dans lesquelles l'autorité opère un contrôle actif de la situation familiale, est la question de l'évaluation de l'effectivité de la relation familiale et que celle-ci est à distinguer de la question de la validité de la situation familiale. Car au sujet de l'appréciation de la validité de la relation familiale, le pouvoir d'appréciation du juge est très limité, s'il n'est pas à proprement parler inexistant, puisque la réponse à la question de la validité doit clairement résulter du droit objectif applicable, non d'un jugement de valeur subjectif de la part du juge.

804. La proximité inhérente à la résidence habituelle en fait donc un rattachement particulièrement bien adapté à l'évaluation de l'effectivité de la situation familiale. Ce mérite est de nature à expliquer pourquoi cet élément de rattachement a pu être choisi par les instruments de droit international privé de la famille européens. Car à y regarder de plus près, ceux-ci s'attachent non pas directement à la validité de la situation familiale, à l'exception notable du règlement Bruxelles II *bis*, mais à ses effets ou à la création d'une situation nouvelle qui a vocation à produire des effets pour l'avenir, considération que l'on retrouve notamment à l'égard du règlement n° 650/2012 sur les successions et du règlement Bruxelles II *bis*. Cette justification permet également de mieux comprendre le domaine qui doit être réservé au rattachement par la résidence habituelle. On a en effet souvent l'impression que face au mérite réel de la résidence habituelle dans certains domaines limités, il faudrait en faire le rattachement de principe pour l'ensemble du droit international privé de la famille²⁶⁷⁸. Cette tendance est clairement perceptible au regard du droit international privé européen de la famille²⁶⁷⁹. Or en étendant le recours à la résidence habituelle au-delà du domaine qui est justifié par les exigences qui sont le corollaire de l'évaluation de l'effectivité de la situation familiale, on soulève la question de savoir ce qui fonde la résidence habituelle dans ces autres domaines. Et il apparaît que ces fondements alternatifs sont en réalité beaucoup plus fragiles.

Jault-Seseke ; Dr. Famille n°4, avril 2011, comm.66, E. Viganotti ; dans un même esprit, Cass. Civ. 1ère, 4 mars 2015, D. 2015, p. 625.

²⁶⁷⁸ Voy. sur cette question, parmi beaucoup d'autres, not. M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, préc., note 2719 ; M. KRÄNZLE, *Heimat als Rechtsbegriff? : Eine Untersuchung zu Domicile und gewöhnlichem Aufenthalt im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung*, Mohr Siebeck, 2014.

²⁶⁷⁹ Comme l'illustre le recours à ce critère de rattachement dans les règlements récents et les propositions de règlements qui restent débattues.

B Le mérite « décisif » : un rattachement flou laissé à l'appréciation du juge

805. Il se pourrait bien que ce ne soient pas tellement les qualités intrinsèques de ce rattachement qui justifient le recours au rattachement à la résidence habituelle. Il ne faut pas négliger le fait que ce rattachement constitue l'outil politique parfait pour trouver un compromis entre des ordres juridiques ayant des approches divergentes en ce qui concerne la localisation des relations familiales internationales²⁶⁸⁰. Comme « le mot résidence en droit international privé est quelque chose d'assez vague, même en y ajoutant le qualificatif habituelle »²⁶⁸¹, on remet au juge le soin de définir cette notion, ce qui évite donc de devoir trouver en amont un accord sur le terme. Pourtant, la Cour de justice refuse de donner une définition d'ensemble de la notion de résidence habituelle, mais procède en fonction de chaque instrument²⁶⁸². Il en résulte un caractère fonctionnel de la résidence habituelle qui accroît encore l'indétermination de la notion. Ce caractère fonctionnel n'est pourtant pas condamnable en soi, puisque « cette approche fonctionnelle signifie [...] qu'il s'agit d'apprécier l'intensité des liens que l'intéressé entretient avec le système juridique dans lequel il est physiquement présent au regard de l'objectif poursuivi par la règle de droit »²⁶⁸³. Cette approche est désormais clairement retenue également par le législateur européen, qui a souligné que « conformément à la pratique de la Conférence de La Haye, dans le cadre de laquelle le concept de "lieu de résidence habituel" a été mis au point, cette notion n'est pas définie et c'est le juge qui l'examine au cas par cas lors de l'appréciation des faits »²⁶⁸⁴, ce que confirme le Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles I en affirmant que « la notion de "résidence habituelle", qui est de plus en plus utilisée dans les instruments

²⁶⁸⁰ Ce qui est notamment le cas pour les conventions récentes de la Conférence de La Haye de droit international privé.

²⁶⁸¹ A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, coll. RCADI, n°283, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2000, spéc. p. 38.

²⁶⁸² Voy. sur ce point p.ex. J. von HEIN, *Artikel 5 EGBGB*, préc., note 2710, n° 133 ; Cette situation est très nette en matière de successions internationales, le règlement n° 650/2012 sur les successions précisant que la notion de résidence habituelle devrait être établie « compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement » (considérant 23). Sur le rôle de la résidence habituelle en matière de successions internationales, voy. p. ex. E. BENDELAC, *Le transfert de bien au décès autrement que par succession en droit international privé*, Reproduction de, Université Panthéon-Assas, Paris, France, 2014, spéc. p. 248 et s.

²⁶⁸³ H. MUIR WATT et A. RICHEL-PONS, *Domicile et résidence dans les rapports internationaux*, préc., note 2721, n° 84 ; faisant référence également à M. van Hoogstraten qui proposait déjà une telle approche : M. H. VAN HOOGSTRATEN, *La codification par traité en droit international privé dans le cadre de la conférence de La Haye*, 122, coll. RCADI, Leyde, 1967, spéc. p. 363-364.

²⁶⁸⁴ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 et

internationaux, n'est pas définie par le règlement ; elle est caractérisée par le juge au cas par cas sur la base des éléments de fait. Le sens de cette expression devrait être interprété conformément aux objectifs et aux buts du règlement »²⁶⁸⁵. Il est donc évident que « le législateur communautaire semble s'être rallié à l'opinion communément admise selon laquelle la résidence ne devait pas faire l'objet d'une définition textuelle formulée en des termes généraux et abstraits »²⁶⁸⁶.

806. Il y a cependant un trait commun qui semble émerger de la définition de la résidence habituelle donnée par la Cour de justice. Dans son arrêt *C c. M*²⁶⁸⁷, la Cour de justice a eu l'occasion de rappeler tout d'abord, que « s'agissant de la notion de "résidence habituelle", [...] le règlement ne comporte aucune définition de cette notion et [...] le sens et la portée de celle-ci doivent être déterminés, notamment, selon l'objectif qui ressort du considérant 12 du règlement, selon lequel les règles de compétence qu'il établit sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, du critère de proximité »²⁶⁸⁸. Ensuite, elle précise que « la résidence habituelle de l'enfant doit être établie par la juridiction nationale en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières de chaque cas d'espèce »²⁶⁸⁹. Donnant simplement des critères d'appréciation²⁶⁹⁰, elle refuse cependant de se prononcer elle-même sur la détermination de la résidence habituelle, en décidant au contraire qu'« il incombe [aux juridictions nationales] de vérifier [la résidence habituelle] en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières du cas d'espèce, suivant les critères d'appréciation donnés [par la Cour de justice] »²⁶⁹¹. Il en résulte qu'il est impossible de dire abstraitement où se situe la résidence habituelle d'une personne, puisque celle-ci ne peut être déterminée que par le juge, dont l'intervention est un élément constitutif

modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les questions alimentaires, /* COM/2002/0222 final*/, *JO C 203E du 27.8.2002*, p. 155-178, spéc. l'exposé des motifs sous l'art. 10.

²⁶⁸⁵ *Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II*, Document établi par les services de la Commission en consultation avec le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, 2005, spéc. p. 12, en ligne : <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_fr.pdf>.

²⁶⁸⁶ H. MUIR WATT et A. RICHEL-PONS, *Domicile et résidence dans les rapports internationaux*, préc., note 2721, n° 83.

²⁶⁸⁷ *C c. M*, [2014] EU :C :2014 :2268 (Cour de justice) ; et plus généralement sur la jurisprudence récente pertinente : A. BOICHE, « Précisions sur la définition de la résidence habituelle de l'enfant en droit européen – à propos de Cour de cassation, 1re civ. 4 mars 2015 – », *AJ fam.* 2015.283.

²⁶⁸⁸ *C c. M*, *C c. M*, préc., note 2735, n° 50 ; en référence à *A*, [2009] EU :C :2009 :225, n° 31 et 35 (Cour de justice) ; et *Mercredi*, *Mercredi*, préc., note 2725, n° 44 et 46.

²⁶⁸⁹ *C c. M*, *C c. M*, préc., note 2735, n° 51 ; en référence à *A*, *A*, préc., note 2736, n° 37 et 44 ; et *Mercredi*, *Mercredi*, préc., note 2725, n° 47 et 56.

²⁶⁹⁰ *C c. M*, *C c. M*, préc., note 2735, n° 52 et 53 ; et les références à *A*, *A*, préc., note 2736 ; et *Mercredi*, *Mercredi*, préc., note 2725.

²⁶⁹¹ *C c. M*, *C c. M*, préc., note 2735, n° 54.

de la notion. Avant qu'un juge ne soit saisi, l'on peut simplement faire des hypothèses sur la réponse qu'il donnera quant à la question de savoir où est située la résidence habituelle, et les critères d'appréciation fournis²⁶⁹² permettent de prévoir dans la grande majorité des cas où sera la résidence habituelle. Mais il n'en reste pas moins que dans les situations litigieuses, seule la saisine d'un juge permettra d'obtenir une réponse certaine à la question de la détermination de la résidence habituelle.

807. La source d'indétermination la plus importante au regard de la notion de résidence habituelle est donc son caractère factuel, alors même que ce dernier peut par ailleurs aussi constituer un avantage important²⁶⁹³. L'importance du juge dans l'appréciation de la résidence habituelle peut en effet être une grave source de conflits, puisqu'elle est génératrice d'une possible multiplicité de compétence si plusieurs juges considèrent que la résidence habituelle est située dans leur ressort²⁶⁹⁴. Il n'y a d'ailleurs aucune garantie sur le fait que la résidence habituelle ne puisse exister qu'à l'égard d'un seul ordre juridique²⁶⁹⁵. La jurisprudence de la Cour de justice en application du règlement Bruxelles II *bis* illustre ces difficultés d'une définition fondée sur le cas par cas. Elle génère en effet des risques de conflit de résidence habituelle, en raison de son indétermination, qui constitue alors une incitation à la course au tribunal.

808. Ces considérations ne doivent cependant pas occulter le fait que ces problèmes n'existent qu'à la marge, en présence de situations assez exceptionnelles. Un accord sur un

²⁶⁹² Notamment la présence physique, qui ne doit cependant pas avoir un caractère purement temporaire ou occasionnel mais traduire une certaine intégration dans un environnement social et familial, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux dans ledit État, l'intention de s'établir dans un autre État membre, exprimée par certaines mesures tangibles telles que l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État membre.

²⁶⁹³ C'est-à-dire lorsque l'effectivité de la relation familiale et du contrôle social exercé sont en cause.

²⁶⁹⁴ Ce qui est notamment problématique en cas d'enlèvement illicite d'enfant, l'enfant pouvant acquérir très rapidement une nouvelle résidence habituelle aux yeux du juge du pays d'accueil, tandis que les juges du pays de départ peuvent considérer que la résidence habituelle est encore dans leur pays.

²⁶⁹⁵ Ce qui rapproche la notion de résidence habituelle de celle de nationalité, pour laquelle les cas de multiplicité sont aujourd'hui assez courants. Il est par contre théoriquement tout-à-fait possible de prévoir qu'il n'y a qu'une seule résidence habituelle, comme le fait p. ex. l'article 5, relatif la détermination du domicile et de la résidence habituelle de l'avant-projet de loi modèle OHADAC relative au droit international privé (« 1. Aux fins de la présente loi, on entend par : domicile : le lieu de la résidence habituelle ; résidence habituelle : le lieu où la personne physique est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir. Pour déterminer ce lieu, il est tenu compte en particulier de circonstances de nature personnelle, familiale et professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ; le lieu où la société ou la personne morale a son siège social, son administration centrale ou son centre principal d'activité ; le lieu où est situé l'administration d'un trust ou le centre de ses principaux intérêts. 2. Aucune

droit international privé fondé sur le rattachement par la résidence habituelle est donc certainement préférable à l'absence d'accord. Il faudrait cependant toujours se poser la question de savoir si un accord plus complet et cohérent ne peut être trouvé²⁶⁹⁶, notamment face à l'approfondissement du droit international privé réalisé par les objectifs poursuivis par l'Union européenne en ce domaine, puis s'il ne faudrait pas alors instaurer et rendre efficaces des mécanismes pour résoudre d'éventuels conflits entre procédures parallèles. Ces derniers mécanismes peuvent naturellement inclure des techniques de coopération entre juges²⁶⁹⁷, mais l'on pourrait aussi songer à des mécanismes plus ambitieux par lesquels l'on assure la détermination d'une résidence habituelle unique pour l'ensemble de l'Union européenne par un juge unique, compétent pour statuer sur cette question factuelle précise qui conditionne alors ensuite la compétence du juge national. La Cour de justice pourrait ainsi, très théoriquement, devenir le juge commun qui, tel un Tribunal des conflits, détermine la résidence habituelle en cas de difficulté et des hypothèses d'appréciations factuelles divergentes par les juridictions nationales. L'existence de la procédure préjudicielle d'urgence permettrait même à une telle procédure d'aboutir assez rapidement et de faire gagner beaucoup de temps et d'efforts par la suite, puisque l'on aurait la certitude sur la compétence du juge national, laquelle ne saurait plus être contestée par la suite.

809. La résidence habituelle peut donc se targuer d'un double avantage au regard du droit international privé européen de la famille. Le premier tient au fait que le critère de la résidence habituelle est bien adapté à la question de l'évaluation de la situation familiale, et cette considération confère une légitimité importante à cet élément de rattachement. Le second tient au fait que ce critère reste vague et qu'il doit par conséquent être déterminé par le juge. Une telle solution est toujours tentante pour le législateur, qui se décharge ainsi de sa responsabilité de trouver une solution, ce qui ne rend plus nécessaire de trouver un accord sur le fond et le met à l'abri des critiques, lesquelles devront s'adresser au juge. Elle est cependant dangereuse pour la sécurité juridique et, en ce qui nous concerne, la stabilité des relations familiales internationales. Il faut donc veiller à ce que la résidence habituelle, au sens de notion déterminée de façon factuelle au cas par cas, ne soit utilisée que là où l'effectivité de la situation familiale est véritablement en cause. Dans les autres domaines, si

personne physique ne peut avoir deux ou plusieurs domiciles »). Mais une telle disposition ne garantit pas non plus que les ordres juridiques étrangers retiennent la même résidence habituelle.

²⁶⁹⁶ Comportant le cas échéant le besoin de définir avec suffisamment de précision la notion de résidence habituelle.

²⁶⁹⁷ Cf. *supra*, n° 710 et s.

on utilise le terme de « résidence habituelle », il n'en faut pas moins lui donner une définition précise qui permet une détermination à l'avance de la loi applicable et du juge compétent.

810. Ces mérites, plus ou moins justifiés, de la résidence habituelle confirment que, « notion éminemment concrète, souple et pragmatique, la résidence n'est plus envisagée comme un simple élément constitutif du domicile ou son substitut, mais comme une notion autonome, apte à répondre aux objectifs de la règle de droit international privé qui l'utilise. Elle est devenue un élément clé de répartition des litiges dans l'ordre international »²⁶⁹⁸. Cette place centrale de la résidence habituelle dans le droit international privé contemporain en général, et dans le droit international privé européen de la famille en particulier, ne doit cependant pas occulter les faiblesses de ce rattachement lorsque l'objectif de stabilité de la relation familiale est en cause. L'extension du domaine du rattachement par la résidence habituelle au-delà de la question des effets de la situation familiale à celle de la validité de la situation familiale est donc condamnable²⁶⁹⁹.

811. La résidence habituelle n'est ainsi pas en mesure d'offrir une stabilité suffisante dans l'ensemble des hypothèses soulevées par le droit international privé européen de la famille, alors même que cette stabilité est primordiale en vue du respect de l'objectif d'unité du statut familial. La protection de la stabilité de la situation familiale requiert ainsi de conférer une place plus importante au rattachement par la nationalité, qui répond également mieux au besoin de protection des ordres juridiques nationaux au regard, notamment, de la validité de la situation familiale²⁷⁰⁰.

²⁶⁹⁸ H. MUIR WATT et A. RICHEL-PONS, *Domicile et résidence dans les rapports internationaux*, préc., note 2721, n° 78.

²⁶⁹⁹ D'autant qu'il ne faut pas oublier en effet que la résidence n'est en principe qu'une notion localisatrice, pas nécessairement « compatible avec le sentiment d'appartenance à une communauté d'origine ethnique ou familiale, qui constitue l'élément clé du principe de la nationalité » ; voy. A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, préc., note 2729, n° 17.

²⁷⁰⁰ Même si le rattachement de la résidence habituelle répond aussi à ce souci de protection des ordres juridiques nationaux, lequel implique également que le droit du for soit appliqué à des étrangers résidant sur le territoire national. Il y a ainsi, en faveur du domicile ou de la résidence habituelle, l'argument fort de l'accessibilité et de la facilité qui peut inciter un Etat national à soumettre également ses propres nationaux résidant à l'étranger à la loi de leur résidence habituelle. Niboyet l'exprimait déjà, en affirmant qu'« en soumettant [le national domicilié à l'étranger] à la loi de son domicile, au lieu de sa loi nationale, on ne compromet ni son intérêt, ni ceux de la société ; bien au contraire, on les sert » ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944, spéc. p. 202.

II Le besoin de revaloriser le rattachement par la nationalité

812. L'exigence de conférer à la règle de conflit de lois une fonction d'ancrage et d'encadrement de la personne, déjà particulièrement forte en matière de statut personnel²⁷⁰¹, est encore renforcée s'agissant du statut familial. Or le recours quasi-systématique à la résidence habituelle ne permet pas de conférer une stabilité suffisante aux relations familiales. A chaque fois que l'existence de la relation familiale ou la possibilité de sa création sont en cause, autrement dit, à chaque fois qu'il s'agit de déterminer la validité d'une relation familiale, le caractère potentiellement flou, variable et manipulable de la résidence habituelle, largement démontré par les instruments européens existants, plaide en faveur de la recherche d'un rattachement plus stable et assurant un meilleur équilibre entre les divers objectifs poursuivis par le droit international privé européen de la famille. A cet égard il convient de se demander quel rôle il conviendrait d'attribuer à la nationalité, autre rattachement de principe possible à côté de la résidence habituelle²⁷⁰². Le rattachement par la nationalité présente alors des avantages réels qui justifient une revalorisation certaine de cette notion dans le droit international privé européen de la famille (A), qui n'est pas remise en cause par les hypothèses de conflit de nationalités, car ceux-ci se révèlent à l'analyse solubles (B).

A Les avantages en termes de stabilité et de respect des ordres juridiques des Etats membres

813. La détermination de la place du rattachement par la nationalité implique à notre sens une distinction entre validité et effets de la relation familiale²⁷⁰³. Un des enjeux de la construction européenne doit en effet d'être de permettre la fongibilité entre les institutions familiales, c'est-à-dire de permettre qu'une situation valable d'après le droit d'un des Etats membres puisse produire les effets juridiques qu'un autre Etat membre attache à « son » institution du for qui y est comparable. Cette assimilation, voire adaptation, répond aux soucis

²⁷⁰¹ Sur ce point, voy. not. M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, préc., note 2719.

²⁷⁰² Sur cette notion en droit international privé, voy. parmi beaucoup d'autres, E. JAYME, H.-P. MANSEL et J. BASEDOW (dir.), *Nation und Staat im internationalen Privatrecht : zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Sicht : Symposium 1988 in Heidelberg*, préc., note 2718.

²⁷⁰³ Dans le même sens, voy. p. ex. M. Paul Lagarde qui affirme que la distinction création-efficacité est la « véritable division » du droit international privé ; P. LAGARDE, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014*, 371, coll. RCADI, Leyde, 2015, spéc. p. 20.

de non-discrimination et d'absence d'entraves à la libre circulation des familles. Il est pertinent à cet égard de remarquer que le droit positif s'occupe surtout des effets²⁷⁰⁴, ce qui peut expliquer en grande partie pourquoi il préfère aussi systématiquement le rattachement par la résidence habituelle. Procéder à une étude partant des fondements même du droit international privé européen de la famille conduit cependant à constater la nécessité de revaloriser le rattachement par la nationalité, variable cependant selon s'il s'agit de la validité ou des effets de la relation en cause. Pour analyser dans quelle mesure la nationalité doit être revalorisée au regard du droit international privé européen de la famille, il est donc nécessaire de distinguer entre validité des relations familiales (1) et effets des relations familiales (2).

1 Le rôle central à l'égard de la validité des relations familiales

814. La question de l'établissement de relations familiales est une question éminemment fondamentale dans la vie d'une personne. Tantôt résolument conçues comme devant emporter des conséquences pour toute la vie de la personne, et même jusqu'à sa mort y comprise, les relations familiales peuvent aussi se contenter d'un engagement mutuel l'un envers l'autre qui inclut une promesse de stabilité qui ne s'étend pas nécessairement jusqu'au moment du décès²⁷⁰⁵. Il n'en reste pas moins que l'engagement est conçu comme suffisamment stable pour être maintenu également dans un contexte de migration européenne et de changements successifs de résidence habituelle, faute de quoi la question ne se poserait pas du point de vue du droit international privé de l'Union européenne.

815. Souligner la présence d'une situation de migration et de changements de résidence habituelle montre le danger inhérent à un rattachement à la résidence habituelle lorsqu'est en cause la validité de la relation familiale. Il semblerait aberrant de retenir comme lien de rattachement la résidence habituelle actuelle des personnes impliquées, puisqu'un changement de résidence habituelle risquerait alors d'anéantir la stabilité de cette relation, ce qui serait contraire non seulement à l'objectif de libre circulation propre à l'Union européenne, mais également incompréhensible au regard de l'objectif de continuité de traitement inhérent au droit international privé. La seule option envisageable serait alors le

²⁷⁰⁴ A l'exception du règlement Bruxelles II *bis* pour l'annulation du mariage. Le divorce est déjà une question qui ne relève pas de la validité de la situation familiale à proprement parler, mais d'un effet tellement particulier qu'il mérite d'avoir une catégorie autonome.

²⁷⁰⁵ La filiation relève évidemment de la première alternative, le mariage et le partenariat civil de la seconde.

rattachement à la résidence habituelle au moment de la création de la situation familiale, à supposer, qui plus est, que celle-ci puisse facilement être établie, ce qui est loin d'être garantie, notamment pour une contestation de la validité de nombreuses années après la création de la situation. Ici aussi, il faut donc se demander quelle est la pertinence d'un tel élément de rattachement lorsque les personnes impliquées ont effectivement en vue de changer dans un futur plus ou moins proche cette résidence habituelle²⁷⁰⁶ ?

816. Pour les relations de couple, il faut ainsi se demander quelle est la légitimité de la relation de couple en vue de sa circulation au-delà des frontières de l'Etat de célébration ou de création de cette relation. Au regard de l'exemple emblématique et controversé du mariage entre deux personnes de même sexe, si la loi nationale commune des époux²⁷⁰⁷ permet la célébration du mariage, pourquoi faudrait-il interdire à un couple de même sexe de se marier au motif que leur résidence habituelle commune au moment de cette célébration ne les y autorise pas ? Puisque nous raisonnons dans un contexte de circulation internationale du couple, nul ne peut prédire où sera située la prochaine résidence habituelle de ce couple, ni le contenu de la loi de ce nouveau pays. En outre, peut-il y avoir un sens à obliger ce couple à établir sa résidence habituelle dans un Etat permissif, pour ensuite pouvoir emporter avec lui son statut de couple marié ? Et surtout, concernant la société nationale qui a introduit ce mariage entre personnes de même sexe, la discrimination entre nationaux qui résident sur le territoire nationale et nationaux qui n'y résident pas n'est-elle pas fondamentalement choquante, alors que tous ces nationaux ont contribué à l'expression de la volonté générale qui a introduit ce mariage entre personnes de même sexe ? On retrouve ici en effet toute la nécessité de respecter les ordres juridiques nationaux. Si ceux-ci ne peuvent plus décider du sort de leurs nationaux sur des questions aussi importantes que celle de l'accès au mariage, il ne resterait plus rien de la participation directe des citoyens à l'organisation des conditions de vie en société qui les concernent. Les nationaux résidant à l'étranger auraient ainsi vocation à décider pour les étrangers qui résident sur le territoire national, tandis que ces étrangers auraient vocation à décider pour les nationaux qui résident à l'étranger. Ce serait là une bien curieuse conception de la démocratie, d'autant plus que dans le contexte contemporain, « il

²⁷⁰⁶ Ce qui est d'autant plus probable que le raisonnement se fait sur le fondement de l'hypothèse d'une dissociation entre résidence habituelle et nationalité.

²⁷⁰⁷ Et nous réservons sciemment la question des nationalités différentes, sur laquelle cf. *infra*, n° 829 et s.

est plus que jamais nécessaire de développer un ensemble de réflexions propres à envisager le devenir de la participation civique et de l'engagement citoyen »²⁷⁰⁸...

817. Aussi bien la nécessité de protéger la stabilité de la relation familiale dans un contexte de circulation internationale que le besoin de protection des ordres juridiques nationaux plaident donc en faveur du rattachement par la nationalité au regard de la validité de la relation de couple. Ces raisons se retrouvent *a fortiori* au regard de l'établissement de la filiation. Un couple qui change pour des raisons professionnelles sa résidence habituelle tous les trois ans, et qui a trois enfants avec un écart de trois ans entre chaque, verrait ainsi la question de la filiation de ses enfants soumis à trois lois différentes, permettant au père trente ans plus tard, à supposer une absence de paternité biologique pour tous ces enfants, de contester celle de l'un mais non des autres ? Lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une relation familiale, en raison de la durée dans laquelle ces relations ont naturellement vocation à s'inscrire, la résidence habituelle n'offre tout simplement pas un rattachement suffisamment stable pour remplir l'objectif d'unité du statut familial. La nationalité au contraire a vocation à perdurer, et il est communément accepté que la nationalité est plus stable que la résidence habituelle. A cela s'ajoute le fait qu'elle est beaucoup plus facile à déterminer, et partant également bien plus prévisible. Prouver la nationalité au moment de la création de la situation implique simplement la possibilité d'obtenir un certificat de nationalité ou autre document équivalent qui couvre cette date. Prouver la résidence habituelle au contraire implique une prise en compte de l'ensemble de la situation factuelle et surtout l'intervention du juge, seul en mesure de se prononcer véritablement sur cette question. C'est là une tâche évidemment plus difficile que pour la nationalité, et la sécurité juridique plaide fortement ici en faveur du rattachement par la nationalité. Le besoin de protection des ordres juridiques nationaux se retrouve également de façon accrue au regard de la filiation. Pour la plupart, si ce n'est l'ensemble, des nations européennes, la filiation est en effet un élément tout à fait central dans l'acquisition de la nationalité, et ce indépendamment du lieu de la naissance ou de la résidence habituelle au moment de la naissance. Partant, établir un lien de filiation, c'est aussi attribuer une nationalité à l'enfant. Or quel ordre juridique doit être compétent pour décider

²⁷⁰⁸ G. WORMSER, « Conclusion : Identités et engagements », dans Gilles ROUET (dir.), *Citoyennetés et nationalités en Europe : articulations et pratiques*, l'Harmattan, Paris, 2011, spéc. p. 255 et s. à la page 262. Le rattachement par la nationalité est donc indispensable, afin de permettre la participation active du citoyen dans un droit qui doit l'intéresser de tout premier chef, puisque le droit de la famille est un droit fortement sociétal. Or la réalisation concrète de cette participation civique doit se faire au niveau national, seule instance susceptible de permettre une réalisation concrète, et non pas seulement auto-satisfaisante et symbolique de l'engagement citoyen.

qui doit être intégré au sein de la communauté nationale, si ce n'est l'ordre juridique national lui-même²⁷⁰⁹ ? Faire dépendre l'établissement de la filiation d'une autre loi que la loi nationale, c'est donc aussi laisser décider, au moins partiellement, un ordre juridique étranger, de la nationalité de l'enfant vis-à-vis d'un autre Etat. Une telle atteinte à la souveraineté nationale ne serait simplement pas compatible avec l'objectif du respect des ordres juridiques nationaux.

818. L'importance de la reconnaissance de l'objectif de la stabilité des relations familiales peut également servir de guide pour trouver une solution à la question de l'établissement de la filiation et le problème du cercle vicieux consistant à avoir recours à la nationalité de l'enfant, alors que l'acquisition de celle-ci dépend souvent de l'établissement préalable du lien de filiation²⁷¹⁰. Il s'agit ainsi d'appliquer à la question de la filiation la loi nationale de l'enfant, question qui relève de la validité de la relation familiale. Sauf exceptions, cette loi nationale résulte de la filiation établie à l'égard d'un parent. S'il s'agit d'établir une filiation là où il n'y a pas besoin de contester une filiation concurrente, rien ne s'oppose à l'application de la loi nationale de celui qui revendique être le parent de l'enfant, puisqu'en cas de succès, l'enfant aura également cette nationalité. La même chose vaut dans l'hypothèse dans laquelle l'enfant cherche à faire établir sa filiation à l'égard d'un adulte qui s'y oppose et dans laquelle il doit également être possible d'appliquer la loi nationale du parent à l'égard duquel on tente d'établir la filiation²⁷¹¹. S'il s'agit de contester une filiation qui a déjà été établie en application de la loi nationale de l'enfant, et donc de la loi nationale d'un des parents, la contestation de la filiation doit nécessairement se faire en application de cette loi nationale. La stabilité de la filiation s'érige ainsi en rempart contre des actions visant à remettre en cause la filiation et qui se fonderaient sur une loi autre que la loi nationale de l'enfant. En cas de pluri-nationalité de l'enfant, rien n'impose de se départir de cette vision, la

²⁷⁰⁹ Et ce principe reste éminemment vrai même au sein de l'Union européenne, et ce malgré les exceptions désormais apportées par la Cour de justice, qui restent limitées. Voy. not. les arrêts *Micheletti* (CJCE, 7 juill. 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, Rec. I. 4239) et *Rottmann* (CJUE 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, C-135/08 ; et sur ce dernier AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Europe. juin 2010. Étude 7. p. 5, note Heymann ; Rev. crit. DIP 2010. 540, note P. Lagarde ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron ; *ibid.* 617, chron. E. Pataut ; N. Cariat, Le retrait de nationalité au regard du droit européen et international, JTDE 2010, n° 172, p. 245 ; voy. égal. S. Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI* n° 3, juill. 2011, p. 7).

²⁷¹⁰ Les législations sont nombreuses à transmettre la nationalité d'un des parents aux enfants, à l'instar de l'article 18 du Code civil qui dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

²⁷¹¹ L'on est alors dans l'hypothèse historique de mise en œuvre de l'ordre public de proximité. La solution préconisée ici permet d'éviter le recours au jeu de l'exception d'ordre public pour retenir, en pratique, un critère de rattachement plus opportun que celui prévu, abstraitement, par la règle de conflit.

préférence pour la validité plaidant, comme nous le verrons plus loin²⁷¹², pour une application cumulative des lois nationales de l'enfant. On pourrait aisément assortir ce principe d'une exception qui tiendrait compte de l'ineffectivité de la filiation. Si la filiation n'existe que sur le papier, et n'est pas accompagnée d'une possession d'état, l'on voit mal en effet pourquoi elle devrait encore pouvoir se targuer de l'argument tenant à la stabilité de la relation familiale, alors que *de facto* il n'y a pas de relation familiale.

819. Un tel système ne répond qu'à la très grande majorité de cas, en laissant de côté les problèmes, théoriquement d'autant plus intéressants qu'ils sont rares en pratique, de conflit simultané de filiation, tel le cas de l'enfant d'une femme mariée qui est reconnu avant la naissance par un autre homme, de nationalité différente de celle du mari. A supposer que les deux lois nationales en question apportent des réponses différentes à la résolution du conflit entre reconnaissance et présomption de paternité et conduisent à une « double paternité », le recours à la loi nationale de l'enfant n'aurait de sens que si les deux nationales en question résolvent une éventuelle contestation dans le même sens²⁷¹³. Dans d'autres hypothèses, dans lesquelles la recherche de l'établissement de la filiation est postérieure à l'établissement d'une première filiation, il faudrait par contre contester d'abord la filiation établie en application de la loi nationale de l'enfant, avant de pouvoir établir une filiation nouvelle en application d'une loi nationale différente. Le recours à la résidence habituelle n'a de sens tout au plus qu'à titre subsidiaire²⁷¹⁴, puisque le critère de la résidence habituelle est bien trop instable, tant le lieu de la résidence habituelle – ce qui soulève par ailleurs la question de la résidence habituelle de qui il doit s'agir, de la mère, du père, celle commune des parents, ou alors celle de l'enfant – peut être fortuite par rapport à une question aussi fondamentale dans la vie d'une personne que celle de sa filiation.

820. Pour savoir si une relation familiale est légitime du point de vue de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce que sous-entend l'appréciation de sa validité, il faut donc avoir recours au rattachement par la nationalité. La nationalité est en effet le rattachement naturel pour évaluer la légitimité des relations familiales internationales. Ce rattachement a

²⁷¹² Cf. *infra*, n° 831 et s.

²⁷¹³ Cela serait tout de même très probable en pratique, en raison de la possibilité de déterminer le père biologique de l'enfant.

²⁷¹⁴ C'est-à-dire pour établir une filiation qui ne pourrait être établie en application de la loi nationale du père. Mais cette intervention de la loi de la résidence habituelle devrait probablement être entendue comme une application de l'exception d'ordre public, plus que comme une règle de conflit consacrant une solution ayant vocation à circuler librement au sein de l'Union européenne.

également des avantages indéniables vis-à-vis de la résidence habituelle en termes de prévisibilité et de stabilité de la relation familiale. La nationalité garantit la stabilité même en cas de déplacement, tout comme elle centralise le statut personnel et familial. Les événements affectant le statut familial peuvent survenir partout en Europe, le mariage pour la beauté de tel ou tel cadre, ou les formalités administratives, si ce n'est les coûts, allégées d'un pays par rapport à un autre, la naissance pour des raisons de séjours professionnels ou de qualité des services hospitaliers, le décès pour des raisons de retraite au soleil ou de séjour dans une maison de retraite à moindre prix, voire directement pour du « tourisme du suicide »²⁷¹⁵. Appliquer la loi nationale de la personne pour les conséquences de ces événements sur le statut familial de l'intéressé garantirait parfaitement l'unité du statut familial. Cela vaut pour les éléments principaux du statut familial, tels que la capacité de se marier, la validité du mariage ou la filiation, mais également pour des éléments moins fondamentaux tels l'attribution des prénoms et du nom de famille de l'enfant.

821. Du point de vue de la circulation des actes d'état civil, centraliser ces événements affectant le statut familial de la personne au niveau des autorités nationales de l'intéressé serait d'ailleurs parfaitement possible et certainement un très bon moyen pour garantir l'accessibilité et la conservation de ces actes d'état civil. Dans l'optique de la circulation des personnes et des familles, le rattachement par la nationalité est donc pertinent non seulement quant au fond du droit, mais également en ce qui concerne leur prise en compte « administrative », c'est-à-dire par les services de l'état civil. La nationalité est facilement vérifiable car objectivement constatable à partir des documents d'identité d'une personne. Il faut ensuite s'assurer de l'existence d'autorités ou d'administrations centrales pour l'état civil dans chaque Etat membre dont le rôle est d'organiser la conservation et la publicité des actes d'état civil selon des modalités qui peuvent très bien être différentes au niveau national, tant que l'effectivité de l'accès aux informations d'état civil est garantie. Pour cela, il peut être utile de prévoir le cas échéant des mécanismes de coopération, tel des autorités dans l'Etat dans lequel a lieu un événement affectant l'état civil chargées de la transmission des informations pertinentes aux autorités nationales des personnes concernées. Les informations affectant le statut familial deviennent ainsi facilement vérifiables, ce qui ne serait pas le cas si les personnes peuvent modifier leur statut familial à l'insu aussi bien de

²⁷¹⁵ Sur cette notion, voy. p. ex. D. MANAI, « La Suisse, le pays du »tourisme du suicide» », dans Antoine LECA et Sophie DE CACQUERAY (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, coll. Colloques du CDSA, les Études hospitalières, Bordeaux, 2008. L'on retrouve également dans la presse l'expression de « tourisme de la mort ».

leurs autorités nationales que de tiers qui peuvent pourtant être concernés. Ainsi, pour connaître le statut familial d'une personne, on saurait qu'il faut se tourner vers ses autorités nationales, ce qui renforcerait grandement l'accès aux informations relatives au statut familial, que ce soit pour les membres de la famille, les tiers ou même un Etat qui veut connaître le statut familial d'une personne.

822. Le recours à la nationalité est alors un marqueur important de l'esprit d'ouverture du système européen, dont nous avons vu qu'un des fondements est le respect de l'intégrité des ordres juridiques nationaux. En imposant le respect de la loi nationale, on permet la création de situations contraires à la loi du for, le plus souvent de la résidence habituelle dont les autorités seraient appelées à intervenir pour des raisons de proximité et d'accessibilité géographique, ou refuse au contraire une telle création dans des situations dans lesquelles la loi nationale est prohibitive mais la loi du for permissive. On retrouve ici aussi bien les idées de respect dû à l'étranger et de nécessaire dissociation de la loi applicable et de l'autorité compétente. Une telle solution est parfaitement adaptée à l'ordre juridique de l'Union européenne au sein duquel le lien légitime d'intégration du citoyen ne se conçoit pas « uniquement dans le cadre étroit de la communauté nationale, mais aussi dans celui plus large de la société des peuples de l'Union »²⁷¹⁶, ce qui condamne donc une assimilation pure et simple de l'étranger au national.

823. Pour garantir l'unité du statut familial, il faut en même temps condamner le contournement de la loi nationale par application de la loi de la résidence habituelle, faute de quoi on assisterait à la fragilisation du statut familial et à la négation de l'autorité de la loi nationale dont le respect est pourtant inhérent au maintien de l'intégrité des ordres juridiques nationaux. Le souci de ne créer que des situations légitimes commande au contraire le respect de la loi nationale en raison du souci d'éviter les situations de discontinuité de statut familial. L'éventualité de l'intervention de l'ordre public est évidemment à prendre en considération, mais seulement à titre d'exception, non à titre de solution de principe²⁷¹⁷.

²⁷¹⁶ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, au para. 29, dans l'affaire *Nerkowska*, [2008] EU :C :2008 :300 (Cour de justice).

²⁷¹⁷ Sur l'ordre public, cf. *infra*, n° 891 et s.

824. Si le rattachement par la nationalité se présente comme la solution de principe en matière de validité des relations familiales européennes, il reste encore à savoir quelle doit être sa place en matière d'effets des relations familiales européennes.

2 *Le rôle plus nuancé à l'égard des effets des relations familiales*

825. Centrale dans la détermination de la validité de la relation familiale, la nationalité devient un facteur moins pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer les effets de la relation familiale. La stabilité est en effet un objectif moins important, compte tenu du fait que les effets se déroulent nécessairement dans le temps et qu'il ne s'agit pas de savoir si un statut ayant vocation à perdurer au moins un certain temps a été créé. La prévisibilité pour les personnes impliquées concerne ici surtout la possibilité de déterminer pour l'effet actuel recherché la loi qui lui est actuellement applicable, et seulement dans une mesure moindre celle de savoir quelle loi sera applicable dans un futur lointain aux effets qui se produiront à ce moment-là. Nul ne sera d'ailleurs en mesure de prédire l'état du droit positif et les changements de législation auraient très probablement vocation à s'appliquer aussi aux effets en cours au moment de leur entrée en vigueur²⁷¹⁸. L'intervention active du juge est par ailleurs très courante en matière d'effets des relations familiales, que ce soit pour surmonter un désaccord entre les parties²⁷¹⁹ ou pour vérifier que les effets qu'a la relation familiale sont bien conformes aux exigences imposées par les normes sociales impératives, notamment l'intérêt de l'enfant et le respect des droits et intérêts des autres membres de la famille²⁷²⁰. Or pour l'exercice de ce contrôle social, le juge de la résidence habituelle a un rôle naturel à intervenir, puisque chaque ordre juridique a une prétention légitime à exercer ce contrôle social à l'égard des personnes vivant sur son territoire. La cohérence de la société nationale implique davantage ce contrôle social pour les faits se déroulant sur le territoire national qu'à l'égard des faits impliquant des nationaux qui résident à l'étranger. Enfin, le rattachement par

²⁷¹⁸ Puisque c'est là une solution classique au conflit de lois dans le temps. Voy. sur ce point p.ex. H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 2015.

²⁷¹⁹ C'est là l'hypothèse la plus fréquente, et le rôle et la discrétion alors laissés au juge sont souvent très importants, que ce soit en droit, ou, *a fortiori*, en fait.

²⁷²⁰ En matière de responsabilité parentale, cela est particulièrement marqué. Mais l'on retrouve la même idée pour le divorce par consentement mutuel et le contrôle du juge. Voy. également, sur le lien d'intégration en matière de droits sociaux, et qui n'est naturellement pas à mettre sur le même pied que le lien d'intégration en matière familiale, E. PATAUT, « La détermination du lien d'intégration des citoyens européens », *RTD eur.* 2012.623 et s.

la résidence habituelle répond mieux au besoin de protection des intérêts des tiers, qui seront souvent concernés par la question des effets des relations familiales.

826. La nationalité a donc une vocation moins forte à régir les effets des relations familiales que pour déterminer la validité de la relation familiale. Il n'en reste pas moins que pour certains effets familiaux, les objectifs de stabilité et de prévisibilité peuvent regagner en importance, en sorte que le rattachement par la nationalité est alors préférable. Pour certains effets, la prévisibilité, y compris à long terme, peut devenir cruciale pour les personnes impliquées. Il n'y a qu'à penser ici à la question des régimes matrimoniaux ou des successions. Il arrivera fréquemment que les époux se poseront la question de savoir quels effets aura leur mariage à long terme, et ce d'autant plus que de nombreux droits matériels internes leur permettent de choisir le régime matrimonial applicable²⁷²¹. De même, pour la personne qui rédige ses dispositions testamentaires, il est bien évident que celle-ci souhaite leur conférer un caractère de stabilité qu'un changement de loi applicable dû à un changement de résidence habituelle compromettrait. Dans ce genre de situations, dans lesquelles la prévisibilité pour les personnes impliquées est manifestement déterminante, il est de nouveau préférable de retenir comme critère de rattachement la nationalité, mieux à même de garantir la stabilité nécessaire à ce type de relations. Il faut cependant veiller à avoir la certitude que la prévisibilité était manifestement déterminante pour ces personnes. Le meilleur moyen pour s'en assurer est encore de laisser les personnes exprimer elles-mêmes que la prévisibilité était déterminante à leurs yeux et donc d'exiger qu'elles opèrent alors un choix de loi en faveur de la loi nationale. L'*optio juris* en faveur de la loi nationale est ainsi un moyen tout à fait approprié pour trouver un équilibre entre effectivité et stabilité des relations familiales en ce qui concerne leurs effets. L'évolution du droit international privé de l'Union européenne va d'ailleurs en ce sens. Le législateur le fait par l'admission de l'*optio juris* en faveur de la loi nationale dans le règlement n° 650/2012 sur les successions²⁷²². Et la Cour de justice va dans la même direction, en élaborant une jurisprudence dont il ressort que « dans ce domaine hautement personnel [que sont les éléments du statut personnel], c'est au particulier qui exerce son droit de circulation et s'établit dans un autre Etat membre de choisir entre

²⁷²¹ Voy. l'étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et dans le droit interne des États membres de l'Union, Consortium ASSER-UCL, offre n° JAI/A3/2001/03 (accessible sous : http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf).

²⁷²² Voy. l'article 22 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

continuité et intégration, et le droit primaire de l'Union impose la protection juridique de ce choix »²⁷²³.

827. L'option en faveur de la loi nationale doit donc être possible, mais une telle règle de conflit ne doit pas aller à l'encontre du nécessaire et légitime contrôle qui pourra être exercé par le juge de la résidence habituelle des personnes concernées, puisque le choix ne doit pas pouvoir avoir pour conséquence d'imposer à l'ordre juridique de la résidence habituelle des situations que la société de cette résidence habituelle considère comme intolérables. Le rattachement par la nationalité reste donc inadapté lorsque l'effectivité de la relation familiale est déterminante, soit en cas d'absence de choix de loi ou lorsque le choix de loi doit être exclu en raison de l'indisponibilité des droits en cause ou de la dissymétrie entre membres de la famille qui rend impossible un choix qui concilie de façon juste les intérêts des personnes concernées. La délicate question qui se pose est alors celle de savoir si l'intervention de la loi de la résidence habituelle doit être considérée comme exceptionnelle, fondée sur l'ordre public, ou comme normale, compte tenu du fait que l'effectivité de la situation était en cause. Répondre par la première alternative implique de refuser la vocation à la circulation européenne de la solution qui résulte de la loi de la résidence habituelle, répondre par la seconde implique de l'accorder. Il y a donc un délicat travail de qualification à faire, qui doit tenir compte de nombreux éléments relevant de choix de politique juridique, pour savoir si la continuité des effets de la relation familiale est plus importante que l'intégration de ceux-ci dans un contexte sociojuridique nouveau. Ce travail doit appartenir au législateur européen, sous la réserve fondamentale cependant que le législateur ne peut se prononcer que sur la vocation à la circulation internationale de la relation familiale. Les ordres juridiques nationaux conservent en effet la possibilité d'user de considérations d'ordre public lorsque cela est nécessaire et justifié. Une fois que le législateur a indiqué quels sont les effets pour lesquels le besoin de stabilité est plus important que le besoin d'intégration, la conséquence en est que l'intervention de la loi de la résidence habituelle ne peut se faire qu'à titre exceptionnel dans l'hypothèse d'un choix de la loi nationale. Compte tenu du fait que la possibilité de choisir la loi nationale est fondée sur l'idée que les personnes qui font le choix de la loi nationale le font en préférant la continuité à l'intégration, il faut réserver la

²⁷²³ C. KOHLER, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », dans *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, spéc. p. 67-79 à la page 78 ; et sur l'option de législation, voy. égal. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000, spéc. p. 401.

circulation internationale aux situations qui se revendiquent de la plus forte stabilité, donc à celles résultant de l'application de la loi nationale, qui est également celle que les parties ont légitimement prévue.

828. Si le droit international privé européen de la famille veut se développer dans un sens plus conforme à ses fondements, il doit donc reconnaître un rôle plus important au rattachement par la nationalité. Concernant la validité des relations familiales, ce rattachement doit redevenir le rattachement de principe. Concernant l'effectivité des relations familiales, les personnes impliquées doivent avoir la possibilité de clairement marquer leur préférence pour l'application de leur loi nationale et rendre celle-ci applicable en la choisissant par une *optio juris* en faveur de la loi nationale, à l'instar de l'exemple donné par le règlement n° 650/2012 sur les successions. Interdire l'application de la loi nationale aux nationaux, y compris lorsque ceux-ci se revendiquent clairement de leur loi nationale, serait une méconnaissance de la nécessité de respecter les sociétés nationales incompatible aussi bien avec l'objectif de stabilité des relations familiales qu'avec celui du respect des ordres juridiques nationaux. On peut d'ailleurs se demander ce qu'il resterait des principes de nationalité et de démocratie, mais aussi de la libre circulation des personnes et des familles, si un citoyen doit établir sa résidence habituelle dans son Etat national pour bénéficier de l'application des lois civiles à la formation desquelles il participe pourtant par son vote. Il n'en reste pas moins qu'un argument est souvent invoqué pour s'opposer au rattachement par la nationalité, qui est celui de la multiplication des double- ou multi-nationalités, qui rendrait impossible la détermination d'une loi unique et serait ainsi impropre à garantir la sécurité juridique et la justice dans les relations privées internationales, puisque celles-ci ne peuvent être atteintes en cas de multiplicité des lois applicables²⁷²⁴. Cet argument nous semble cependant mal-fondé, pour des raisons qu'il nous reste à développer maintenant.

B Le faux problème des conflits de nationalités

829. Les hypothèses de conflit de nationalités peuvent naturellement se présenter aussi au sein du droit international privé européen de la famille. Il n'en faut pas moins bien veiller à circonscrire ces hypothèses avec suffisamment de précision. A cet égard, il importe

²⁷²⁴ Sur ce point, qui génère une désarticulation inhérente aux situations de conflits de lois non résolus, cf. *supra*, n° 732 et s.

de distinguer également entre validité et effets des relations. La question de la validité du statut familial se pose nécessairement à l'égard de chaque personne individuellement. Pour savoir si une personne peut valablement entrer en telle ou telle relation familiale, il faut donc consulter la loi nationale la plus pertinente pour déterminer la réponse à cette question. Cela implique un travail de qualification pour savoir de quelle catégorie doit relever la question. Cela impose également de déterminer les relations familiales pour lesquelles la validité serait soumise à l'application cumulative des différentes lois en cause²⁷²⁵. Pour la validité du mariage ou d'une autre relation de couple, il faut ainsi consulter la loi nationale de chaque époux ou membre du couple. Même s'il y a une nationalité commune entre les membres du couple, si au moins l'un d'entre eux a également une deuxième nationalité, un conflit de nationalités surgit quant à la validité de la relation de couple. Pour l'établissement ou la contestation de la filiation, c'est la nationalité de l'enfant dont la filiation est en cause qui doit l'emporter²⁷²⁶. Pour les questions relevant des effets, c'est au contraire la relation entre les personnes qui est au cœur du problème, non la possibilité pour les personnes d'entrer dans ce type de relation. Déterminer la loi nationale appropriée pour régir la question des effets implique donc de prendre en considération les lois nationales de toutes les personnes impliquées pour savoir laquelle ou lesquelles peuvent être significatives pour la relation familiale dans son ensemble. L'existence d'une nationalité commune aux personnes impliquées ou d'éléments de rattachement corroborant telle ou telle nationalité semblent donc à première vue plus importantes au regard des effets de la relation familiale qu'au regard de sa validité.

830. Les hypothèses de conflit de nationalités ne nous semblent cependant être un obstacle diriment ni pour recourir au rattachement par la nationalité pour déterminer la validité des relations familiales au sein de l'Union européenne, car il suffit de définir l'étendue du choix en fonction d'un plus ou moins grand libéralisme du système européen (1), ni pour régir les effets de ces mêmes relations familiales, car le conflit serait résolu par l'existence d'un choix de loi de la part des personnes concernées (2).

²⁷²⁵ Telle la condition d'après laquelle le mariage ne serait valable que s'il l'est d'après la loi nationale de chacun des époux.

²⁷²⁶ Étant entendu que cette nationalité s'entend de celle que l'enfant a acquis, en plus celle du parent qui cherche à établir sa maternité ou paternité.

1 Des conflits surmontables à l'égard de la validité de la relation familiale

831. Concernant la solution du conflit de nationalités en matière de validité de la situation familiale, il faut naturellement garder à l'esprit que l'objectif primordial est celui de la stabilité de la relation familiale, qui a pour corollaire indispensable la sécurité juridique, au sens de prévisibilité juridique aussi grande que possible. Ce point de départ exclut d'emblée des systèmes qui chercheraient à introduire un critère d'appréciation subjective pour déterminer quelle nationalité doit prévaloir. Il en va ainsi notamment ainsi du critère de l'effectivité de la nationalité, qui, outre que la Cour de justice a déjà clairement marqué sa désapprobation à son égard²⁷²⁷, est impropre à servir de rattachement pour la validité de la situation familiale. Accepter ce critère signifierait en effet d'exposer la validité de la relation familiale à l'appréciation du juge, généralement bien postérieure à la création de la situation, ce qui laisse une relation valable d'après une loi nationale mais non d'après l'autre dans un état d'invalidité latente jusqu'à la saisine d'un juge en vue de l'annulation ou du constat de validité de la relation. Pour prendre un exemple concret, un mariage international entre personnes de même sexe risque de se transformer bien souvent en véritable « mariage de Schrödinger ». Si un tel phénomène peut être fort attractif en physique, sa transposition vers le monde social doit être naturellement évitée autant que faire se peut. On pourrait certes vouloir encadrer l'appréciation de l'effectivité de la nationalité en l'assortissant de critères objectifs, tenant notamment à la résidence habituelle dans le pays dont la nationalité est préférée. Mais ces critères ne peuvent jamais totalement dispenser de l'intervention du juge pour apprécier la situation. Il arrivera en effet que ces critères ne soient pas remplis, ce qui obligerait le juge à substituer son appréciation à la défaillance des critères, par exemple en cas de double-nationalité et résidence dans un pays tiers. Mais ce critère pourrait aussi être manifestement inapproprié dans un cas d'espèce en désignant une nationalité qui est, à l'évidence, ineffective. Cette situation obligerait à renoncer soit au principe de l'effectivité, contredisant le fondement initial de la règle, soit au critère qui est censé la mettre en œuvre. A supposer que l'on reste fidèle au critère de l'effectivité, il serait toujours impossible de se prononcer sur la validité de la relation familiale sans qu'un juge ne soit intervenu. Et si un autre choix législatif est fait, il emporterait abandon du critère de l'effectivité.

²⁷²⁷ *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria, Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria*, préc., note 1476.

832. Reste à savoir si le recours à d'autres critères que celui de l'effectivité peut donner une réponse plus adéquate. L'autre critère communément utilisé pour trancher un conflit de nationalités, à savoir la préférence pour la nationalité du for, vient naturellement à l'esprit, et ce d'autant plus que » ce que semble imposer la citoyenneté européenne, c'est simplement de transposer à l'ordre juridique européen le principe national de primauté de la nationalité du for »²⁷²⁸. Ce critère est cependant également inadapté. Il faudrait dans un premier temps déterminer à quel for l'on fait référence. S'il doit s'agir du for du juge saisi de la question de la validité de la relation familiale, il est évident que ce critère ne saurait garantir la moindre sécurité juridique. Il faudrait déjà garantir la prévisibilité de ce for au moment de la création de la relation, ce qui semble une tâche fort compliquée, compte tenu de la possibilité de soulever la question de la validité de la relation familiale à titre incident ou reconventionnel dans une action future portant principalement sur la question de certains effets de la relation familiale. Ce for, déterminant pour savoir si la relation est valable, est ainsi nécessairement imprévisible au moment de la création de la relation familiale, ce qui, dans l'hypothèse d'un conflit entre lois nationales, rend impossible de se prononcer sur la validité de la relation familiale. En outre, la validité de la relation familiale dépendrait du juge saisi, ce qui en cas de multiplicité de fors compétents serait une grave cause de désarticulation du système de droit international privé européen de la famille et donnerait un avantage substantiel injustifiable au demandeur à l'action²⁷²⁹. Il faudrait donc s'assurer qu'au moment de la création de la relation familiale, il n'y ait qu'un for dont la loi nationale pourrait l'emporter. Mais ce serait alors déjà abandonner la prévalence de la nationalité du for pour lui préférer la prévalence d'une nationalité désignée par un élément de rattachement objectif déterminable au moment de la création de la situation.

833. Les autres critères auxquels l'on pourrait songer pour surmonter le conflit de nationalités feraient intervenir d'autres éléments de rattachement objectifs, notamment celui de la résidence habituelle ou la création de la situation familiale dans le pays de l'une des nationalités en conflit. Outre le fait que ces critères ne seront pas à même de donner une réponse dans un assez grand nombre d'hypothèses, notamment de résidence prolongée ou de célébration en dehors des pays de nationalité en cause, ils ont l'inconvénient de refaire basculer le système de droit international privé européen de la famille vers un rattachement

²⁷²⁸ E. PATAUT, *L'invention du citoyen européen*, préc., note 124 à la page 57, au sujet de conflits entre la nationalité d'un Etat membre et d'un Etat tiers ; voy. égal. sur ce point A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso, Paris, 2008, spéc. p. 115 et s.

objectif. Il s'agirait soit d'un rattachement par la résidence, alors que nous avons justement constaté que le respect des ordres juridiques nationaux impliquait de donner un poids accru à la nationalité au détriment de celle-ci. Ou il s'agirait d'un rattachement par le lieu de création de la relation familiale, ce qui ferait alors dépendre la question de la validité de la relation familiale de la seule volonté des personnes impliquées, qui pourront mobiliser l'un ou l'autre des ordres juridiques nationaux en conflit. Sauf accident, il est d'ailleurs à supposer qu'elles préféreront celui d'après lequel la relation familiale est valable. Ce système revient donc à trancher le conflit de nationalités en cas de double nationalité non pas en suivant un critère objectif et neutre de détermination de la loi nationale pertinente, mais en suivant une faveur à la validité de la relation familiale. Or, dans cette hypothèse, le recours au critère de la nationalité du lieu objectivement pertinent devient artificiel, puisqu'il s'agit en réalité de faire prévaloir non pas la nationalité objectivement la plus proche, mais celle qui atteint un résultat matériel, qui est celui de la validité de la relation familiale. Il est d'ailleurs acquis aujourd'hui que le lieu de constitution d'une situation juridique peut souvent être fort éloignée du centre de gravité réel de cette situation, ce qui est également vrai en matière familiale²⁷³⁰. Retenir un tel rattachement serait donc abandonner le principe d'après lequel la loi applicable à une situation familiale doit être celle qui lui est objectivement le plus proche, ce qui constituerait une rupture avec les principes du droit international privé contemporain que rien ne justifie en l'état actuel. La raison d'être de la préférence, en cas de conflit de nationalités, à la loi du lieu de célébration réside donc bien ailleurs que dans la qualité localisatrice de ce rattachement. Elle réside dans la préférence à la validité à la relation familiale. Ce qui ne fait donc pas dépendre la solution du conflit de nationalités d'un critère objectif, tel celui de la prévalence de la nationalité la plus effective ou de celle du for, mais d'un critère fonctionnel, c'est-à-dire d'un critère qui se révèle mieux à même d'atteindre un résultat prédéterminé.

834. La résolution du conflit de nationalités doit dès lors résider dans la détermination préalable du résultat recherché par le législateur du droit international privé européen de la famille. Précisons d'ailleurs que la solution à explorer est celle qui doit constituer le principe au sein de l'Union européenne, mais qu'elle ne saurait remettre en cause la possibilité pour un Etat national de faire intervenir des considérations d'ordre public s'il

²⁷²⁹ Cf. *supra*, n° 722 et s.

²⁷³⁰ Nous avons déjà vu en effet que le lieu de célébration est un lieu souvent inadapté pour localiser objectivement la situation et déterminer l'ordre juridique le plus proche ; cf. *supra*, n° 688 et s.

l'estime nécessaire²⁷³¹. Le législateur européen n'aurait en réalité que deux options pour résoudre le conflit de nationalités. En cas de conflit, la nationalité qui l'emporte serait ainsi soit celle qui valide la relation familiale, soit celle qui l'annule. Autrement dit, en fonction d'un choix de politique législative, c'est ou la nationalité permissive, ou la nationalité prohibitive qui l'emporte. Aaurait ainsi vocation à circuler au sein de l'Union européenne la relation familiale qui est valable d'après l'une des lois nationales en conflit, ou seulement celle qui est valable d'après toutes les lois nationales en conflit.

835. Entre ces deux choix, c'est résolument celui de la faveur à la validité qui doit l'emporter à nos yeux. Du point de vue du droit international privé, la légitimité des relations privées internationales va de pair avec l'idée d'une certaine faveur à l'établissement des relations familiales internationales, qui serait remise en cause par l'application cumulative des lois nationales en conflit. Même au risque que la situation soit remise en cause dans l'Etat de l'autre nationalité en conflit, il n'en reste pas moins que, pour reprendre la formule de Fadlallah au sujet du mariage, mieux vaut une relation familiale internationale boiteuse, que pas de relation familiale internationale du tout²⁷³². Cette considération s'impose naturellement *a fortiori* pour le droit international privé européen de la famille, dont nous avons vu à quel point l'idée de légitimité des relations familiales au sein de l'Union européenne était importante. La faveur à la validité de la relation familiale en cas de conflit de nationalités est en outre déjà dans les principes de la jurisprudence de la Cour de justice, tels qu'ils ressortent notamment de l'arrêt *Garcia Avello*²⁷³³, lequel avait clairement admis la validité de l'attribution d'un élément de statut personnel d'après une des lois nationales en conflit, alors que l'autre nationalité en conflit était aussi la plus effective, celle du for et celle ayant manifestement des liens plus étroits avec la situation que l'autre nationalité en conflit²⁷³⁴.

²⁷³¹ Sur cette question, voy. nos développements relatifs à l'exception d'ordre public ; cf. *infra*, n° 891 et s.

²⁷³² I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé : le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*, Dalloz, Paris, 1977, spéc. p. 27 : « mieux vaut un mariage boiteux que pas de mariage du tout ».

²⁷³³ *Garcia Avello*, *Garcia Avello*, préc., note 1503.

²⁷³⁴ Sur cet arrêt, voy. not. M. AUDIT, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », in : *Dalloz*, 2004, p.1476-1479 ; J. MÖRSDORF-SCHULTE, « Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters », in : *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2004 p.315-326 ; P. LAGARDE, « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », in : *Revue critique de droit international privé* 2004 p.192-202 ; J. HAUSER, « Personnes et droits de la famille. Nom : il ne manquait plus que les juridictions de l'Union européenne! », in : *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p.62-63 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Journal du droit international*, 2004, p.1225-1237 ; R. FRANK, « Die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello und ihre Auswirkung auf das internationale Namensrecht », *Das Ständesamt* 2005 p.161-168 ; T. HELMS, « Europarechtliche Vorgaben zur Bestimmung des Namensstatuts von Doppelstaatern : Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 2.10.2003, C-148/02 – Garcia Avello », in : *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2005, p.36-39.

L'idée de non-discrimination va enfin dans le même sens, du point de vue des ordres juridiques nationaux. Si un Etat décide de permettre à ses citoyens d'entrer en telle ou telle relation familiale nationale, on voit mal pourquoi certains nationaux devraient en être exclus, au seul motif que ces nationaux ont également la nationalité d'un autre Etat ? Ce serait une très grave atteinte portée au principe d'égalité, qui implique que tous les nationaux d'un Etat ont les mêmes droits et obligations, nonobstant d'éventuelles hypothèses de double-nationalité. On pourrait certes inverser l'argument, et dire que le principe d'égalité impose aussi d'interdire aux doubles-nationaux les relations familiales interdites aux « simples » nationaux. Mais c'est là assimiler deux situations qui sont différentes, la première étant internationale par l'existence d'éléments d'extranéité, la seconde étant interne. Et accepter le principe d'égalité dans un tel sens reviendrait alors à nier la nécessité de prévoir des règles spéciales pour les besoins des relations privées internationales, et donc à nier la raison d'être même d'un droit international privé. Inutile de dire que cette solution doit donc être écartée. L'ouverture aux relations familiales internationales impose au contraire la faveur à la validité, évidente pour ses propres nationaux, mais également incontournable pour les situations dans lesquelles la validité résulte de l'application d'une loi nationale étrangère.

836. On pourrait certes songer à encadrer cette faveur à la validité de la relation familiale en exigeant que la nationalité ainsi désignée soit corroborée par d'autres éléments de rattachement en faveur de sa désignation ou en prévoyant une clause d'exception permettant d'écarter cette nationalité lorsqu'elle est manifestement trop éloignée de la relation familiale. Si elles sont théoriquement possibles, ces solutions ne nous en semblent pas moins mauvaises. D'une part, parce que la nationalité est au regard du statut familial de la personne un élément de rattachement tout à fait adapté, qui établit à lui-seul une proximité suffisante entre la personne et la loi applicable, notamment en raison du fait que c'est cette loi que la personne impliquée peut contribuer à faire évoluer à travers sa participation plus ou moins active à la démocratie, qui s'exprime pour ces questions importantes au niveau national. D'autre part, parce que la sécurité juridique impose la prévisibilité la plus grande possible au regard de la loi applicable à la validité de la situation. Or prendre en considération des critères dont la détermination est à l'évidence moins aisée que la détermination de la nationalité d'une personne réintroduit une part de subjectivité qui risque de menacer, voire de compromettre, la sécurité juridique qui doit aller de pair avec la stabilité du statut familial au sein de l'Union européenne.

837. Les conflits de nationalités sont donc très facilement surmontables au regard de la validité de la relation familiale européenne. Il suffit de prévoir que la relation familiale européenne est valable si elle l'est d'après l'une des lois nationales en conflit. Reste à savoir comment doit être résolu le conflit de nationalités lorsque ce sont les effets de la relation familiale qui sont en cause.

2 Des conflits surmontables à l'égard des effets de la relation familiale

838. Nous avons vu plus haut qu'au regard des effets de la relation familiale, le rattachement de principe devait être la résidence habituelle de la famille, ou lorsqu'il n'est plus possible de déterminer une résidence habituelle familiale, celle des personnes concernées par la relation familiale en cause ou celle de la personne principalement concernée. La nationalité n'a vocation à intervenir que pour les effets pour lesquels on accepte l'idée que la stabilité peut avoir une importance particulière pour les personnes impliquées, en leur permettant d'opter pour l'application de la loi nationale. Un tel système de solution empêche la survenance du conflit de nationalités à la racine. Il ne saurait en effet y avoir de véritable conflit entre plusieurs lois nationales applicables, tant du moins que l'on prévoit clairement que le choix ne peut porter que sur l'application d'une seule loi, non de l'application simultanée de plusieurs d'entre elles. En exigeant une *optio juris*, le conflit se résout par l'option effectuée par la ou les personnes, qui parmi les différentes lois nationales à leur disposition, n'en choisissent qu'une. C'est d'ailleurs la solution clairement prévue par le règlement n° 650/2012 sur les successions. Et c'est aussi une solution qui se déduit, sur le terrain du conflit de lois, de celle applicable en matière de compétence juridictionnelle suite à l'arrêt *Hadadi*²⁷³⁵.

839. La seule difficulté dans un tel système n'est pas celle de la résolution du conflit de nationalités, mais celui de la définition du degré de libéralisme à travers l'ouverture plus ou moins large de l'éventail des lois qui peuvent être choisies. Les effets des relations familiales concernent toujours au moins deux personnes au sein de la famille. Faut-il donc accepter le choix en faveur d'une des nationalités d'une des personnes impliquées ? Exiger au

contraire une nationalité commune ? Ou ne permettre que le choix en faveur d'une nationalité qui correspond à la résidence habituelle d'une ou de plusieurs des personnes impliquées ? Il nous semble inapproprié de donner une réponse absolue. En réalité, tout dépendra de l'effet en cause et de la libre disponibilité ou non des droits en ce domaine. Ainsi, pour la question des effets matrimoniaux du mariage, un libéralisme relativement grand n'est guère condamnable. Cela permet d'ouvrir l'éventail des lois pouvant être choisies, y compris jusqu'à permettre aux époux de choisir celle de leur résidence habituelle commune au moment du choix ou de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un d'eux au moment du choix²⁷³⁶. Pour les questions relevant des effets personnels des relations familiales, c'est évidemment en principe l'inverse qui doit prévaloir, allant jusqu'à exclure toute possibilité de choix. Mais entre ces deux extrêmes, il est parfaitement envisageable d'avoir des solutions intermédiaires. Il faut simplement avoir conscience du degré de libéralisme du système lorsque celui-ci permet le choix d'une loi qui est le cas échéant fort peu révélatrice de la localisation réelle de la relation familiale, telle la nationalité de l'une seulement des personnes impliquées.

840. Ce libéralisme dans la règle de conflit soulève la question de l'encadrement de sa mise en œuvre lorsque la loi choisie semble trop éloignée de la relation familiale en cause. Nous avons vu qu'au sujet de la validité de la relation familiale, il fallait éviter le recours à des clauses d'exception qui donnaient au juge le pouvoir d'écarter la loi nationale normalement applicable. Le risque pour la stabilité de la relation familiale étant simplement trop important dans un domaine dans lequel cette stabilité était une considération fondamentale. Or, s'agissant des effets de la relation familiale, la stabilité de la relation familiale est une considération nécessairement moins importante, parce qu'elle doit composer avec l'intégration de la relation familiale dans un environnement sociojuridique nouveau. Si ce souci d'intégration peut être écarté en raison d'un choix en faveur de la continuité, il ne peut pas être purement et simplement supprimé pour autant. Nous avons déjà dit que la nécessité d'un contrôle social de l'effectivité de la relation familiale par le juge était nécessaire et qu'il devait tourner autour du lieu de la résidence habituelle des personnes impliquées. Lorsqu'il y a un choix de la loi applicable, ce contrôle social reste toujours nécessaire, s'il ne le devient pas davantage. Or ce contrôle social implique une appréciation

²⁷³⁵ Comme le propose la Commission dans l'article 16 de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux du 16 mars 2011 (COM(2011)0126).

de la situation par le juge. Ce contrôle tourne principalement autour de l'évaluation de la possibilité d'intégrer la situation dans le tissu de l'ordre juridique national. Mais puisqu'il y a déjà l'intervention concrète et au cas par cas du juge, pourquoi faut-il la limiter à cette seule recherche de compatibilité matérielle ? Lorsque les époux ont choisi une loi nationale qui se révèle *in fine et in concreto* trop éloignée de leur situation familiale, il faudrait au contraire permettre au juge, dans le cadre du travail d'appréciation qui lui revient de toutes manières déjà, de vérifier également la pertinence du choix de loi ainsi effectué. Il faudrait ainsi assortir la possibilité pour les personnes impliquées de choisir la loi applicable à certains effets de leur relation familiale d'une clause d'exception permettant au juge d'écarter ce choix lorsque la loi choisie n'avait manifestement pas une proximité suffisante avec la situation. Le juge ferait ainsi prévaloir l'effectivité de la relation familiale aux dépens de sa stabilité. Il peut le faire parce que contrairement à la validité de la relation familiale, la stabilité de la situation familiale n'est pas l'unique objectif fondamental du système. Même lorsque l'on permet aux personnes de choisir une loi applicable, l'on a bien conscience que l'on reste dans une recherche d'équilibre entre continuité et intégration de la relation familiale. Le choix est un élément à prendre en considération pour faire primer la continuité. Mais lorsque des considérations de proximité condamnent ce choix, la balance doit de nouveau pencher en faveur de l'intégration, et donc de la loi objectivement applicable à défaut de choix. Cette recherche d'équilibre est à opérer par le juge, dans le cadre de sa mission traditionnelle, sans qu'il n'y ait là une atteinte excessive portée à la sécurité juridique. En matière de droit de la famille, la sécurité juridique n'a en effet jamais pu prendre le pas sur la nécessité de faire activement intervenir le juge dans les domaines dans lesquels des considérations d'ordre public l'imposaient. Cette intervention *a posteriori* du juge pour apprécier la pertinence de l'option effectuée par les personnes impliquées est alors un argument à prendre en considération pour décider quelles options de choix de loi doivent être ouvertes aux personnes impliquées. Si l'on limite abstraitement le choix à certaines situations objectivement proches de la relation familiale, le contrôle par le juge perdrait son sens, puisque ce contrôle serait effectué en amont par la limitation des possibilités de choix. Accepter le contrôle permet au contraire d'ouvrir assez largement l'éventail des lois pouvant être choisies, puisque l'intervention du juge pourrait rétablir l'équilibre si nécessaire. Mais ce libéralisme doit alors aller de pair avec une réflexion sur le rôle et les limites de l'autonomie de la volonté en matière de droit international privé de la famille. Avant d'entamer cette réflexion, il reste

²⁷³⁶ *Ibid.*

nécessaire d'apporter une dernière précision relative à la détermination de la loi objectivement applicable.

841. Faire une distinction entre validité et effectivité de la relation familiale implique évidemment un délicat travail de catégorisation. Il faut savoir quand une question a trait à la validité d'une situation, quand à son effectivité. Il faut également avoir à l'esprit que certains effets sont un accessoire indispensable de la validité de la situation, tandis que d'autres en sont indépendants dans le sens où la validité de la situation est simplement une des conditions de leur mise en œuvre²⁷³⁷. Autant pour de nombreuses questions traitées par le droit international privé européen de la famille, il n'y a pas de doute sur le fait qu'elles relèvent de l'une ou l'autre catégorie²⁷³⁸, autant il en reste d'autres qui peuvent être plus incertaines. Pour le divorce notamment, même s'il est acquis qu'il s'agit d'une question distincte de la validité du mariage, il reste la question de savoir si celui-ci relève de l'effectivité du mariage, ce que la proximité de la question du divorce avec les effets du mariage pourrait laisser penser, ou si celui-ci relève de la création d'une situation familiale nouvelle, celle de personnes « démariées », ce qui ferait relever la question de la validité de la relation familiale²⁷³⁹. La qualification doit se faire logiquement de façon fonctionnelle, le rattachement par l'effectivité, et donc la résidence habituelle, traduisant une préférence pour l'instabilité, tandis que le rattachement par la validité, et donc la nationalité, traduit une préférence pour la stabilité. Compte tenu des fondements du droit international privé européen de la famille, c'est bien l'objectif de stabilité qui doit l'emporter. La résidence habituelle devrait donc avoir un rôle résiduel en cas d'absence de nationalité commune, mais s'il y a une nationalité commune des époux, rien n'impose, sauf recours à l'ordre public²⁷⁴⁰, de fragiliser leur union au-delà ce que leur loi nationale commune prévoit. L'option inverse prise par le règlement Rome III est sur ce point naturellement condamnable, tant du moins que l'on considère que la stabilité familiale importe plus que la fragilisation des familles sur fond d'hyperindividualisme du droit de la famille.

²⁷³⁷ Sur cette question, voy. notamment H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, préc., note 2629 ; G. P. ROMANO, « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », dans *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, spéc. p. 185-216.

²⁷³⁸ A titre d'illustration, les régimes matrimoniaux, obligations alimentaires et l'exercice de la responsabilité parentale relèvent des effets, tandis que l'annulation du mariage relèvera de la validité.

²⁷³⁹ Relation familiale qui consiste ainsi dans le fait d'être divorcé.

²⁷⁴⁰ Sur lequel, cf. *infra*, n° 891 et s.

842. Pour répondre à la question de la détermination du rattachement objectif nécessaire pour garantir une détermination de la loi applicable respectueuse des exigences inhérentes à l’articulation du conflit de juridictions et du conflit de lois au sein du droit international privé européen de la famille, on peut donc partir de l’idée que là où le rattachement par la nationalité correspond au souci de légitimité du droit, le rattachement par le domicile ou la résidence habituelle répond au souci d’effectivité. Il en résulte que le rattachement par la résidence habituelle qui est prédominant en droit international privé contemporain de la famille de l’Union européenne n’est pas en soi inadapté, mais que pour un grand nombre d’hypothèses il apportera des solutions satisfaisantes. Mais ce constat ne doit pas occulter l’autre conséquence importante de la recherche sur les fondements du droit international privé européen de la famille sur les rattachements à retenir, qui consiste à prendre conscience de la nécessité de revaloriser le rattachement par la nationalité. La nationalité doit ainsi être le rattachement de principe lorsque la validité de la relation familiale est en cause, tandis qu’elle doit également jouer un rôle central lorsque les personnes indiquent clairement leur préférence pour la continuité des effets de leur relation familiale européenne, pour ceux des effets pour lesquels un tel choix semble approprié parce que la sécurité juridique l’impose et parce que le contrôle social de ce choix reste possible par l’exercice d’une compétence juridictionnelle qui continue de relever de la résidence habituelle des personnes concernées. Un tel système propose donc d’introduire une part de liberté pour les membres de la famille en leur permettant de choisir dans une certaine mesure la loi applicable à leur relation familiale. Il s’inscrit ainsi dans une conception contemporaine du droit international privé qui attache de plus en plus d’importance à l’autonomie de la volonté, y compris dans des domaines dans lesquels celle-ci était habituellement totalement exclue, tel le droit international privé de la famille. Cette pénétration de l’autonomie de la volonté est particulièrement visible au regard du droit international privé européen de la famille²⁷⁴¹. Il reste donc à analyser ce rattachement subjectif tellement en vogue à l’heure actuelle.

Section 2 La nécessité d’encadrer le recours à l’autonomie de la volonté

843. Le concept d’« autonomie de la volonté » est un concept éminemment complexe, et ce pas seulement pour le droit. Cette complexité soulève la question de sa

²⁷⁴¹ Voy. déjà P. GANNAGE, *La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille*, préc., note 2704.

définition, à laquelle nous ne pouvons répondre ici que de façon provisoire et extrêmement sommaire²⁷⁴². Egalement dénommé « autonomie des parties », nous entendrons par ce concept la possibilité reconnue aux personnes impliquées de choisir la loi applicable à la relation juridique qui les relie. L'introduction de l'autonomie de la volonté peut alors présenter d'indéniables avantages pour le droit international privé européen de la famille. Ce rattachement semble parfaitement adapté à certaines tendances fortes du droit de la famille, notamment le développement en droit interne de la liberté et de la conventionalité des relations familiales²⁷⁴³. Il permet aussi de renforcer la prévisibilité des solutions en droit international privé, ce qui est un atout majeur de ce rattachement. On peut également penser que, puisque les personnes impliquées ont choisi la solution, elles seront *a priori* plus enclines à la respecter spontanément. Au niveau européen s'y ajoute le fait que ce rattachement provoque politiquement bien moins de débat, et partant crée moins un risque d'absence de consensus, que la recherche du rattachement objectif le plus adapté. Il y a même, sinon un lien de causalité, du moins une corrélation entre l'approfondissement du fédéralisme européen et un accroissement du rôle de la volonté individuelle dans les relations privées européennes, puisque « l'hyperindividualisme des raisonnements conflictuels contemporains trouve [...] dans la philosophie fédérale un écho favorable »²⁷⁴⁴. Il semble en effet qu'aussi bien la construction de la citoyenneté par la Cour de justice que l'élaboration du droit international privé par le législateur de l'Union européenne vont dans le sens d'un accroissement démesuré du pouvoir reconnu à l'individu et d'une diminution corrélative du pouvoir des Etats membres. Pourtant, et en se limitant ici au cadre spécifique posé par le droit international privé européen de la famille, l'autonomie de la volonté ne peut pas être comprise dans le sens ultra-libéral qu'y attache une partie de la doctrine, puisqu'une telle acception serait verser dans le droit matériel de la famille, ce que l'Union européenne ne saurait faire en l'état actuel

²⁷⁴² Pour de plus amples discussions sur la notion, voy. parmi beaucoup d'autres : H. BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. phil. droit* 1957.71- 86 ; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, coll. Schweizer Studien zum Internationalen Recht, n°42, Schulthess Verlag, 1985 ; A. E. von OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », dans *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, n°22, Bruylant, Bruxelles, 1993, spéc. p. 619- 636 ; T. VIGNAL, *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, préc., note 176 ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », dans *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, spéc. p. 285- 305 ; Voy. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999.28.127 et s. ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, préc., note 2704.

²⁷⁴³ Voy. not. Dominique LASZLO-FENOUILLET et Pascal de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille* :, Economica, Paris, 2001.

des traités. Une telle conception individualiste du droit serait en effet incompatible avec les objectifs du droit international privé européen de la famille (I). L'autonomie de la volonté n'est au contraire admissible qu'à condition d'être strictement encadrée, au point que l'on doit se demander si l'on respecte encore le sens de l'idée d'autonomie de la volonté (II).

I L'inadéquation d'une autonomie de la volonté « pure »

844. Il ne saurait naturellement être question de procéder ici à une véritable étude de la notion et des enjeux de l'autonomie de la volonté. Nous devons donc nous contenter d'une esquisse sommaire de la notion d'autonomie de la volonté ainsi que d'une analyse de sa compatibilité avec les objectifs du droit international privé européen de la famille précédemment identifiés. Nous devons aussi accepter que l'on puisse facilement traiter nos propos de parti pris, puisque nous avons déjà condamné, en ce qui concerne le droit de la famille du moins, la conception ultra-libérale et individualiste qui fonde le recours à l'autonomie de la volonté²⁷⁴⁵. Pourtant il nous semble impossible de détacher l'autonomie de la volonté d'une conception individualiste du droit (A). Or, en ce qu'elle est porteuse d'une certaine conception du droit matériel, l'autonomie de la volonté vient contredire un des objectifs du droit international privé européen de la famille, qui est celui de sa neutralité matérielle et de l'ouverture aux solutions matérielles résultant du droit national applicable au fond. Cette inévitable matérialité du rattachement par le choix des parties, que l'on retrouve pour tout le droit de la famille²⁷⁴⁶, se trouve illustré de façon particulièrement nette par le cas du divorce (B).

A L'individualisme inhérent à l'autonomie de la volonté

845. La multiplication des possibilités pour les personnes impliquées dans les relations familiales contribue fortement à la véritable « mode de l'*electio juris* »²⁷⁴⁷, dont le

²⁷⁴⁴ Y.-E. LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, préc., note 965, spéc. p. 305.

²⁷⁴⁵ Cf. *supra*, n° 219 et s.

²⁷⁴⁶ En droit des successions, on imagine mal une personne choisir comme applicable la loi qui lui confère la liberté la moins importante, tout comme pour la filiation il est peu probable que les parents choisissent la loi qui leur interdit d'établir leur paternité ou maternité.

²⁷⁴⁷ L. d'AVOUT, *La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010)*, préc., note 140, 75.

« rattachement constitue pourtant un choix par défaut, que l'on pourrait croire opéré par paresse s'il ne présentait cette apparence stratégique d'être en phase avec ce que certains croient être le désir psycho-sociologique d'autodétermination des individus »²⁷⁴⁸. Nous avons déjà pu souligner les incohérences et la dangerosité de ce désir d'autodétermination pour la cohérence de la société et du droit de la famille²⁷⁴⁹. Le droit international privé européen de la famille ne fait cependant qu'accompagner une évolution qui émane en premier lieu des droits matériels internes, puisque « l'autonomie de la volonté dans le statut personnel s'inscrit dans un mouvement général d'impérativité décroissante du droit de la famille, lequel est une conséquence de l'évolution sociale. Sont privilégiés aujourd'hui la recherche du bonheur pour chacun et la réussite personnelle. Cet individualisme dominant, d'un côté, la perception du droit des relations familiales en termes de droit subjectifs, de l'autre, conduisent à une certaine privatisation de la famille »²⁷⁵⁰. Ouvrir des domaines juridiques, pourtant traditionnellement considérés comme étant indisponibles, à l'option de législation serait ainsi « cohérent avec le mouvement de libéralisme qui traverse le droit interne de la famille et avec l'essor de l'individualisme »²⁷⁵¹. Pourquoi en irait-il d'ailleurs autrement, puisque « la mondialisation et l'affaiblissement de l'Etat confèrent à la volonté un pouvoir quasi normatif et érigent les justiciables en véritables pouvoirs privés »²⁷⁵² ? On peut évidemment douter de la pertinence d'une capitulation du droit devant les faits à laquelle aboutit le recours systématique à la volonté des parties, donc du droit du plus fort, mais c'est là, semble-t-il, un choix de politique juridique aujourd'hui tout à fait admissible.

846. Le droit international privé européen de la famille confirme ainsi un phénomène plus général, qui est que « l'attention portée par le droit civil européen à la volonté individuelle participe au dépassement de l'individualisme traditionnel. Le droit ne se présente plus comme un fait social mais érige l'individu en source créatrice de prérogatives personnelles. La valorisation de la volonté individuelle offre aux particuliers la possibilité de

²⁷⁴⁸ *Ibid.* ; voy. égal. de façon plus générales sur l'autonomie de la volonté, K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 ; et A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, préc., note 2729, spéc. p. 91 et s.

²⁷⁴⁹ Cf. *supra*, n° 219 et s.

²⁷⁵⁰ P. COURBE, « L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 703- 716 à la page 708.

²⁷⁵¹ J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Paris, 2011, spéc. p. 392.

²⁷⁵² *Ibid.*, spéc. p. 384.

s'autodéterminer et tend à la pleine réalisation de la personne »²⁷⁵³. Il en résulte, d'après une formule forte qui reflète bien l'état d'esprit aujourd'hui prédominant, que « l'autonomie de la volonté apparaît alors comme la méthode reine du droit à la mobilité internationale »²⁷⁵⁴. Par où la boucle serait bouclée, de la façon la plus logique qui soit. Partant de la personne, le droit international privé de la famille doit aussi plier devant les « droits à » que les personnes peuvent revendiquer sur le fondement de la lecture hyperindividualiste des droits de l'homme, « droit à la mobilité internationale » en l'occurrence. Et ces « droits à » doivent conférer les moyens aux individus de s'affranchir des limites que pourrait encore leur opposer un ordre juridique interne. Les personnes doivent ainsi pouvoir faire jouer la concurrence entre ordres juridiques, pour obtenir alors à l'étranger ce qu'ils ne pourraient obtenir auprès de l'ordre juridique normalement compétent. Faire intervenir l'autonomie de la volonté légitime alors *a posteriori* ce choix individuel, et montre clairement qu'entre le droit et le désir des individus, c'est désormais clairement le désir qui dicte la loi, et non la loi qui prime le désir. Entre les intérêts sociaux de la loi et l'intérêt individuel de la partie forte, c'est l'intérêt individuel qui doit dorénavant l'emporter.

847. Une telle évolution nous semble éminemment condamnable. On peut partir d'une remarque désormais déjà ancienne, formulée autour de l'admission de l'autonomie de la volonté dans des systèmes juridiques pluralistes, d'après laquelle « le respect des différences, des particularismes communautaires ne doit pas être "survalorisé" [à l'égard du rôle important dévolu à l'autonomie de la volonté dans les systèmes juridiques pluralistes] et déterminer une diminution de l'exercice des libertés, des droits fondamentaux. Sans doute le caractère trop abstrait des droits fondamentaux, leur inadaptation fréquente aux données sociologiques des diverses sociétés ont pu souvent à juste titre être dénoncés. Mais cette dénonciation a développé un excès inverse, puisque sous le couvert du respect de l'identité culturelle, un relativisme généralisé a été prôné conduisant à une sclérose des systèmes juridiques traditionnels »²⁷⁵⁵. Il faut ainsi toujours rester conscient de ce que, « humaine, la volonté n'est

²⁷⁵³ K. GARCIA, *Le droit civil européen*, Thèse de doctorat, Université de Limoges. Faculté de droit et des sciences économiques, Limoges, 2006, spéc. p. 580.

²⁷⁵⁴ J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, préc., note 2801, spéc. p. 358 et les références citées.

²⁷⁵⁵ P. GANNAGE, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », dans *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, spéc. p. 431-440 aux pages 439-440 ; à rapp. de S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme : leçons prononcées au Collège de France, mai 1990*, Hachette, Paris, 1992, spéc. p. 66 ; et E. LE ROY, « Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF-UREF, Montréal, 1994, spéc. p. 59-70.

pas parfaite. Subordonner tout le système [...] à la volonté des parties produirait sans doute plus de chaos que l'exclure complètement. La volonté des uns remettrait celle des autres au hasard, ce qui déboucherait facilement sur l'abus, voire sur la multiplication des abus, et donc sur le désordre joint à l'injustice. Ainsi, la volonté des particuliers doit-elle s'incliner devant la nécessité de maintenir l'ordre social et la volonté collective »²⁷⁵⁶.

848. Ces considérations ne doivent pas conduire à sous-évaluer l'importance de la volonté pour le droit de la famille. En droit de la famille, l'engagement doit rester volontaire, et en cela la volonté des personnes doit être respectée. Mais il ne s'agit pas d'une « autonomie », au sens de la faculté de se donner ses propres normes. Car les devoirs qui naissent de l'engagement familial ne sont pas à la disposition de chacun ! Au contraire, une fois que la personne s'est engagée, ce qu'elle a dû faire, en principe, volontairement²⁷⁵⁷, les devoirs familiaux lui sont imposés. Cela ne signifie pas du tout que la personne doive renoncer à elle-même ou à son épanouissement, mais l'autonomie de la personne ne peut plus alors se réaliser au détriment de ses devoirs familiaux. L'autonomie doit donc clairement être subordonnée au respect des devoirs familiaux, pour que le concept de droit de la famille continue d'avoir un sens face à l'essor contemporain de l'individualisme. Le danger du recours contemporain au concept d'« autonomie de la volonté » ou d'« autonomie des parties » réside justement dans ce renversement de perspectives, consistant à dire que ce qui est volontaire n'est pas seulement l'engagement qui fonde la relation familiale, mais également le contenu de cette relation familiale. La volonté devient ainsi non seulement un outil protégeant la liberté individuelle contre des interventions extérieures imposant des

²⁷⁵⁶ Au bout de son étude d'envergure sur la place de l'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions, M. Arrue Montenegro conclut que « La possibilité offerte aux parties de s'accorder sur ce qui leur convient est tout à fait légitime, dès lors qu'elles sont seules responsables du litige, de sa naissance, de son étendue et de son extinction. Ainsi, la reconnaissance de l'autonomie de la volonté ne doit pas être conçue comme un simple moyen de fortune qui permettrait de masquer les échecs des mécanismes objectifs en matière de contentieux international ; elle s'impose en ce domaine pour y développer, à l'avantage des plaideurs, les potentialités d'un modèle participatif de traitement des conflits d'intérêts privés. La commune volonté exerce ainsi une fonction facilitatrice du droit, en respectant la liberté des parties de gérer leurs intérêts privés et en assurant la prévisibilité des relations juridiques. Néanmoins il serait insensé de faire de l'autonomie de la volonté une panacée susceptible de procurer tous les remèdes à toutes les questions de conflit de juridictions. La pratique a démontré que, dans certains domaines et dans des situations d'inégalité, la volonté des parties peut nuire aux intérêts étatiques et privés défendus par l'ordre juridique » ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, Paris, 2011, spéc. p. 509- 510. Formulées autour du conflit de juridictions, ces conclusions fortes valent, à notre sens, pour l'ensemble du droit international privé, dans le cadre duquel il faut se demander jusqu'où l'on peut faire dépendre le résultat d'un procès de la volonté des parties (qui a dû en outre s'exprimer avant la survenance du conflit menant au procès...)

²⁷⁵⁷ Plus ou moins, puisque parfois l'acte est volontaire et l'on sait qu'il peut avoir des conséquences, sans que ces conséquences soient nécessairement assumées.

obligations non acceptées, mais également et surtout un outil par lequel les individus peuvent librement disposer des devoirs qu'ils ont envers autrui.

849. La difficulté de cerner exactement les limites du concept d'autonomie de la volonté est sans doute inhérente même à la notion d'autonomie de la volonté. La définition d'un auteur qui a mené une recherche d'envergure sur la question de l'autonomie de la volonté dans le domaine du statut personnel en est révélatrice. D'après cet auteur, l'autonomie de la volonté est « après reconnaissance, par la raison œuvrant dans le dialogue, des principes de base communs à une société humaine donnée, création par voie de consensus ou de contrat entre les volontés concernées, des normes propres à régler les relations interindividuelles »²⁷⁵⁸. Car justement, si l'on parle des « volontés concernées », cela n'implique-t-il pas nécessairement, lorsque l'on parle de relations familiales, l'implication d'acteurs autres que ceux qui vont choisir la loi applicable ? N'est-il pas réducteur de dire que les seules volontés concernées sont celles par exemple des époux, alors que les enfants, des tiers, et la société dans son ensemble peuvent ou doivent également avoir un rôle à jouer ? L'introduction de l'autonomie de la volonté est donc révélatrice de l'idéologie sous-jacente, qui serait de dire que la société doit se désintéresser du droit de la famille, les seules personnes concernées étant celles qui doivent effectuer le choix. Ce désengagement de la société dans les relations familiales va presque naturellement de pair avec un désengagement des valeurs sociales familiales. Ce risque de désengagement social est particulièrement fort au sein de l'Union européenne. D'après une formule révélatrice, les « principes matriciels [du cadre fédéral de l'Union européenne, à savoir la dignité de la personne humaine et la liberté individuelle] déterminent eux-mêmes un principe de l'autonomie personnelle et de la pleine réalisation de soi en vertu duquel l'individu est, ou doit pouvoir être, le législateur de sa propre vie »²⁷⁵⁹. Cette formule révèle à la fois la tendance à l'hyperindividualisme d'une bonne partie des défenseurs du fédéralisme européen et le lien entre celle-ci et le recours à l'autonomie de la volonté en droit international privé. En voulant ériger l'individu en « législateur de sa propre vie », l'on retourne à l'idée fondamentale de l'autonomie de la

²⁷⁵⁸ J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, préc., note 2704, spéc. p. 26.

²⁷⁵⁹ R. HERNU, « Droit de l'Union européenne et droits nationaux des nouvelles formes de conjugalité », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURE (dir.), *Du PACS aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, Paris, 2005, spéc. p. 159 et s. à la page 179.

volonté, c'est-à-dire au pouvoir reconnu à la volonté individuelle de se donner ses propres règles²⁷⁶⁰.

850. Il ne nous appartient pas ici de mener un débat sur la nature et la compréhension exacte du concept d'autonomie de la volonté, ni à en analyser les dangers²⁷⁶¹. Mais il nous en semble pas moins d'une importance fondamentale de rappeler l'individualisme qui est inhérent à l'acceptation de l'autonomie de la volonté au sein du droit international privé de la famille. Car l'acceptation ou non de cet individualisme est déjà un choix de droit de la famille matériel. En droit de la famille, il arrivera ainsi fréquemment que les parents parviennent à se mettre d'accord parce qu'ils partagent les mêmes intérêts. Quand un accord est possible, c'est souvent parce que les parties chercheront les mêmes effets. La validité d'une situation familiale, l'obtention de tel ou tel effet recherché, la dissolution du lien familial. Les limites qui s'y opposent relèvent de l'ordre public, donc de l'intérêt général. Il n'arrivera que très rarement que le choix de la loi applicable doive permettre la réalisation d'une conciliation entre les intérêts divergents des personnes qui opèrent ce choix, ce qui est pourtant le fondement de l'autonomie de la volonté en droit des contrats. Alors qu'en droit des contrats, le risque est celui d'un déséquilibre entre les parties qui permet au cocontractant le plus fort de profiter de la situation de faiblesse de l'autre, en droit de la famille, le risque est bien davantage celui d'un contournement de l'ordre public de l'ordre juridiquement objectivement le plus proche. Ce contournement n'avantage pas *prima facie* l'une des parties au détriment de l'autre, mais avantage, au moins de façon apparente et subjective, les deux parties qui opèrent le choix, et ce au détriment des valeurs sociales impératives normalement applicables. Par où l'on comprend bien que c'est bel et bien la conception même du droit de la famille qui est concernée. Car ce qui est en cause est la question de l'équilibre entre intérêt public et intérêts privés convergents, autour de la question de savoir pourquoi, si les intérêts privés concernés convergent, l'intérêt public devrait intervenir pour rompre l'équilibre d'une situation qui ne dérange pas les principaux intéressés. Cet équilibre est un équilibre de droit matériel de la famille. Conformément à l'absence de compétence de l'Union européenne en matière de droit matériel de la famille, ce choix doit donc être opéré par les ordres juridiques nationaux, non par l'Union européenne. Savoir quel rôle doit être reconnu à la volonté des membres de la famille ou connaître le degré de liberté laissée aux individus dans

²⁷⁶⁰ Même si cette autonomie n'implique, philosophiquement parlant, pas une aussi grande liberté que celle que l'on voudrait bien lui conférer aujourd'hui. Mais c'est là un autre débat...

l'épanouissement des relations familiales sont des questions délicates, touchant à la conception même de la famille, de la société et du droit de la famille. Il ne peut donc pas appartenir au législateur, ni au juge, européen de se prononcer sur ces questions d'une importance sociale capitale. Savoir jusqu'à quel point une société croit bon de plier devant l'individualisme ambiant est une question qui doit encore être tranchée par cette société elle-même, c'est-à-dire par chaque nation pour son propre compte. Et le droit international privé de l'Union européenne, tout comme le droit international privé en général, ne doit pas avoir pour conséquence d'empêcher une régulation « anti-individualiste », c'est-à-dire « sociale », par une mise en concurrence entre ordres juridiques parmi lesquels les individus pourraient librement choisir le plus permissif, tout en sachant que ce choix serait ensuite imposé à tous les autres ordres juridiques concernés²⁷⁶².

851. L'admission de l'autonomie de la volonté est donc porteuse d'une matérialité propre qui disqualifie ce rattachement subjectif au regard des fondements du droit international privé européen de la famille. Cette matérialité ne se vérifie cependant pas qu'au regard de la question fondamentale du degré de liberté reconnu aux personnes impliquées dans les relations familiales. Elle se vérifie également par des conséquences matérielles très concrètes que va entraîner la possibilité pour les personnes de choisir la loi applicable ou le juge compétent. Il semble évident que les personnes choisiraient les ordres juridiques compétents en fonction d'un certain résultat matériel. L'objectif de sécurité juridique commande d'ailleurs que les personnes aient parfaitement conscience des conséquences substantielles de leur choix ! En fonction du moment auquel ce choix est effectué, les résultats recherchés pourraient d'ailleurs être fort différents : faveur à la stabilité de la relation familiale si le choix est effectué au moment de la création de la relation familiale et faveur à sa fragilité si le choix est effectué au moment de la dissolution de celle-ci. La matérialité du choix se confirme ainsi parfaitement autour de l'hypothèse de l'admission d'un choix de loi en matière de divorce.

²⁷⁶¹ Ce qui n'empêche pas que certains éléments tirés de l'analyse des enjeux contemporains du droit de la famille sont d'une utilité certaine ici ; cf. *supra*, n° 219 et s.

²⁷⁶² Sur ces questions, voy. not. H. MUIR WATT, « Integration and Diversity : the Conflict of Laws as a Regulatory Tool », dans Fabrizio CAFAGGI (dir.), *The institutional framework of European private law*, coll. Collected courses of the Academy of European Law, n°15/2, Oxford University Press, Oxford, 2006, spéc. p. 107- 148 ; P. WAUTELET, *Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales*, préc., note 1013.

B L'inévitable matérialité du choix de loi illustrée par le divorce

852. L'illustration de la matérialité de la possibilité offerte aux personnes impliquées de choisir la loi applicable par le cas du divorce se justifie à plusieurs égards. Tout d'abord, le règlement Rome III est l'instrument qui a véritablement marqué l'entrée en force de l'autonomie des parties dans le droit international privé contemporain et qui a suscité à ce titre un débat doctrinal intense toujours très vif²⁷⁶³. Ensuite parce que les hypothèses dans lesquelles le choix peut intervenir montrent que la matérialité du choix n'est pas forcément celle que l'on pense, mais qu'il s'agit toujours d'une matérialité certaine. Intervenant au moment de la création de la situation familiale, la volonté des parties sera logiquement de garantir la stabilité de la relation familiale. Intervenant au moment de la dissolution du lien familial, si les parties parviennent à se mettre d'accord, ce sera au contraire en faveur de la fragilité de la situation familiale que s'effectuera le choix. Le divorce permet ainsi de prendre conscience que l'autonomie de la volonté n'est pas fondamentalement une faveur à une certaine solution matérielle donnée, mais une faveur à une certaine conception du droit de la famille, et plus précisément celle dans laquelle l'intérêt privé des personnes impliquées, partagé et non-conflictuel, doit primer l'intérêt public.

853. Pourtant, le droit international privé européen de la famille ne doit pas seulement être un système cohérent en soi, il doit aussi respecter le principe important de la protection des particularismes nationaux. A ce titre le recours à l'autonomie de la volonté, fût-il limité, est doublement dangereux. La *professio juris* telle qu'elle est prévue par le règlement Rome III arrive en effet au résultat curieux de donner à la fois tort et raison à toutes les positions de fond sur le divorce. Selon le moment et les circonstances du choix de la loi applicable, on favorise en effet soit les législations nationales libérales, prévoyant le divorce par consentement mutuel, soit les législations conservatrices, adoptant un point de vue plus restrictif sur la question de la désunion du couple. En laissant la possibilité aux époux de

²⁷⁶³ Voy. parmi beaucoup d'autres p. ex. A. E. von OVERBECK, *L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*, préc., note 2791 ; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, préc., note 2704 ; M. REVILLARD, « L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales : regards sur les récents instruments internationaux », dans CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. BUREAU PERMANENT (dir.), *A commitment to private international law : essays in honour of Hans van Loon - Un engagement au service du droit international privé : mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, spéc. p. 487- 502 ; K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, préc., note 2798 ; P. WAUTELET, *Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales*, préc., note 1013.

choisir d'un commun accord la loi applicable à leur divorce, le législateur de l'Union édicte donc une règle de conflit à forte coloration matérielle, puisque les époux vont généralement choisir la loi dont le contenu leur convient le mieux, et non pas la loi qui aurait les liens les plus étroits avec leur union. Ce faisant, les époux ont la possibilité de choisir une loi n'ayant qu'un faible lien avec leur mariage et qui peut être fondamentalement différente de la loi la plus « proche » de leur situation. Les effets varient selon le moment auquel le choix est effectué, mais le choix comporte dans tous les cas le risque de comporter une forte matérialité. Celle-ci peut heurter aussi bien les ordres juridiques nationaux ayant une conception du droit de la famille plutôt individualiste que ceux adoptant une conception plus sociale du droit de la famille²⁷⁶⁴.

854. L'atteinte aux ordres juridiques nationaux se fait donc d'abord en raison de la faveur à une conception libérale du droit de la famille. La conception libérale du droit de la famille est ici celle qui fait reposer le droit de la famille, au moins pour une part grandissante, sur la volonté des personnes impliquées. Or face à la matérialité même de l'acceptation d'une telle conception du droit de la famille, l'on voit bien qu'il est impossible de prétendre que l'autonomie de la volonté serait une technique neutre. En choisissant la loi applicable à leur désunion, les époux retiendront à l'évidence celle dont le contenu les satisfait le plus, et non pas celle qui présente à leurs yeux les liens les plus étroits avec leur situation. Ainsi des époux qui se sont mis d'accord pour divorcer chercheront dans la liste des lois qu'ils peuvent choisir celle qui leur permettra le plus facilement d'obtenir le divorce, même si cette loi ne présente qu'un lien faible avec le couple et que les époux n'auraient jamais songé à ce que cette loi puisse leur être applicable avant que ne se pose la question de la désunion. Autrement dit, un couple franco-irlandais résidant en Irlande pourrait obtenir un divorce par consentement mutuel en application de la loi française devant le juge irlandais, et ce alors que la loi objectivement applicable serait la loi irlandaise, que la question soit posée au juge irlandais ou au juge français²⁷⁶⁵.

²⁷⁶⁴ Sans que les termes « individualiste » et « social » comportent ici un quelconque jugement de valeur. Il s'agit simplement de souligner que dans la première hypothèse, celle d'un droit de la famille « libéral », la protection de la volonté individuelle domine, tandis que dans la seconde, celle d'un droit de la famille « conservateur », la défense des devoirs familiaux joue un rôle plus important.

²⁷⁶⁵ L'ordre public de proximité peut certes trouver à s'appliquer en France, mais il ne s'agit pas là de déterminer la loi objectivement applicable, mais d'en écarter l'application ; voy. par exemple, l'arrêt *de Ituralde de Pedro* de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1981, précité.

855. On pourrait naturellement soutenir qu'il n'y a pas de mal à ce que deux personnes soumettent en connaissance de cause une question touchant aux relations entre elles à une loi qu'elles choisissent. Mais pourquoi certains droits nationaux ne reconnaissent-ils pas alors le divorce par consentement mutuel ? Il y a là une faveur manifeste à une certaine solution au fond, en l'occurrence le divorce par consentement mutuel, et on n'est plus alors dans la localisation du rapport de droit. En retenant une telle solution, on déborde le domaine du droit international privé pour rentrer dans celui du droit matériel, car en réalité, permettre aux époux de choisir la loi applicable à leur désunion revient en quelque sorte à intégrer à l'ensemble des ordres juridiques nationaux un divorce par consentement mutuel pour les couples internationaux. La question des modes de désunion admis, divorce pour faute, pour altération définitive du lien conjugal, par consentement mutuel, pour ne nommer que ceux-là, est de toute évidence une question de droit matériel. Au sein des relations européennes chaque ordre juridique intégrerait en plus de ses propres modes de désunion ceux sur l'application desquels les époux se sont mis d'accord. Si l'application de la loi étrangère se justifie en raison des liens particuliers qu'elle entretient avec la situation du couple, cela ne pose pas trop de problème. Mais en permettant aux époux de choisir une loi dont les titres d'application sont très faibles, le droit de l'Union européenne instaure une mise en concurrence des différentes lois nationales, dans le but de favoriser au maximum la désunion consensuelle du couple²⁷⁶⁶. On se trouve alors clairement dans le domaine du droit matériel de la famille, le droit international privé de l'Union européenne se mettant au service d'une certaine conception de la famille. Le système de droit international privé de l'Union européenne ne peut évidemment se construire sans une certaine matérialité propre, chaque système de droit international privé ayant besoin de normes de références autour desquelles il s'articule²⁷⁶⁷. Mais le droit international privé européen de la famille doit s'efforcer dans toute la mesure du possible de rester neutre pour respecter les droits nationaux. Son intervention dans le droit matériel ne doit donc pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire. Or la cohérence du système de droit international privé ne requiert nullement qu'il faille permettre aux époux de choisir la loi applicable parmi un très large éventail.

²⁷⁶⁶ Sur ce point, voy. not. P. WAUTELET, *Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales*, préc., note 1013. Pour l'auteur, la mise en concurrence reste cependant limitée.

²⁷⁶⁷ D'où l'importance du rôle joué par la qualification et les catégories. Pour la mise en œuvre des règles de conflit de lois européennes il faudra ainsi recourir aux catégories autonomes européennes ; voy. B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, précité, sous l'arrêt *Caraslanis*, n° 27, spéc. p. 258.

856. La situation qui résulte du règlement Rome III n'est pas en soi en contradiction avec la position de l'ordre juridique français, voire même avec la plupart des droits nationaux des Etats membres, qui sont également favorables au divorce par consentement mutuel. A défaut, ces Etats ne feraient, à l'évidence, pas partie de la coopération renforcée mise en place par le règlement. Néanmoins, l'on est surpris de voir la participation de certains Etats qui, en ce qui concerne leur droit interne, restent très récalcitrants à l'idée de divorce par consentement mutuel, voire même plus généralement de divorce²⁷⁶⁸. Et surtout, il faut se demander s'il appartient vraiment à l'Union européenne d'imposer aux ordres juridiques nationaux une certaine conception de la famille ? Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux impose au contraire que la conception que l'ont les sociétés nationales du couple et du mariage doit pouvoir rester leur conception propre, et non pas celle imposée par un « super-législateur » européen. Les sociétés constitutives de l'Europe restent en effet des sociétés nationales, la société européenne ne se manifestant que sur les points où il y a un consensus entre les différentes sociétés nationales. Ce consensus a pu être trouvé dans un grand nombre de domaines, y compris touchant au droit de la famille, à travers notamment la reconnaissance de certains droits fondamentaux, mais il est loin d'être absolu. Les débats actuels autour du mariage homosexuel illustrent bien le fait qu'il n'existe pas une famille européenne, mais des familles européennes²⁷⁶⁹. Et c'est là une bonne chose, aussi bien pour les citoyens et les nations, que pour les Etats membres et l'Europe. Il y a là une source de richesse culturelle qu'il faut défendre par tous les moyens. L'exclusion absolue du contentieux de l'annulation du mariage du domaine de l'autonomie de la volonté montre d'ailleurs bien que l'on a conscience au niveau européen de la nécessité de respecter les traditions et cultures nationales. Le droit de la désunion étant intimement lié à la conception matérielle du couple, le droit international privé de l'Union européenne ne doit pas être un outil au bénéfice d'une certaine vision uniformisée de la désunion du couple, et partant de la famille, ce qui signifie que les parties ne doivent pas avoir la possibilité, par le choix d'une loi libérale, de contourner les éventuelles restrictions à la désunion prévue par la loi présentant les liens les plus étroits avec leur situation.

²⁷⁶⁸ L'exemple de Malte est particulièrement saisissant à cet égard. Mais l'exemple maltais montre aussi l'influence que peuvent avoir des règles de droit international privé pour préparer des changements de législation matérielle interne, puisque Malte a reconnu la possibilité du divorce postérieurement à la participation au règlement Rome III.

²⁷⁶⁹ Voy. égal. sur ce point, concluant à l'absence d'un modèle familial européen unique, H. FULCHIRON, *Un modèle familial européen ? - Rapport préliminaire pour le 101e Congrès des notaires de France*, « *Les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité ?* », préc., note 2007 ; constat réitéré dix ans plus tard : H. FULCHIRON, *Un modèle familial européen ?*, préc., note 2007.

857. Le respect des conceptions nationales du droit de la famille est d'ailleurs d'autant plus nécessaire que la faveur au divorce par consentement mutuel s'accompagne de la possibilité offerte aux époux de choisir une loi très restrictive sur le divorce, en décalage profond avec la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation de désunion, ce qui illustre une hypothèse dans laquelle l'exercice de l'autonomie des parties risque de se faire au détriment de la liberté individuelle d'une des personnes concernées.

858. L'atteinte aux ordres juridiques nationaux se fait donc ensuite en raison de la possible faveur à une loi excessivement attentatoire à la liberté individuelle. Paradoxalement, le recours à l'autonomie de la volonté, qui est censé libéraliser le droit de la désunion du couple, peut en effet avoir l'effet inverse. Comme le choix doit en effet être possible avant que ne soit née la situation de désunion²⁷⁷⁰, les époux peuvent désigner une loi qui est beaucoup moins favorable au divorce que ne le serait la loi objectivement applicable. Les époux cherchant à un tel moment où le couple est encore parfaitement harmonieux, voire même où il est particulièrement enthousiaste, notamment au moment de la conclusion du mariage, à se garantir une plus grande pérennité et stabilité, ils pourront être enclins à choisir l'application à leur union d'une loi plus restrictive sur le divorce. En général un tel choix s'effectuerait probablement selon une vraie logique de droit international privé, c'est-à-dire en faveur de la loi avec laquelle les époux estiment avoir les liens les plus étroits. Toutefois, il n'est pas du tout inimaginable que les époux choisissent une loi plus éloignée du couple du point de vue des liens de rattachements objectifs, mais plus proche matériellement de la conception que se font les époux de leur union. Il ne faut à cet égard pas oublier que dans l'esprit de la majorité des personnes le mariage, même civil, a vocation à être sinon « éternel », du moins le plus pérenne possible. Il en va *a fortiori* ainsi lorsque les époux se marient également religieusement. Le choix en faveur d'une loi restrictive quant au divorce ne semble donc pas du tout être un cas d'école. Et on peut même imaginer des manœuvres ou comportements visant à permettre aux époux de choisir la loi d'un certain pays particulièrement restrictif sur les éventualités de désunion du couple²⁷⁷¹, à travers l'installation de la résidence habituelle commune dans ce pays, serait-ce pour une durée relativement courte. Il faudrait évidemment s'assurer qu'il y avait réellement une résidence habituelle dans ce pays, et la définition résolument fonctionnelle que l'on retient de cette notion permet de s'opposer à des manœuvres trop grossières. Des problèmes subsistent

²⁷⁷⁰ Cf. *supra*, n° 868 et s.

cependant, car, à supposer par exemple qu'il y ait eu une véritable fraude par les deux époux, il faudra établir lequel des deux époux peut faire valoir que la résidence n'avait pas un caractère suffisant²⁷⁷². Théoriquement d'ailleurs, rien ne s'opposerait à une action déclaratoire dans le pays concerné visant à faire constater la résidence habituelle commune par le juge, à un moment où les époux sont encore d'accord, et dont la décision bénéficierait ensuite de l'autorité de la chose jugée dans l'ensemble des Etats membres. Cette situation s'avérerait probablement être un cas d'école, mais elle n'en souligne pas moins les risques d'atteinte aux ordres juridiques nationaux qui résultent de la mise en concurrence des différents droits de la famille nationaux opéré par l'introduction de l'autonomie de la volonté.

859. Les solutions auxquelles peut aboutir le système mis en place par le règlement Rome III sont donc potentiellement en contradiction ouverte avec de nombreuses conceptions nationales. Les pays qui reconnaissent en effet un droit au divorce et qui en font bénéficier les personnes se rattachant suffisamment à leur ordre juridique, à travers soit la reconnaissance d'un ordre public de proximité²⁷⁷³, soit la formulation d'une règle de conflit générale²⁷⁷⁴ ou spéciale²⁷⁷⁵ en ce sens, acceptent de ne pas imposer leurs conceptions nationales lorsque la situation est réellement éloignée de leur ordre juridique. Il en va évidemment tout autrement lorsqu'il s'agit de permettre un tel refoulement des concepts fondamentaux nationaux en raison de la seule volonté des époux, alors même que la situation peut s'intégrer très fortement dans le tissu social national. Et la participation faible à la coopération renforcée du règlement Rome III prouve que tous les Etats membres ne sont pas prêts à accepter le système européen sur ce point²⁷⁷⁶. On peut penser à ce titre aux débats qui ont surgi en Suède²⁷⁷⁷, ou à

²⁷⁷¹ Telles les lois maltaise ou irlandaise.

²⁷⁷² Voy. par exemple la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le fraudeur est irrecevable, dans le domaine de la reconnaissance des décisions étrangères, à dénoncer la fraude qui a abouti à un résultat qui ne lui convient plus (*Conlon*, 1983 Cour de cassation. *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 492, note P. Mayer, *Journal du droit international*, 1984, p. 898, note G. Wiederkehr) ; mais il est vrai que le débat sur la réalité de la résidence habituelle est un débat objectif, contrairement à la fraude qui est constituée entre autre d'un élément moral, souvent le plus difficile à démontrer. De ce point de vue le recours à la notion de la résidence habituelle peut donc présenter un avantage important.

²⁷⁷³ Sous forme de reconnaissance de droits fondamentaux ou constitutionnels, ou d'un recours quasi-systématique à l'exception d'ordre public.

²⁷⁷⁴ C'est-à-dire celle consacrant ou favorisant l'application de la *lex fori*.

²⁷⁷⁵ Prévoyant un rattachement particulier si certaines conditions sont réunies, notamment que le divorce ne peut être obtenu en application de la loi normalement applicable et que certains éléments de rattachement existent avec un pays dont la loi permet le divorce dans les circonstances de l'espèce.

²⁷⁷⁶ Quinze Etats membres, depuis que la Lituanie a rejoint les quatorze Etats membres initialement liés par le règlement Rome III (pour des informations mises à jour, voy. not. l'Atlas judiciaire européen en matière civile, accessible sous : http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/di_information_fr.htm).

²⁷⁷⁷ Sur lesquels, voy. not. C. NOURISSAT, « Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire », *D* 2007.1098- 1101.

la volonté exprimée au sein du Conseil par certaines délégations nationales que le droit de l'Union européenne laisse intact le droit subjectif au divorce reconnu par leurs ordres juridiques nationaux²⁷⁷⁸. En outre, il ne faut pas oublier que le règlement Rome III se veut d'application universelle et que, par conséquent, les époux pourront choisir des lois qui soulèveront un véritable conflit de civilisation, notamment dans les relations avec des pays de droit musulman. L'atteinte aux concepts nationaux serait évidemment insupportable si le système européen imposait aux juges nationaux de respecter un tel choix de loi en faveur d'un droit ne respectant pas les droits les plus fondamentaux. Cela montre une autre difficulté du recours à l'autonomie de la volonté. En laissant les époux choisir le droit applicable, on leur permet de rester soumis à un droit étranger, classiquement le droit de leur pays d'origine, alors même qu'ils s'intégreraient fortement dans leur nouvel environnement. Pourtant le souci d'intégration des couples étrangers durablement installés sur leur territoire est un objectif bien légitime de la part des Etats. Le droit de l'Union européenne ne doit donc pas devenir un instrument de « désintégration » des couples internationaux, ce qu'il pourrait malheureusement être en acceptant de façon trop libérale le choix de la loi applicable.

860. Le législateur européen a certes conscience de ce risque d'un choix qui se porterait sur une loi dont les conceptions matérielles seraient en contradiction avec les conceptions matérielles communément partagées en Europe. En prévoyant dans ses considérants que « la possibilité de choisir d'un commun accord la loi applicable devrait être sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux »²⁷⁷⁹, on limite déjà le choix à un cercle limité de lois pouvant être choisies, puisque le choix ne pourra porter que sur des lois dont le contenu matériel est conforme aux conditions édictées dans le règlement, à savoir ici notamment « l'égalité des chances des deux époux »²⁷⁸⁰. Les articles du règlement confirment très clairement cette approche, en affirmant que « lorsque la loi applicable en vertu [du choix de loi] ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps,

²⁷⁷⁸ Voy. le communiqué de presse du 19 avril 2007, C/07/77, 8364/07 (Presse 77), p. 10, où la présidence propose de « préciser que la loi du for s'applique lorsque la loi étrangère en matière de divorce ne prévoit pas le divorce [même lorsque les époux ont fait un choix de loi] ». A rapprocher de l'article 10 du règlement Rome III qui prévoit que « lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

²⁷⁷⁹ Considérant 18 du règlement Rome III.

²⁷⁸⁰ La formule d'après laquelle le choix « devrait être sans préjudice des droits [...] des deux époux » surprend d'ailleurs, puisque ces droits doivent logiquement être évalués à l'aune de la loi applicable conformément à ce

la loi du for s'applique »²⁷⁸¹. Autrement dit, le choix de loi est matériellement conditionné par le droit de l'Union européenne²⁷⁸². Le choix ne peut en effet porter que sur une loi qui prévoit le divorce et qui accorde une égalité entre les sexes dans l'accès au divorce. Si ces deux conditions n'ont évidemment rien de choquant, le fait qu'elles émanent de l'instrument européen l'est bel et bien. Car ces conditions illustrent à quel point le choix de loi est conçu comme un outil de droit matériel de la famille dont la raison d'être est avant tout de favoriser le divorce, non comme un outil de droit international privé assurant la bonne coordination entre ordres juridiques et la prévisibilité pour les époux. Au niveau mondial, un grand nombre de lois sont exclues parmi celles pouvant être valablement ou efficacement choisies par les parties, et ce pour des raisons qui relèvent clairement de la conception matérielle de la famille.

861. Le règlement Rome III, en recourant de façon trop large au principe d'autonomie des parties, ne respecte donc pas suffisamment les conceptions matérielles nationales, qu'il s'agisse de celles favorables au divorce, ou de celles qui adoptent une vision plus restrictive de la désunion du couple. Il illustre ainsi l'impossibilité conceptuelle et pratique de concevoir le choix de la loi applicable comme une règle matériellement neutre. Cette inévitable matérialité du choix de loi doit rester à l'esprit pour l'ensemble du droit international privé européen de la famille. Or nous avons déjà vu que le droit de l'Union ne devait pas se donner une matérialité propre, mais que l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux imposait qu'il se fonde sur la matérialité des droits de la famille internes. Reste à savoir si l'admissibilité du choix de loi peut être « sauvée » par la possibilité de lui donner un sens matériellement neutre en encadrant sa mise en œuvre. Il reste donc désormais à étudier si un encadrement plus strict du choix de la loi applicable est de nature à en faire une règle de conflit acceptable au sein du droit international privé européen de la famille.

choix... A moins qu'il ne faille d'abord déterminer la loi objectivement applicable – ou appliquer la loi du for ? – pour dire quels sont les droits auxquels il ne faut pas porter préjudice.

²⁷⁸¹ Article 10 du règlement Rome III.

²⁷⁸² Alors même que, comme nous le savons (cf. *supra*, n° 573 et s.), le législateur européen n'a aucune compétence pour intervenir dans le droit matériel de la famille.

II Un indispensable encadrement incompatible avec une lecture classique de l'autonomie de la volonté

862. Le respect de la diversité des droits de la famille nationaux implique d'encadrer strictement le choix de la loi applicable, de façon à en faire un outil de droit international privé, c'est-à-dire visant la localisation de la relation familiale, et non construit autour de la recherche d'une solution matérielle donnée. Le défi est ainsi de proposer une règle de conflit subjective qui rend compte de la tension entre législations nationales protégeant la liberté individuelle et celles insistant sur le respect des devoirs familiaux (A). Une telle limitation du choix de la loi applicable rend nécessaire de requalifier la règle de conflit subjective. Ainsi encadrée, cette règle de conflit ne relève plus en effet d'une vision classique de l'autonomie de la volonté, mais parvient au contraire à maintenir le rôle de l'Etat, puisque le choix de loi est soumis, et non substitué, aux conditions de proximité (B).

A La tension entre protection de la liberté individuelle et respect des devoirs familiaux

863. La possibilité pour les personnes concernées de choisir la loi applicable à leur relation familiale vient heurter de front l'objectif du droit international privé européen de la famille consistant à protéger la diversité des ordres juridiques nationaux. Par conséquent, il convient de l'encadrer strictement, et ce au-delà de la seule limitation du nombre de lois que les personnes impliquées pourraient choisir. Il faudra cependant veiller à ce que l'encadrement ne constitue pas en lui-même une immixtion dans le droit matériel, ce qui serait notamment le cas de clauses d'exception matérielle, qui écarteraient le choix de loi parce que certaines considérations substantielles sont méconnues. Une telle technique, même si nous la trouverons, est en effet le signe d'une immixtion forte dans le droit matériel, et doit être condamnée pour cette raison. Il n'appartient en effet pas à l'Union européenne de dire quels objectifs matériels peuvent conditionner l'admissibilité d'un choix de loi ou l'étendue des lois pouvant être choisies. Cela ne signifie absolument pas que de telles limitations matérielles doivent être exclues. Il appartient simplement aux ordres juridiques nationaux de les déterminer. Le protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit un tel renvoi au droit national, par l'article 8, paragraphe 4, qui stipule que « nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier

peut renoncer à son droit à des aliments ». On retrouve cette idée, mais de façon plus limitée, avec le règlement Rome III, qui prévoit en son article 6, paragraphe 2, que « pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi [choisie] ». Un tel renvoi au droit national est imposé par l'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux, qui implique que l'Union européenne ne peut pas poursuivre des objectifs matériels propres en matière de droit de la famille. Il n'en devient que moins compréhensible que ces mêmes instruments prévoient des mécanismes de mise à l'écart de la loi applicable, y compris celle choisie par les personnes, si un certain résultat matériel n'est pas atteint²⁷⁸³. Une telle solution pourrait certes être opportune lorsque l'ordre juridique du for présente des liens étroits avec la situation de désunion. Or, tel n'est pas systématiquement le cas en droit international privé européen de la famille²⁷⁸⁴. Afin de ne pas réintroduire à ce titre le *lex forisme*, à l'origine des risques d'atteinte à la sécurité juridique et à l'harmonie internationale des solutions, il ne faut donc permettre de telles « clauses d'exception » que lorsque l'ordre juridique du for présente objectivement des liens de rattachements suffisamment forts avec la situation de désunion.

864. En outre il y a avec ces mécanismes une ingérence trop forte dans le domaine du droit matériel. Car si certains principes sont des principes matériels communément partagés²⁷⁸⁵, ce qui peut expliquer mais non véritablement justifier leur intégration dans un texte commun²⁷⁸⁶, il n'en va pas de même dans certaines hypothèses, notamment celle du refus d'un choix « lorsque la loi [choisie] ne prévoit pas le divorce ». Premièrement, au moment de l'entrée en vigueur, ce principe matériel n'était pas partagé par tous les Etats de l'Union européenne, même si depuis l'Etat de Malte a introduit le divorce. Deuxièmement, le texte autorise deux interprétations. Celle d'après laquelle l'application du droit étranger doit

²⁷⁸³ Voy. not. l'article 14 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et l'article 10 du règlement Rome III.

²⁷⁸⁴ Notamment en raison du système mis en place par le règlement Bruxelles II *bis*.

²⁷⁸⁵ Et l'on songe ici surtout à ceux selon lesquels, d'une part, « il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier et des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments » (Article 14 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) et, d'autre part, « la loi applicable [ne doit pas refuser d'accorder] à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps » (Art. 10 du règlement Rome III).

²⁷⁸⁶ Puisque ces principes sont communs, il ne serait en effet pas nécessaire de les consacrer au niveau européen ou national, un renvoi au droit national aboutissant au même résultat. L'existence d'une vraie

être écarté s'il ne prévoit pas le divorce de façon absolue, ce qui ne concernerait alors plus que les Etats des Philippines et du Vatican. Et celle d'après laquelle le droit étranger doit être écarté s'il ne prévoit pas le divorce dans les circonstances de l'espèce. Dans l'esprit du législateur de l'Union, il semble bien que ce soit la première interprétation qui doit prévaloir²⁷⁸⁷. Mais appartient-il vraiment aux instances de l'Union d'interpréter un tel principe de droit matériel ? Et si l'interprétation de cette norme appartient à l'Union européenne, qui peut garantir que la Cour de justice ne retiendra pas une interprétation de cet article qui consacrerait un véritable droit au divorce ? Or la porte est ainsi ouverte vers un droit de la famille matériel de l'Union européenne, ce qui est injustifiable compte tenu des objectifs poursuivis par l'Union européenne en matière de droit de la famille et des fondements juridiques de sa compétence en ce domaine. De telles dispositions contenues dans les règlements de l'Union doivent donc être condamnées, et lorsqu'elles se retrouvent néanmoins dans les textes, leur mise en œuvre, à supposer que ces dispositions soient légales²⁷⁸⁸, être opérée en tenant dûment compte du besoin de protéger la compétence exclusive des Etats membres pour définir leur politique en matière de droit matériel de la famille. Ce type de mécanismes, qui n'accepte le choix de loi que si un résultat matériel donné est atteint, doit donc être exclu dans le cadre du droit international privé européen de la famille.

865. Au-delà de la protection de certains principes de droit matériel, qui doit être déterminée par les ordres juridiques nationaux, il convient également de combattre l'éventualité qu'une partie en position de force ne profite de cette position pour limiter indûment les droits des autres personnes concernées. Au-delà des règles relatives à la validité matérielle du choix de loi se multiplient alors, ce qui est une constante du droit international privé européen de la famille, les règles relatives à la validité formelle du choix de loi « de manière à faciliter le choix éclairé des [personnes concernées] et assurer le respect de leur consentement, en vue de garantir la sécurité juridique ainsi qu'un meilleur accès à la

« communautarité » implique cependant toujours qu'il n'y a pas de matérialité propre de ces instruments supranationaux (sur le concept de « communautarité, cf. *infra*, n° 947 et s.).

²⁷⁸⁷ Puisque l'article 13 du règlement Rome III prévoit qu'« aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ». C'est donc bien que l'hypothèse générale est celle d'une procédure dont l'issue n'est pas forcément celle du prononcé du divorce.

²⁷⁸⁸ Il peut en effet y avoir de sérieux doutes concernant la légalité au regard des traités, cf. *supra*, n° 573 et s.

justice »²⁷⁸⁹. Plus spécialement, « pour ce qui est de la validité formelle, certaines garanties devraient être introduites afin de s'assurer que les [personnes concernées] sont conscient[e]s des conséquences de leur choix »²⁷⁹⁰. Or, encadrer l'autonomie de la volonté seulement par des règles de forme, même assorties de règles sur la validité matérielle²⁷⁹¹, est totalement insuffisant, puisque les difficultés de l'autonomie de la volonté résultent justement de l'éventuelle matérialité intrinsèque du choix. Il faudrait donc prévoir des règles claires permettant de respecter les conceptions de fond de l'ordre juridique auquel la situation se rattache étroitement, et qui ne laissent pas cette protection des conceptions nationales à la disposition des parties, tel que cela serait le cas si le texte européen se contente d'encadrer leur choix par des restrictions purement formelles. Il serait plus que surprenant en effet que les parties puissent plus facilement éluder les dispositions impératives d'un pays en matière de droit de la famille, par exemple de divorce, qu'en matière de contrat de consommation. Or, pour ce dernier, le droit de l'Union européenne a prévu des règles de protection « matérielle » spécifiques au droit international privé et fondées sur la localisation du contrat de consommation, en vue de s'opposer au contournement des règles impératives nationales ou européennes²⁷⁹². Il serait donc incompréhensible qu'en matière de droit de la famille, la protection des ordres juridiques nationaux se fasse principalement à travers une règle de protection « formelle », surtout si celle-ci devait se résumer à l'exigence d'un écrit signé, et éventuellement daté²⁷⁹³.

866. Il reste donc nécessaire d'analyser comment peut et doit être encadrée l'autonomie de la volonté en dehors de ces hypothèses de protection substantielle ou formelle. En raison du fait que le divorce met face à un conflit entre personnes pouvant être considérées comme étant à peu près à armes égales²⁷⁹⁴, l'étude ne saurait ici être limitée à cette seule question. Pour toutes les relations familiales structurellement déséquilibrées, donc notamment entre ascendants et descendants, le besoin d'encadrement se présente en effet avec une force particulière, afin d'éviter qu'une personne puisse profiter du pouvoir unilatéral dont elle

²⁷⁸⁹ Considérant 19 du règlement Rome III.

²⁷⁹⁰ *Ibid.*

²⁷⁹¹ Qui restent au demeurant très limitées dans les textes existants.

²⁷⁹² Voy. l'article 6 du règlement Rome I.

²⁷⁹³ Ce qui était initialement proposé pour le règlement Rome III. Les exigences formelles prévues en droit positif vont cependant au-delà. Voy. not. l'art. 7 du règlement Rome III et l'art. 22 du règlement n° 650/2012 sur les successions. L'article 8 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires quant à lui se contente d'un écrit signé, sans préciser que cette condition épuise la question de la validité formelle du choix de loi).

dispose, de droit ou de fait, à l'égard de l'autre personne. Il faut donc se demander ici comment doit être concrètement encadrée l'autonomie des parties afin de respecter aussi bien les législations « libérales », c'est-à-dire celles privilégiant la liberté individuelle aux dépens des devoirs familiaux, que les législations « conservatrices », c'est-à-dire celles limitant les pouvoirs unilatéraux afin de garantir l'effectivité des devoirs familiaux²⁷⁹⁵. Le besoin d'encadrement se pose en effet aussi bien pour les législations nationales protégeant la liberté individuelle que pour les législations nationales insistant sur le respect des devoirs familiaux, mais les solutions auxquelles on peut penser pour y parvenir risquent bien de privilégier de façon systémique les unes au détriment des autres. Il en résulte une forte tension entre respect des législations nationales protégeant la liberté individuelle et respect des législations nationales insistant sur le respect des devoirs familiaux.

867. En cas de pouvoir de négociation inégal entre les parties, il est contradictoire de permettre le choix de loi et de vouloir protéger la liberté individuelle de la partie faible, puisque cette liberté ne peut de toutes manières être exercée en raison du rapport de force défavorable. Dès lors, à partir du moment où le choix de loi est admis, la nécessité du respect des législations nationales qui mettent l'accent sur la protection de la liberté individuelle se pose surtout dans des hypothèses dans lesquelles les personnes impliquées ont *a priori* un pouvoir de négociation comparable²⁷⁹⁶. Il est certes parfaitement possible d'envisager des hypothèses dans lesquelles une personne exerce unilatéralement, ou dans une situation où elle bénéficie d'un rapport de force favorable, une *optio juris* qu'elle regrette par la suite parce que la loi choisie se révèle ultérieurement défavorable à ses intérêts. Si cette personne ne peut revenir ensuite sur ce choix, il est facile d'imaginer qu'elle invoquerait une atteinte à sa liberté individuelle, puisqu'elle est empêchée, du fait de son choix, de la possibilité de disposer plus librement de ses intérêts. Nous aurions envie de répondre que sa liberté individuelle est respectée du fait de sa participation au choix de loi et qu'elle ne saurait se plaindre, dans ce genre d'hypothèse, de l'accroissement de ses devoirs familiaux au détriment de sa liberté individuelle. Cette réponse est cependant réductrice, car il reste possible que,

²⁷⁹⁴ Encore qu'il s'agit là le plus souvent d'un vœu pieux, les déséquilibres économique, affectifs et relevant d'autres considérations ne manquant pas...

²⁷⁹⁵ Etant rappelé qu'il ne nous appartient d'apporter un jugement de valeur sur ces différentes approches nationales. Nous avons développé les enjeux du droit de la famille plus haut (cf. *supra*, n° 219 et s.), mais également démontré que du point de vue de l'Union européenne, c'est une stricte neutralité qui s'impose à l'égard des droits matériels de la famille (cf. *supra*, n° 514 et s.).

même dans ce genre de configuration, un ordre juridique estime nécessaire de maintenir la possibilité pour une personne de modifier unilatéralement les questions relevant de son statut familial, y compris le cas échéant au détriment d'une manifestation individuelle de volonté ou d'un choix commun de loi effectués antérieurement²⁷⁹⁷. Ceci est particulièrement net en matière testamentaire²⁷⁹⁸. Nous n'en raisonnerons pas moins par rapport à l'hypothèse d'un choix effectué entre des personnes sur un pied d'égalité, tout en sachant que les solutions pourront être étendues *mutatis mutandis* à l'hypothèse de la protection de la volonté non contre la volonté d'autrui, mais contre la volonté de soi-même.

868. Un premier moyen simple de protection des ordres juridiques défendant la liberté individuelle serait de ne permettre un choix de loi qui pourrait limiter cette liberté individuelle qu'au moment où se pose concrètement la question juridique pour laquelle on accepte le choix de loi. Il ne serait ainsi pas possible de renoncer, par anticipation, au plein épanouissement de la liberté individuelle. Le divorce permet d'illustrer ce propos. Accepter un choix de loi à un moment où le couple n'envisage pas concrètement la désunion devrait logiquement pouvoir porter sur une loi qui impose une plus grande stabilité du mariage et limite donc les possibilités d'obtenir le divorce. Compte tenu des devoirs existant entre les époux à ce moment-là, notamment le devoir d'assistance qui implique de veiller aux intérêts du conjoint et non seulement à ses intérêts propres, un choix délibéré en faveur d'une loi facilitant le désengagement unilatéral du mariage serait même assez surprenant, pour ne pas dire une aberration juridique face aux liens entre les deux époux²⁷⁹⁹. La protection d'une vision « libérale » du divorce imposerait ainsi de ne pas permettre de choisir la loi applicable avant que ne se pose la question de la désunion²⁸⁰⁰. Le choix ne pourrait ainsi être exprimé qu'au début ou au cours d'une procédure judiciaire ou équivalente dont l'objet est justement la désunion du couple. On s'assurerait ainsi que le droit subjectif au divorce est respecté, puisqu'il semble peu probable qu'à ce stade de la procédure un époux désireux d'obtenir la

²⁷⁹⁶ Tels que le divorce, les pensions alimentaires entre personnes adultes capables ou les effets patrimoniaux du mariage. Toutes ces hypothèses ne pourront évidemment supprimer le rapport de force qui résulte éventuellement du déséquilibre économique entre les parties.

²⁷⁹⁷ Par exemple le cas du testament, ou d'un engagement alimentaire qui se révèle impossible à tenir, voire la possibilité de contester une reconnaissance de paternité volontaire, à supposer que l'on accepte une option de loi dans ce genre d'hypothèses

²⁷⁹⁸ Voy. not. les articles 1035 et s. du Code civil.

²⁷⁹⁹ Voy. sur ce point également K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, préc., note 2798, spéc. p. 435. En Allemagne, il faut se référer au § 1353 du *BGB*. En France, l'on trouve une disposition comparable à l'article 212 du Code civil.

²⁸⁰⁰ Nous refusons, dans notre hypothèse, les limitations directement matérielles, c'est-à-dire celles qui accepteraient le choix de loi seulement à condition que ce choix permette d'obtenir (plus facilement) le divorce.

désunion accepte de rendre applicable une loi qui s'y opposerait. En cas d'accord entre les deux époux, l'autonomie de la volonté conserverait son intérêt en vue de leur permettre de trouver la loi qui leur permet d'organiser le plus facilement et efficacement leur désunion.

869. La limitation du moment où le choix peut être effectué présenterait également l'avantage d'aligner le régime des clauses de choix de loi sur celui qui devrait théoriquement être appliqué aux clauses d'élection de for et dont la consécration pratique fait de nouveau parti de l'agenda de la Commission²⁸⁰¹. Ces clauses doivent être encadrées pour ne déployer leur plein effet que lorsqu'elles sont conclues après la survenance du projet de désunion. La principale interrogation en matière de choix du tribunal compétent est celle de savoir si le tribunal désigné devient exclusivement compétent ou pas. Il y a en effet une différence fondamentale entre la première situation, dans laquelle le choix d'un tribunal vise uniquement à donner une compétence supplémentaire à un tribunal présentant certains liens avec la situation de désunion, mais qui ne sont pas suffisants pour fonder une compétence en dehors d'un tel accord des parties, et la seconde où le choix d'un tribunal doit également avoir pour conséquence de rendre incompétentes toutes les autres juridictions. Un tel effet négatif de la clause d'élection de for ne serait pas véritablement compréhensible. Le système mis en place par le règlement Bruxelles II *bis* vise à assurer un accès au juge très large en faveur de la partie demanderesse, en vue notamment de lui permettre de bénéficier du droit au démariage effectif²⁸⁰². Limiter par avance le nombre de tribunaux potentiellement compétents revient en quelque sorte à une renonciation au droit subjectif à engager une procédure de désunion, et cela avant que ce droit ne soit disponible en raison de la survenance des difficultés conjugales de nature à conduire à une telle procédure de désunion. Un tel accord avant tout « litige » ne doit donc pas être possible, car autrement il y aurait un risque d'atteinte trop grave au droit d'un des époux de bénéficier d'un recours effectif pour demander la désunion²⁸⁰³. La clause d'élection de for peut en effet se faire clairement au détriment d'un des époux, surtout cet « époux faible » que le règlement Bruxelles II *bis* entend implicitement protéger²⁸⁰⁴. Si l'on veut donc limiter les excès qu'engendre le système Bruxelles II *bis*, cela ne doit pas se faire

²⁸⁰¹ Déjà proposée par la révision du règlement Bruxelles II *bis* par projet de règlement Rome III, cette question fait partie de celles traitées dans le cadre de la révision du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁸⁰² Cf. *supra*, n° 718 et s.

²⁸⁰³ Voy. not. sur les liens entre la possibilité de renonciation et l'indisponibilité des droits : B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, 272, coll. Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996, spéc. p. 116 et s.

²⁸⁰⁴ Notamment en permettant à l'époux ou l'épouse qui s'est expatrié de bénéficier d'un accès facilité au juge de la désunion après le retour au pays d'origine.

en recourant de façon radicale à l'autonomie de la volonté. Il n'appartient pas en effet aux particuliers de corriger les errements étatiques nationaux ou européens, tout comme la protection du droit subjectif au démariage n'a plus de sens si l'on permet aux parties d'y déroger avant même que ce droit ne soit réellement disponible. En vue d'une révision éventuelle du règlement Bruxelles II *bis*, le choix du tribunal compétent ne devrait ainsi être possible qu'une fois que se pose réellement la question de la désunion du couple, ou du moins qu'il n'entraîne l'exclusivité du tribunal désigné que s'il est effectué après la survenance de la situation de désunion. Il faudrait évidemment éviter l'expression « au plus tard » qui est utilisé notamment par le règlement Rome III²⁸⁰⁵ pour aboutir à une disposition qui pourrait être formulée de la façon suivante : » La convention attributive de compétence doit être formulée par écrit et signée par les deux conjoints au moment de la saisine de la juridiction. »

870. Pour les domaines autres que le divorce et les successions²⁸⁰⁶, la question de l'anticipation se pose en principe bien moins. Soit effectivement il s'agit de l'établissement de la relation familiale, auquel cas le choix de loi épuise immédiatement ses effets, soit il s'agit d'effets qui commencent à courir à partir du moment du choix, donc concomitamment avec celui-ci, ce qui évite au moins toute « mauvaise surprise », puisque le choix de loi commence à produire ses effets à partir du jour où il est opéré. Dans cette dernière hypothèse il faut certes se demander dans quelle mesure un choix sur les effets actuels peut contraindre également pour les effets futurs. Refuser le choix de loi pour les effets futurs est une option théoriquement possible, mais l'on voit difficilement comment distinguer les effets actuels ou directement anticipés des effets futurs. Dès lors, c'est la possibilité de choisir la loi applicable aux effets dans son ensemble qui est remise en cause, sauf à n'admettre la possibilité de choisir la loi applicable qu'au moment où se pose judiciairement la question des effets de la relation familiale²⁸⁰⁷.

871. Les mécanismes de protection ne doivent cependant pas être réservés aux hypothèses de protection de la liberté individuelle. La défense des particularismes nationaux ne doit en effet pas seulement se faire dans le seul sens de la protection de la liberté individuelle, ce qui serait donner un sens matériel marqué au droit international privé

²⁸⁰⁵ Article 5, para. 2., du règlement Rome III.

²⁸⁰⁶ En matière testamentaire, on est dans l'expression d'un véritable pouvoir unilatéral, où la protection de la volonté contre elle-même a donc *a priori* moins d'importance, mais où la question de l'abus reste primordiale.

²⁸⁰⁷ Ce qui réintroduit une prévisibilité temporelle suffisante, tant qu'il ne s'agit pas de se prononcer sur les effets futurs.

européen de la famille non seulement incompatible avec sa nécessaire neutralité, mais également néfaste compte tenu du besoin de conserver une impérativité minimale du droit de la famille²⁸⁰⁸. Le droit international privé européen de la famille doit donc également se construire de façon à protéger les ordres juridiques qui insistent sur le respect des devoirs familiaux. L'atteinte à ces ordres juridiques attachés à la dimension sociale du droit de la famille résulte du fait que l'autonomie revient *ipso facto* à introduire dans ces ordres juridiques des moyens permettant de contourner les contraintes que ces ordres juridiques imposent aux volontés privées sur fond de devoirs familiaux. Lorsque l'on permet le choix en faveur d'une loi reconnaissant une liberté individuelle plus grande que celle reconnue par la loi normalement applicable, l'on comprend bien que l'impérativité de la loi normalement applicable s'en trouve fortement affaiblie. On peut songer en particulier au divorce, par consentement mutuel ou sur simple volonté unilatérale²⁸⁰⁹, ou aux testaments et au contournement de la réserve héréditaire par le choix en faveur d'une loi ne connaissant pas cette institution. Permettre aux personnes concernées de choisir une autre loi applicable revient à introduire des formes de divorce inconnues et plus libérales au bénéfice des couples internationaux et à nier le caractère impératif de la réserve héréditaire dans les successions internationales, et ce même si ces situations familiales sont fortement intégrées à l'ordre juridique en cause. La solution pour y remédier pourrait être simple. Le choix de loi pourrait être autorisé uniquement lorsque la loi objectivement applicable – déterminée au préalable par une localisation purement objective – le permet. Les questions de l'admissibilité d'une telle autonomie de la volonté et de l'étendue de l'éventail de lois que les personnes pourraient choisir étant des considérations matérielles, il devrait appartenir aux ordres juridiques nationaux, exclusivement compétents en ce qui concerne le fond, de fixer le principe et le régime de l'autonomie de la volonté en matière de droit de la famille, même internationale. L'uniformité du droit de l'Union européenne n'en serait pas remis en cause pour autant, puisque la localisation objective opérée en premier lieu serait la même pour l'ensemble de l'Union. Ensuite rien n'empêche le législateur européen de prévoir expressément que, puisqu'il s'agit là d'une question de droit matériel, les Etats membres peuvent permettre de déroger à cette localisation objective par le recours à l'autonomie de la volonté. Cela suppose évidemment de s'entendre clairement sur la localisation objective qu'il convient de retenir. Et il est vrai qu'à ce titre la volonté des époux peut avoir une certaine influence lorsqu'il s'agit

²⁸⁰⁸ Qui serait ruinée par l'exaltation de la volonté individuelle au détriment des devoirs familiaux, qui sont nécessairement autant de limitations de la liberté individuelle.

²⁸⁰⁹ Que l'on peut alors également qualifier de répudiation...

de départager plusieurs lois également proches de la situation familiale internationale²⁸¹⁰. Par ailleurs on peut penser à une clause d'exception qui permet au juge de bénéficier d'une certaine marge d'appréciation afin de déterminer la loi objectivement applicable, même face à un choix de loi, à l'instar de la règle prévue par le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Une telle solution semble cependant dangereuse, puisque le régime européen devrait s'efforcer dans toute la mesure du possible de rester clair et prévisible et donc éviter des dispositions laissant un trop grand pouvoir au juge qui serait ruineux pour la sécurité juridique²⁸¹¹.

872. Un autre point important en vue de la protection des particularismes nationaux concerne la question de savoir si un Etat membre doit accepter que les personnes puissent, par un choix de loi, introduire dans son ordre juridique des institutions inconnues de cet ordre juridique. Même si elle est désormais historique en ce qui concerne le divorce²⁸¹², cette question s'est posée pour le règlement Rome III pour savoir si un juge national qui n'aurait pas le pouvoir de prononcer un divorce, car son ordre juridique l'ignorerait, serait tenu de néanmoins divorcer deux époux en application des règles de conflit de lois du règlement Rome III. Cette solution reviendrait à instaurer en quelque sorte le divorce dans l'ensemble des Etats membres, tout comme la reconnaissance de l'autonomie de la volonté revient à l'instauration d'un divorce par consentement mutuel. Conscient de ce qu'il y aurait là une atteinte manifeste au nécessaire respect des lois et traditions des Etats membres dans le domaine du droit de la famille, le législateur européen a donc introduit une disposition visant spécialement à protéger ces « différences dans les lois nationales »²⁸¹³. Il paraît seulement surprenant qu'une telle conscience des conséquences matérielles que pourrait avoir le

²⁸¹⁰ Mais la loi de la nationalité d'un seul des conjoints n'en fait cependant certainement pas partie, comme nous le verrons ci-dessous (cf. *infra*, n° 878 et s.).

²⁸¹¹ Voy. sur ce point not. l'art. 8, para. 5 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui stipule qu'« à moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties ». A tout le moins de telles clauses d'exception doivent être formulées de façon restrictive. Mais cela n'enlève rien au paradoxe consistant à justifier la possibilité d'un choix de loi par le besoin de sécurité juridique, mais de le limiter ensuite par des mécanismes rendant toute prévisibilité abstraite impossible. Il serait certainement préférable d'avoir simplement une règle de conflit objective, qui désigne la loi dont le contenu détermine l'étendue des pouvoirs reconnus à la volonté des personnes concernées.

²⁸¹² Depuis que l'Etat de Malte a introduit le divorce dans sa législation. La question reste cependant posée pour la validité d'un mariage entre personnes de même sexe, où elle est d'une grande actualité.

²⁸¹³ Voy. l'article 15 du règlement Rome III : « Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement. »

règlement Rome III se fasse sentir en ce qui concerne le principe du divorce, mais pas en ce qui concerne la relation entre l'autonomie de la volonté et le divorce par consentement mutuel, qui est une forme de divorce pourtant ignorée par un certain nombre d'Etats membres. Mais, en réalité, le recours à l'autonomie de la volonté semble surtout s'expliquer par le fait que les Etats ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la règle de conflit « objective »²⁸¹⁴, tout comme la multiplication excessive des chefs de compétence de Bruxelles II *bis* résultait déjà de ces difficultés étatiques à se mettre d'accord. Une telle multiplicité n'étant pas possible en matière de détermination de la loi applicable, où l'unité s'impose, l'autonomie de la volonté permettrait de trouver un compromis entre les Etats. Le concours des parties serait alors nécessaire afin de corriger les défauts d'un système dont l'incohérence trouverait directement son origine dans une absence de consensus interétatique et une recherche calamiteuse de compromis à tout prix²⁸¹⁵. En outre, la non-reconnaissance de l'institution inconnue par l'ordre juridique du *for* s'étend aux hypothèses dans lesquelles la loi applicable est celle qui est objectivement la plus proche de la situation familiale, ce qui est alors regrettable compte tenu de l'esprit d'ouverture qui doit aller de pair avec l'instauration d'un régime de droit international privé commun. La limitation de l'autonomie de la volonté vient ici remettre en cause le fondement même du droit international privé européen de la famille, ce qui est évidemment excessif²⁸¹⁶.

873. Le besoin de protéger simultanément des législations d'inspiration fort diverses débouche donc sur des solutions incohérentes, voire même proprement absurdes. En application du règlement Rome III, les juridictions d'un Etat membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ne sont pas obligées à prononcer un divorce en application du règlement²⁸¹⁷, mais lorsque la loi applicable à la désunion ne prévoit pas le divorce, son application doit être écartée en faveur de la loi du *for*²⁸¹⁸ dans un esprit de faveur à l'obtention du divorce qui devient évident avec le régime de circulation des décisions du règlement

²⁸¹⁴ Voy. le communiqué de presse du 19 avril 2007, C/07/77, 8364/07 (Presse 77), p.10, faisant état de ce que « plusieurs propositions ont été formulés [au sujet de la loi applicable à défaut de choix], mais pour l'heure actuelle aucune n'est acceptable pour l'ensemble des délégations ».

²⁸¹⁵ A comparer avec la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, où les nombreux compromis ont abouti à un système notoirement insuffisant, qui explique le quasi-échec de la convention, et qui ne fournit une solution cohérente que lorsque les époux se mettent d'accord pour choisir une loi unique pour l'ensemble de leur communauté.

²⁸¹⁶ La question se posera également pour les partenariats civils et les mariages entre personnes de même sexe, et les solutions prévues dans les propositions comportaient le même genre de contradictions que le règlement Rome III.

²⁸¹⁷ Article 13 du règlement Rome III.

²⁸¹⁸ Article 10 du règlement Rome III.

Bruxelles II *bis* qui ne bénéficie qu'aux décisions prononçant la désunion²⁸¹⁹... Cette tension entre législations nationales protégeant la liberté individuelle et législations nationales insistant sur le respect des devoirs familiaux est également patente face à la question du moment du choix de loi. La défense des devoirs familiaux requiert en effet d'accepter que le choix puisse être opéré à un moment où la famille est encore intacte et que chaque membre de la famille doit en réalité veiller aux intérêts des autres membres de la famille en raison des liens particuliers qui les unissent. Tel est notamment le cas entre les époux, qui se doivent mutuellement, notamment, secours, assistance et respect, ce qui est loin de l'antagonisme des intérêts privés en cause qui est traditionnellement le fondement de l'autonomie de la volonté²⁸²⁰. Le choix doit donc être possible à un moment où chaque époux doit veiller au respect des intérêts de l'autre, et où il n'a pas pour fin la seule protection de ses intérêts propres. Ce dont résulte la nécessité de permettre un choix de loi anticipé pour protéger les ordres juridiques respectueux de la dimension sociale du droit de la famille, alors même que la protection de la liberté individuelle imposait de n'accepter qu'un choix de loi au moment où le litige survenait...

874. L'atteinte aux ordres juridiques nationaux résultant de l'introduction de l'autonomie de la volonté en matière de droit international privé de la famille peut donc être considérable. C'est pour cela qu'il faudrait strictement en limiter l'étendue, même si ces limitations ont alors pour conséquence de réduire en réalité le principe de l'autonomie de la volonté à une peau de chagrin. Ce principe ne vaut pas seulement pour le conflit de lois, mais également et *a fortiori* pour le conflit de juridictions, dans le cadre duquel le contrôle social par l'intervention du juge est particulièrement important et ne saurait à l'évidence être éliminé par une simple élection de for en faveur d'un autre ordre juridique. Cette forte limitation de l'autonomie de la volonté est probablement là le prix à payer pour obtenir un réel respect des traditions et cultures nationales, tout en maintenant une cohérence suffisante du système européen de droit international privé de la famille. Car il ne faut pas perdre de vue que si le respect des cultures et identités des Etats membres n'est pas assuré par le système européen, et nous reviendrons sur ce point²⁸²¹, les ordres juridiques nationaux ne manqueront pas

²⁸¹⁹ En ce sens, B. ANCEL et H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit »Bruxelles II» », *Rev. crit. DIP* 2001.403- 457, n° 26. Voy. égal le rapport explicatif de M^{me} Alegria Borrás sur la convention dite de « Bruxelles II » du 28 mai 1998, *JOCE* n° C221 du 16 juillet 1998, p. 65, spéc. au n° 60.

²⁸²⁰ K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, préc., note 2798, spéc. p. 435.

²⁸²¹ Cf. *infra*.

d'invoquer l'ordre public afin d'imposer leurs conceptions matérielles essentielles. Il est dès lors indispensable de maintenir pleinement le rôle de l'Etat en droit de la famille. Pourtant la tension entre législations nationales protégeant la liberté individuelle et législations nationales insistant sur le respect des devoirs familiaux rend l'encadrement malaisé, puisqu'il est difficile de concilier les exigences des deux. C'est face à cette tension que le besoin d'encadrer le choix de loi par des considérations de proximité émerge comme condition fondamentale, ce qui a pour conséquence de modifier la nature du choix de loi au regard du droit international privé européen de la famille, puisque le choix de lois n'opère plus comme une mise en œuvre de l'autonomie de la volonté, mais comme une mise en œuvre d'une règle de conflit fondée sur l'idée d'un lien de rattachement réel et significatif.

B Le maintien du rôle de l'Etat par la soumission du choix aux conditions de proximité

875. Une lecture encadrée de l'autonomie de la volonté montre aussi qu'il est possible de trouver un équilibre respectueux du rôle de l'Etat, bien loin d'un affaiblissement de l'Etat-nation qui est parfois posé comme inéluctable et dès lors considéré comme n'étant pas digne d'être combattu²⁸²². Le rôle de l'Etat est en effet préservé par un choix de loi qui n'est pas substitué aux conditions de proximité, mais qui leur est soumis. On retrouve ce besoin de proximité par lequel le choix de loi n'est admis qu'en faveur de lois présentant objectivement des « liens étroits »²⁸²³ avec la situation familiale dans tous les règlements de droit international privé de la famille qui admettent la possibilité d'un choix, tout comme dans les projets de règlements encore en cours.

876. Il n'y a dès lors pas à proprement parler de mise en concurrence entre ordres juridiques, mais le choix de loi est admis pour départager les cas dans lesquels les ordres

²⁸²² Voy. sur ce point not. J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, préc., note 2801. Pourtant, les remèdes proposés par Mme Guillaumé pour pallier l'affaiblissement de l'Etat-nation reposent surtout sur un très fort unilatéralisme, sur le fondement d'un certain universalisme, et ils sont très souvent laissés aux mains du juge et donc peu prévisibles. Ils sont dès lors incompatibles avec la vocation première du droit international privé, qui doit être un droit de la coordination ou de la régulation sur fondement d'ouverture aux ordres juridiques étrangers, et non un droit de la satisfaction des désirs individuels, sur fondement du droit individuel et « universel » – mais universel pour qui, si ce n'est l'ordre juridique du for ? – à la mobilité internationale opposable face à l'impérativité des normes étatiques (surtout étrangères, puisque l'ordre juridique du for renonce à l'impérativité de ses propres normes, sauf à les imposer *ex post*, ce qui ne sert guère les intérêts des personnes impliquées dans les relations privées internationales).

²⁸²³ Voy. not. le considérant 14 du règlement Rome III.

juridiques sont objectivement déjà en concurrence. La différence est de taille, puisqu'il ne s'agit pas de créer artificiellement une concurrence normative afin d'accroître le rôle de la volonté individuelle, mais de permettre aux parties concernées de mettre fin à la concurrence normative pour obtenir davantage de prévisibilité et de stabilité et d'éviter ainsi des comportements unilatéraux ultérieurs qui fragiliseraient la situation familiale en raison de la concurrence normative entre ordres juridiques. L'*optio juris* devient ainsi un frein aux agissements unilatéraux qui génèreraient de l'instabilité et un outil de promotion de respect des engagements familiaux. Loin d'une sublimation totale de la volonté individuelle et de l'expression d'un individualisme exacerbé, l'autonomie de la volonté se met ainsi au service de la coordination entre ordres juridiques, au lieu de n'être qu'un simple outil de dérégulation. Ainsi, « l'intervention de la volonté individuelle apparaît comme un moyen d'améliorer une règle de conflit pour laquelle on hésite entre plusieurs rattachements objectifs. Si les intéressés n'ont manifesté aucune volonté, le droit est obligé de se prononcer, mais il peut être heureux que ce soit les intéressés eux-mêmes qui tranchent en indiquant la loi à laquelle ils entendent être soumis »²⁸²⁴. Pour le droit international privé européen de la famille, l'on ne peut donc soutenir que « le principe d'autonomie devrait [...] l'emporter sur le principe de proximité »²⁸²⁵, car la proximité conditionne le principe d'autonomie.

877. Il ressort clairement des instruments de droit international privé européen de la famille que la possibilité de recourir à l'autonomie de la volonté n'est offerte que lorsque le choix de loi est limité en faveur d'un nombre limité de lois potentiellement applicables. Et c'est au fond ce souci de proximité qui rend le recours à l'autonomie de la volonté acceptable dans le cadre du droit international privé européen de la famille. Il importe à ce titre d'introduire une distinction, car l'autonomie de la volonté, même ainsi encadrée, est plus acceptable en ce qui concerne le choix de la loi applicable, qu'elle ne l'est dans le choix du tribunal compétent.

878. Le rôle éventuellement acceptable de l'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable peut être illustré par le divorce, matière qui nous a déjà servi d'exemple pour illustrer nos propos²⁸²⁶. Le recours à l'autonomie de la volonté est en effet susceptible de

²⁸²⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)* : cours général, 312, coll. RCADI, Leyde, 2005, spéc. p. 292.

²⁸²⁵ J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, préc., note 2801, spéc. p. 385.

²⁸²⁶ Cf. *supra*, n° 852 et s.

jouer un double rôle très important en matière de désunion du couple. Premièrement il peut faciliter l'obtention d'un divorce par consentement mutuel lorsque les époux sont d'accord. Deuxièmement il peut permettre de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité pour les époux, car lorsqu'il y a un choix de loi, les époux savent avec précision à quelle loi est ou serait soumise leur désunion. On a pu relever ainsi qu'« un moyen privilégié de satisfaire l'intérêt des personnes est de leur permettre le choix de la loi applicable »²⁸²⁷. Toutefois, l'autonomie de la volonté intervient ici dans un domaine très différent de celui qui est traditionnellement le sien, car le droit de la désunion du couple marié reste encore un domaine où les droits sont largement indisponibles. L'introduction de l'autonomie de la volonté ne doit donc pas avoir pour conséquence de rendre le droit à la désunion totalement disponible. Certaines questions de fond sensibles, telle la question de la validité du mariage, doivent ainsi rester totalement en dehors de l'application de l'autonomie de la volonté, car c'est là une question sur laquelle la volonté des parties ne saurait avoir d'influence, en dehors éventuellement du choix du lieu de célébration²⁸²⁸. En ce qui concerne le fond en effet, la volonté des parties ne doit pas pouvoir contourner les règles d'un ordre juridique qui se veut applicable, car ces règles ont une impérativité particulière en raison du fait que le mariage reste une des institutions fondamentales d'une société et qu'à travers les règles de validité d'un mariage, un ordre juridique entend toujours défendre une certaine vision de la société²⁸²⁹. C'est donc fort logiquement que la possibilité de choisir la loi applicable « ne doit pas s'étendre à l'annulation du mariage, qui est étroitement liée aux conditions de validité du mariage et pour laquelle l'autonomie des parties est inappropriée »²⁸³⁰. En dehors du domaine de l'annulation du mariage, l'indisponibilité des droits mérite également d'être respectée.

²⁸²⁷ B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)*, 186, coll. RCADI, Leyde, Boston, 1984, spéc. p. 275.

²⁸²⁸ Question relevant en France des conditions de forme, et non de fond, ce qui la rend moins problématique, voy. l'arrêt *Caraslanis* du 22 juin 1955, GADIP, n° 27. L'on peut penser également ici à la proposition, déjà évoquée ci-dessus du Parlement européen de permettre de choisir la loi du lieu de célébration du mariage (Résolution législative du Parlement européen du 21 octobre 2008 sur la proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) no 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (COM(2006)0399 — C6-0305/2006 — 2006/0135(CNS), *JO C 15E du 21.1.2010*, p. 128-134). Si cette proposition peut presque faire sourire, tant elle révèle une naïveté à l'égard des problématiques soulevées par le droit international privé contemporain. Il n'y a qu'à songer aux mariages qui seraient célébrés dans des pays dits « musulmans », et pour lequel les époux pourraient alors choisir comme loi applicable une loi influencée par la *sharia*, et ce quelles que soient par ailleurs la nationalité et la résidence habituelle des époux. Elle doit aussi faire naître une vraie vigilance à l'égard de situations qui pourraient s'apparenter à un choix de loi non soumis à de véritables conditions de proximité. Et il faut songer ici à la possibilité offerte aux personnes de choisir indirectement, sous couvert de « méthode de la reconnaissance », comme loi applicable la loi du lieu ou de l'autorité de création d'un statut familial.

²⁸²⁹ Voy. par exemple les débats autour du mariage homosexuel, ou de l'âge nuptial légal.

Cela signifie que l'autonomie de la volonté ne doit pas pouvoir permettre d'évincer une loi présentant des liens particulièrement forts avec la situation au bénéfice d'une loi ne présentant aucun lien objectif avec la situation, ou ne présentant qu'un lien très tenu avec elle²⁸³¹. Si on peut imaginer une certaine autonomie de la volonté, ce n'est que pour trancher un conflit entre des lois présentant toutes des rattachements significatifs avec la situation et ayant une égale vocation à régir la situation de désunion. A ce titre, le règlement illustre quelles lois sont potentiellement susceptibles de présenter de tels liens suffisants, la première série incluant « la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou [...] la loi du for »²⁸³², à condition, pour ce dernier élément de rattachement, que la compétence du juge qui intervient soit suffisamment bien fondée. Il n'aurait pas semblé inadéquat non plus de permettre le choix en faveur de « la loi de l'Etat dans lequel les conjoints ont résidé pendant cinq années au moins »²⁸³³. Cette première série, à laquelle il faut certainement ajouter la loi de l'Etat « de la nationalité des deux époux »²⁸³⁴, constitue un exemple de lois pour lesquelles l'*optio juris* peut paraître adaptée et justifiée, car l'autonomie de la volonté n'y est finalement utilisée qu'afin de trancher un conflit entre des lois ayant une vocation à peu près égale à s'appliquer à la situation de désunion. La mise à disposition limitée du droit à la désunion qu'entraîne cette faculté de choix est acceptable en raison des avantages particuliers qu'entraîne le choix de la loi, notamment sur la sécurité juridique et la prévisibilité, et en raison de la considération que le choix ne peut se porter que sur des lois présentant réellement un lien étroit avec la situation²⁸³⁵.

²⁸³⁰ Voy. le considérant 6 de la proposition de règlement (COM/2006/0399 final), non repris tel quel par le règlement Rome III, qui a cependant gardé l'exclusion du champ d'application, sans réaffirmer clairement les objectifs.

²⁸³¹ Ce qui constitue une différence fondamentale avec l'autonomie de la volonté en matière contractuelle.

²⁸³² Voy. l'art. 5, para. 1 du règlement Rome III.

²⁸³³ Voy. l'art. 20 bis, para. 1, point c, de la proposition de règlement Rome III (COM/2006/0399 final).

²⁸³⁴ Prévu par l'art. 8 du règlement Rome III, en tant que rattachement objectif, ce rattachement doit être possible *a fortiori* au titre du choix de la loi applicable.

²⁸³⁵ Il faut certes rester conscient du fait que l'autonomie de la volonté est un outil au service de la faveur au divorce par consentement mutuel, et qu'un tel système ne permettrait pas forcément d'éliminer tous les risques tenant à l'autonomie de la volonté en ce qui concerne la protection de l'« époux faible ». Un second moyen pourrait donc s'ajouter ou se substituer à ce premier. L'on pourrait ainsi prévoir d'une part un rattachement obligatoire auquel les parties ne peuvent déroger, surtout en ce qui concerne les principes fondamentaux de l'ordre juridique objectivement applicable. D'autre part on pourrait prévoir que le choix de loi ne doit pas avoir pour effet de priver un conjoint des droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique auquel la situation se rattache plus particulièrement, une « *optio juris in favorem* », c'est-à-dire qui respecte ces droits fondamentaux, restant possible. L'on pourrait ici s'inspirer dans une certaine mesure des règlements Rome I et II qui illustrent quelques exemples de techniques utilisées afin de limiter les possibles excès de l'autonomie de la volonté.

879. Le règlement Rome III prévoit cependant également de permettre de choisir « la loi de l'Etat de la nationalité *de l'un* des époux au moment de la conclusion de la convention »²⁸³⁶ et la loi du juge saisi, alors même que la compétence du juge saisi ne reposerait que sur un rattachement très faible de la situation avec son ordre juridique²⁸³⁷. Ce sont là des exemples de lois n'ayant que des liens minorés avec la situation, et dont la vocation à s'appliquer à la désunion n'est pas du tout égale à celle des lois de la première série. Permettre aux époux de choisir une de ces lois est donc excessif, car l'atteinte à l'indisponibilité des droits est potentiellement aggravée avec l'ouverture plus large de l'éventail des lois éligibles. En même temps, l'on ne peut alors considérer que l'autonomie de la volonté doit simplement départager des lois ayant une vocation d'application égale. Les avantages relatifs à la sécurité juridique et la prévisibilité ne semblent alors plus réellement de nature à justifier le recours à l'*optio juris*, lequel ne devrait pas être étendu à cette deuxième série de lois. On pourrait également songer à accompagner de telles options de loi en faveur de lois n'ayant qu'un lien distendu avec la situation familiale d'une clause d'exception permettant au juge d'écarter la loi ainsi désignée pour préférer l'application d'une autre loi ayant des liens manifestement plus étroits avec la situation familiale. Mais ce serait là un pis-aller peu satisfaisant, car il risquerait de compromettre aussi bien la sécurité juridique que la localisation satisfaisante de la situation familiale.

880. Finalement, l'introduction de critères stricts de proximité permet de trouver une solution à la tension résultant de la matérialité du moment du choix de loi²⁸³⁸. En encadrant le choix par des considérations de proximité, on permet également qu'il puisse être fait par anticipation, c'est-à-dire pour revenir vers notre illustration, avant que ne se présente la situation de rupture au sein du couple²⁸³⁹. Si la justification du recours à l'autonomie de la volonté est en effet le souci de sécurité juridique et de prévisibilité, et non pas la seule considération de faveur au divorce par consentement mutuel, on ne voit pas pourquoi les époux ne pourraient anticiper sur cette question, dans un contrat de mariage par exemple, en choisissant la loi applicable à leur désunion. Les époux bénéficieraient ainsi d'une meilleure stabilité juridique, laquelle est particulièrement importante en matière familiale internationale en raison de la diversité des solutions au fond, et qui fait à l'heure actuelle bien souvent défaut aux couples internationaux. Les rapports du couple pourraient ainsi trouver un cadre juridique

²⁸³⁶ Voy. l'art. 5, para. 1, point c) du règlement Rome III ; c'est nous qui soulignons.

²⁸³⁷ Voy. l'art. 5, para. 1, point d) du règlement Rome III, lu en combinaison avec le règlement Bruxelles II *bis*.

²⁸³⁸ Cf. *supra*, n° 866 et s.

plus clair, susceptible d'apaiser d'éventuelles difficultés conjugales. La faveur aux agissements unilatéraux prévalant actuellement en matière de désunion européenne du couple en raison de la faveur accordée à celui qui aura saisi en premier le juge de son choix, ne favorise aucunement le dialogue ou la recherche de solutions extrajudiciaires, sans penser à l'éventualité d'une réconciliation du couple. La possibilité de choisir la loi applicable à la désunion avant que ne se pose cette question paraît donc être une solution particulièrement opportune. Cela a également pour conséquence que la neutralité du système de droit international privé de l'Union européenne de la désunion du couple se trouve considérablement renforcée, puisque la portée du choix ne pourrait être limitée en fonction du contenu plus ou moins conforme de la loi choisie à une certaine conception matérielle. La possibilité de choix de loi reposerait en effet davantage sur le souci de sécurité juridique et de prévisibilité que sur celui de faveur au divorce, et la mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté devrait garantir la pérennité du choix opéré par les parties plutôt que son éventuelle conformité à une certaine conception de fond. Le règlement Rome III prévoit à juste titre la possibilité d'un choix de loi avant la naissance du litige, à travers son article 5, paragraphe 2 qui énonce qu'« une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction »²⁸⁴⁰.

881. Le rôle de l'autonomie de la volonté dans le choix de la juridiction compétente doit être envisagé en tenant dûment compte de l'importance du contrôle social opéré par le juge et qui fait partie des fonctions de la compétence juridictionnelle internationale²⁸⁴¹. Pour autant cela ne signifie pas que les clauses d'élection de for doivent être totalement exclues. Il y a en effet trois hypothèses dans lesquelles la possibilité pour les parties de choisir le tribunal compétent semble acceptable.

882. La première est celle où ce choix a simplement pour conséquence de fonder une compétence supplémentaire qui viendrait s'ajouter aux autres chefs de compétence restant

²⁸³⁹ Solution que consacre l'art. 5 du règlement Rome III.

²⁸⁴⁰ Le règlement apporte sur ce point une précision bienvenue par rapport au projet de règlement. L'article 20 *bis* 1 (a) du projet de règlement Rome III laissait en effet perplexe, en prévoyant que les parties peuvent choisir la loi de leur « dernière » résidence habituelle commune « pour autant que l'un des deux y réside toujours »²⁸⁴⁰, ces précisions temporelles faisant apparemment référence aux yeux du législateur de l'UE au moment de la saisine du tribunal. Car il sous-entendait que le choix n'est valable que si au moment de la saisine du tribunal ces conditions sont remplies. L'on aurait pu en déduire que le choix ne saurait être effectué qu'au moment de la saisine du tribunal. Or, cette solution aurait été directement contraire au souci de neutralité auquel doit répondre le règlement Rome III, l'autonomie de la volonté n'étant plus, dans ce cas, qu'un instrument de faveur au divorce par consentement mutuel.

ouverts. Cette possibilité serait particulièrement adaptée au cas d'une relation partiellement intra-européenne, pour laquelle les époux souhaitent rendre compétent le juge d'un Etat membre. On peut ainsi permettre le choix en faveur du juge de l'Etat « du lieu de la dernière résidence habituelle commune des conjoints pendant une durée d'au moins trois ans »²⁸⁴² ou de l'Etat dont « l'un des conjoints est ressortissants [...] ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, [y] a son "domicile" »²⁸⁴³. Il en va de même des possibilités de choix offerts par l'article 4 du règlement n° 4/2009 sur les obligations alimentaires, en faveur d'une ou des juridictions d'un Etat membre dans lequel l'une des parties a sa résidence habituelle, de l'Etat membre dont l'une des parties a la nationalité ou, en ce qui concerne les obligations alimentaires entre époux ou ex-époux, la juridiction compétente pour connaître de leurs différends en matière matrimoniale, ou une juridiction ou les juridictions de l'Etat membre qui a été celui de leur dernière résidence habituelle commune pendant au moins un an²⁸⁴⁴. Mais il ne faut pas dans ce genre d'hypothèse prévoir que « la compétence attribuée par convention est exclusive, sauf si les parties en disposent autrement »²⁸⁴⁵.

883. Deuxièmement, on pourrait permettre aux parties de rendre exclusivement compétent le « juge naturel » de leur relation familiale, c'est-à-dire le juge qui présente des liens manifestement plus étroits avec la situation que n'importe quel autre juge. Ces liens pourraient surtout exister lorsqu'il y a des enfants communs en faveur du juge de la résidence familiale. On peut ainsi chercher une certaine parenté entre la possibilité de choisir le juge en matière de désunion du couple et l'article 12 du règlement Bruxelles II *bis*, relatif à la possibilité d'une prorogation de compétence en matière de responsabilité parentale lorsque les époux sont d'accord. Ce juge de la résidence familiale doit avoir vocation à jouer un rôle bien plus important, car la concentration des contentieux familiaux devant un tel « juge naturel de la famille »²⁸⁴⁶ a de nombreux avantages théoriques et pratiques²⁸⁴⁷. En l'état actuel, le droit international privé européen de la famille ne prévoit toutefois aucune disposition plaidant en faveur d'une telle solution, laquelle peut pourtant apparaître assez judicieuse. Le juge ainsi désigné par les parties devrait naturellement également avoir une priorité pour statuer sur la

²⁸⁴¹ Sur ce point, voy. déjà *supra*.

²⁸⁴² Prévu par le projet de règlement Rome III, à l'article 3 *bis* (b).

²⁸⁴³ Prévu par le projet de règlement Rome III, à l'article 3 *bis* (c).

²⁸⁴⁴ Art. 4, para 1, points (a) à (c) du règlement Rome III.

²⁸⁴⁵ Art. 4, para. 1, dernier al. du règlement Rome III.

²⁸⁴⁶ B. ANCEL et H. MUIR WATT, *La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II »*, préc., note 2872, 417.

²⁸⁴⁷ Que nous avons déjà analysés ci-dessus (cf. *supra*, n° 701 et s.).

question de la validité de la clause d'élection de for²⁸⁴⁸. qui doit activement examiner la légitimité de la situation dont on demande la consécration et la mise en œuvre, c'est-à-dire l'exécution. Cette protection de la compétence du « juge naturel » par une élection de for doit cependant être elle-même encadrée. Elle ne peut ainsi opérer que sous réserve que ce juge reste le juge naturel, ce qui implique une possible remise en cause ultérieure en cas de changement de circonstances, et que les intérêts supérieurs en cause, notamment de l'enfant, soient respectés. Il pourrait bien en résulter qu'en pratique les risques d'une désignation anticipée soient trop importants par rapport aux avantages concrets qu'aurait cette désignation anticipée. Le besoin de prévoir la possibilité d'une révision par le juge ne permet ainsi pas de garantir la sécurité juridique, tandis qu'il y a un risque élevé d'atteinte au droit à l'accès au juge par une limitation des fors disponibles, même si celle-ci résulte d'un accord de volonté.

884. Enfin, la troisième hypothèse dans laquelle les clauses d'élection de for doivent avoir vocation à être admises avec plus de latitude est celle dans laquelle le « litige » relatif à la relation familiale est déjà né. L'idée est que les risques d'atteinte aux ordres juridiques sont amoindris dans ce cadre et qu'il s'agit surtout de favoriser, dans l'intérêt des personnes concernées par le litige, la bonne administration de la justice, laquelle plaide pour une admissibilité étendue des clauses d'élection de for en faveur d'un nombre plus élevé d'ordres juridiques, notamment pour favoriser une concentration du contentieux familial²⁸⁴⁹. Fort logiquement, une telle clause d'élection de for doit alors entraîner l'exclusivité de la compétence du juge ainsi désigné. Une telle clause d'élection de for doit toujours opérer sous réserve d'un contrôle par le juge, mais ce contrôle est plus facile à mettre en œuvre parce qu'une juridiction est de toute façon déjà saisie ou sur le point de l'être. Sur ce point, le droit international privé européen de la famille semble en conformité avec ces exigences procédurales, qui soulèvent moins de difficulté dans l'hypothèse d'un litige déjà né²⁸⁵⁰.

885. L'utilisation par le législateur européen du principe d'autonomie de la volonté semble donc théoriquement justifiable, à condition d'être encadrée par de strictes considérations de proximité entre la loi et le juge choisis et la relation familiale en cause. Ces considérations de proximité contribueraient fortement à la neutralité et la prévisibilité du système européen de droit international privé de la famille. Elles ont également une

²⁸⁴⁸ A l'instar de ce que prévoit l'art. 31 du règlement Bruxelles I *bis*.

²⁸⁴⁹ Un parallèle avec les compétences de la première hypothèse est ainsi tout à fait possible.

conséquence très importante sur l'acceptation et la qualification qu'il convient de retenir des règles de conflit prenant ainsi en considération la volonté des parties. Car de telles règles de conflit ne relèvent pas à proprement parler d'une application du principe de l'autonomie de la volonté. Au contraire, le rôle de l'Etat est pleinement préservé, ce que confirme parfaitement le maintien de l'impérativité de la législation nationale face à l'hypothèse d'un choix de loi. Les exceptions à l'application de la règle de conflit ne révèlent en effet aucun libéralisme renforcé, ce qui signifie que la règle de conflit n'est pas plus libérale parce qu'elle prend en considération la volonté des parties. Par conséquent le choix de loi est admis en raison de ses vertus localisatrices, et non parce qu'il faut permettre aux personnes de disposer de leurs droits et devoirs familiaux²⁸⁵¹.

886. Pourtant, l'augmentation du rôle de la volonté des parties entraîne traditionnellement une limitation du rôle de l'exception d'ordre public, puisqu'en laissant aux parties la faculté de choisir la loi applicable à un problème juridique, le législateur manifeste son désintérêt quant à la solution matérielle apportée. Le recours à l'exception d'ordre public ou aux lois de police peut certes être particulièrement utile lorsqu'il s'agit d'encadrer la liberté ainsi laissée aux parties. Mais le domaine de l'ordre public est moins étendu dans des domaines où le législateur laisse une certaine liberté de choix aux parties, que dans ceux où il entend conférer une impérativité particulière aux règles concernées en leur interdisant d'y déroger. Il n'est donc pas surprenant que l'autonomie de la volonté fût reconnue d'abord en droit international privé français dans les domaines où le droit interne était dominé par l'idée de liberté laissée aux parties²⁸⁵². Là où l'impérativité des règles internes était faible, on pouvait assez facilement accorder une plus grande liberté sur le plan du droit international privé, où l'impérativité était amoindrie en plus par l'existence d'éléments d'extranéité. Là cependant où l'impérativité des règles internes est forte, parce que les droits sont indisponibles, l'ordre juridique n'accepte de ne pas appliquer ses propres concepts nationaux que lorsque la situation se rattache objectivement davantage à un autre ordre juridique. Il paraît totalement impensable de permettre dans une telle situation à des parties dont la relation se localise objectivement dans l'ordre juridique concerné de se soustraire à l'application des

²⁸⁵⁰ Contrairement à la situation d'une clause d'élection de for anticipée, pour laquelle la question de la priorité pour statuer sur la compétence se pose bel et bien.

²⁸⁵¹ Pour admettre que l'on soit en présence d'une véritable règle reposant sur l'autonomie de la volonté, il faudrait que les exceptions à la règle de conflit soient assouplies, ce qui est largement le cas en matière contractuelle, mais ne trouve aucune confirmation dans le droit international privé européen de la famille.

²⁸⁵² Notamment en matière de contrats et de régimes matrimoniaux.

dispositions impératives de cet ordre juridique par le choix d'une loi étrangère. Seul se retrouve en effet dans cette situation l'affaiblissement de l'impérativité tenant à l'internationalité de la situation, qui n'est pas conforté par le libéralisme du droit interne. *A contrario*, si le législateur européen introduit l'autonomie de la volonté en matière de droit international privé européen de la famille, cela suppose qu'il y ait ce double affaiblissement de l'impérativité, dû à l'internationalité de la situation et au libéralisme du régime interne de droit de la famille, et cela entraînera inéluctablement une diminution considérable du domaine de l'ordre public²⁸⁵³.

887. L'autonomie de la volonté entraîne donc un risque très important d'atteinte aux ordres juridiques nationaux, en raison de la limitation de l'ordre public dont elle s'accompagne traditionnellement, que ce soit au niveau des règles de conflit de lois ou de conflit de juridictions. Cette limitation est cependant inacceptable compte tenu de l'objectif de protection des droits de la famille nationaux inhérent au droit international privé européen de la famille. Et les illustrations du maintien d'une lecture classique du rôle de l'exception d'ordre public ne manquent pas. Elles révèlent ainsi l'absence de véritable autonomie de la volonté dans le cadre du droit international privé européen de la famille.

²⁸⁵³ Cette diminution se ferait bien évidemment sentir sur le plan de l'instance directe et de l'instance indirecte. Pour raisonner de nouveau par rapport au cas du divorce, en ce qui concerne l'instance directe, le juge ne devrait pas pouvoir considérer que les formes de désunion prévue par la *lex fori* sont les seules admissibles pour l'ordre juridique du for. Le juge ignorant le divorce par consentement mutuel, voire même le divorce en général, ne pourrait opposer son ordre public au prononcé d'un tel divorce en application d'une loi étrangère. Le juge ne connaissant que le divorce par consentement mutuel ou pour altération définitive du lien conjugal devrait pouvoir prononcer un divorce pour faute, tout comme il pourrait avoir à refuser le divorce, peu importe qu'il y ait eu un choix de loi ou pas. L'affaiblissement de l'ordre public résultant de l'admission de l'autonomie de la volonté est en effet général, la diminution de l'impérativité ne résultant pas de l'existence d'un choix de loi par les époux, mais de l'acceptation de la possibilité d'un tel choix par l'ordre juridique. L'ordre juridique marque par-là que les règles relatives à la désunion du couple sont à ses yeux librement disponibles. Cela peut aller très loin, puisque théoriquement on ne voit pas pourquoi le juge devrait refuser de prononcer un divorce unilatéral, tant du moins que le principe d'égalité entre les époux est respecté lorsque la loi applicable à la désunion le permet, et surtout lorsque les époux ont accepté par avance un tel divorce en choisissant la loi applicable à leur désunion (comme un divorce en application du droit finlandais ou suédois, encore qu'il faudrait se poser la question également au sujet d'une répudiation *more islamico*. Le choix d'une loi autorisant cette faculté aurait été opéré sur un pied d'égalité entre les deux époux, ce qui peut au moins se faire poser la question si, apprécié concrètement, une telle situation est toujours contraire à l'ordre public international ; voy. sur ce point égal. la question préjudicielle posée à la Cour de justice dans l'affaire C-281/15, *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*). Il y aurait donc une première diminution de l'ordre public en raison de l'admissibilité du choix de loi, puis une seconde diminution lorsqu'il y a réellement eu un choix de loi. Au stade de l'instance indirecte, l'affaiblissement de l'ordre public serait encore plus évident, puisqu'il n'interviendrait à ce niveau que dans son « effet atténué », c'est-à-dire de façon plus limitée qu'au stade de l'instance directe (voy. not. sur cette notion P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, préc., note 2264, spéc. p. 156 et s.). L'exception d'ordre public n'y jouerait alors plus qu'un rôle tout à fait marginal. Par ailleurs, l'ordre public « plein » de l'instance directe pourrait facilement être contourné par une utilisation intelligente des règles de conflit de juridictions prévues par le règlement Bruxelles II *bis*, voire par une clause d'élection de for.

888. A l’instar des autres règles de conflit européennes en matière familiale fondées sur un choix de loi, la règle de conflit du règlement Rome III n’est pas une véritable application du principe de l’autonomie de la volonté. Elle s’en est simplement inspirée. Bien loin de pouvoir se donner eux-mêmes les normes auxquelles ils souhaitent se soumettre, les époux ne peuvent en effet que choisir parmi un certain nombre de lois limitativement énumérées et fondées sur l’existence d’un lien étroit avec la situation familiale, ce qui constitue une différence fondamentale avec la règle de conflit retenue en matière contractuelle. Leur autonomie étant limitée, la liberté qui en est le fondement l’est alors d’autant. Celle-ci ne pourrait en effet s’exercer non pas sur le contenu des différentes lois, mais uniquement sur les différents rattachements entre lesquels il faut choisir. Autrement dit, il n’y aurait aucune liberté « matérielle » – l’impérativité des concepts internes restant la même – mais uniquement une liberté « conflictuelle », qui trouverait son origine dans l’affaiblissement de l’impérativité dû à l’internationalité de la solution. Cette liberté conflictuelle serait d’autant plus justifiée qu’elle permet de répondre à certains objectifs importants en présence d’une situation présentant des éléments d’extranéité²⁸⁵⁴. Il est évidemment artificiel de considérer que les personnes concernées, en choisissant la loi applicable à leur relation familiale, ne regardent pas le contenu des différentes lois en concurrence, mais uniquement les liens de rattachements qui les rapprocheraient le plus d’une certaine loi. Les différences de conceptions entre l’autonomie de la volonté classique et l’autonomie de la volonté encadrée sont pourtant suffisamment profondes pour en déduire des régimes fortement différents, surtout sur le plan de l’appréciation de l’ordre public. L’autonomie de la volonté classique s’accompagne ainsi d’une restriction du domaine d’intervention de l’ordre public, tandis que l’autonomie de la volonté encadrée permet de retenir une lecture tout à fait classique de l’exception d’ordre public. C’est bel et bien une application de l’exception d’ordre public non différenciée en fonction de l’existence ou non d’un choix de loi que l’on retrouve dans le droit international privé européen de la famille. Il en va de même de l’intervention de règles fondées sur un certain unilatéralisme. Un Etat ayant un lien suffisant avec la situation peut avoir la prétention d’appliquer ses lois substantielles les plus importantes et le choix d’une loi différente ne doit pas entraîner la mise à l’écart de cette application impérative de la « loi de police » d’un Etat membre, laquelle est surtout la prise en compte, par une technique différente, de considérations relevant également de l’ordre public²⁸⁵⁵. L’absence d’affaiblissement de l’intensité de l’ordre public en raison de

²⁸⁵⁴ Notamment les soucis d’harmonie internationale des solutions et de prévisibilité.

l'intervention d'une volonté des parties à laquelle procède le droit européen s'impose dans un domaine où, comme en matière de droit de la famille, les ordres juridiques sont particulièrement sensibles à la défense de leurs conceptions et cultures nationales et à la protection de l'impérativité de leur droit interne²⁸⁵⁶.

889. Bien loin de limiter le domaine d'intervention de l'ordre public, l'introduction d'une prise en considération de la volonté pourrait même entraîner dans une certaine mesure un élargissement de celui-ci. On constate en effet que l'ordre public est utilisé davantage par les juges dans des matières où la règle de conflit semble inadaptée et conduit à l'application de lois ne présentant qu'un lien insuffisant avec le rapport de droit²⁸⁵⁷. Or, la clause d'*electio juris* semble justement être de nature à conduire à de tels rattachements inadaptés. En permettant aux époux de choisir une loi ne présentant que peu de liens avec leur désunion, il peut facilement y avoir un conflit entre un ordre juridique plus proche de leur situation, et dont l'ordre public imposerait une certaine solution, et la loi applicable en vertu de ce choix, qui aboutirait à la solution inverse. Si ce conflit apparaît avec l'ordre public du for, il n'y a que peu de doute que le juge devrait faire prévaloir son propre ordre public, alors même qu'il ne le ferait pas dans une situation où la loi objectivement applicable n'est pas la sienne. L'exercice d'un choix de loi ne doit en effet pas être un des critères, ou alors seulement à la marge, d'appréciation de l'éloignement de la situation juridique, justifiant éventuellement l'application de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Une situation est objectivement proche de l'ordre juridique du for, et la volonté des parties ne peut l'éloigner qu'en amenuisant les rattachements, c'est-à-dire en changeant de nationalité ou de résidence habituelle, mais pas à travers une clause de choix de loi. Cette dernière n'est qu'un outil de renforcement des liens de rattachements, et peut à ce titre justifier que l'on s'en serve pour résoudre le litige entre des lois ayant une égale vocation à s'appliquer, mais elle n'est pas un outil de relâchement des liens de rattachements. L'ordre public de l'ordre juridique objectivement proche de la situation conserve donc tous ses titres d'application comme s'il n'y avait pas de choix de loi. Et au stade de la reconnaissance des décisions étrangères, la

²⁸⁵⁵ Sur cette question, voy. not. A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, 239, coll. RCADI, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, Boston, 1994.

²⁸⁵⁶ Voy. sur ce point p.ex. le débat sur l'accueil en France de répudiations prononcées à l'étranger (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, n° 63-64).

²⁸⁵⁷ Voy. par exemple l'ordre public de proximité en matière de filiation (voy. Civ I, 10 février 1993, Rev. crit. de droit international privé, 1993, p. 622, note J. FOYER, solution semble-t-il abandonné par l'arrêt de la 1^{re} Civ.,

volonté des parties ne doit pas pouvoir entraîner les effets que l'on lui refuse au stade du conflit de lois, ce qui signifie que l'ordre public ne se trouve pas limité du seul fait qu'un juge étranger a statué. La proximité doit ainsi être appréciée de la même manière au niveau de l'instance indirecte et de l'instance directe, et le rôle de la volonté des parties doit être quasiment nul à ces deux stades²⁸⁵⁸.

890. Il n'y a donc aucune raison de limiter le jeu normal de l'exception d'ordre public tenant au fait que le système européen s'inspire de l'autonomie de la volonté, car il ne la consacre pas. Cela ne signifie cependant pas que l'analyse de l'ordre public n'est pas modifiée dans le cadre du droit international privé européen de la famille. Mais cette modification de la lecture de l'ordre public ne résulte pas de la théorie de l'autonomie de la volonté, mais d'autres principes fondateurs de l'Union européenne. C'est cette importante question de l'étude de l'ordre public dans le cadre du droit international privé européen de la famille qui reste donc à analyser.

26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369, *Bull.* 2011, I, n° 182) ou de divorce (voy. l'arrêt *de Ituralde de Pedro* de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1981, précité).

²⁸⁵⁸ Néanmoins la limitation de l'ordre public tenant au fait que le jugement étranger mérite du seul fait qu'il existe d'être *a priori* reconnu subsisterait (cf. P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, préc., note 2264, spéc. p. 270). Et le principe de la confiance mutuelle restreindrait également le contrôle de la conformité à l'ordre public.

Chapitre 2 L'exception d'ordre public comme révélateur de l'équilibre institutionnel du système

891. Le terrain de l'exception d'ordre public est le terrain où le respect de la dimension nationale du droit de la famille se fait certainement sentir de la façon la plus forte. Le contrôle social inhérent à cette notion et son caractère indispensable en vue de l'intégration de la situation internationale dans l'ordre juridique du for en font l'outil le plus important de protection de l'antériorité de l'ordre juridique national. En même temps, la complexité des questions soulevées par cette notion fait de l'analyse de celle-ci une véritable gageure. L'analysant comme le « rocher de Sisyphe »²⁸⁵⁹ du droit international privé, Kahn a ainsi pu présenter l'ordre public en expliquant qu'« il n'étonne guère qu'une telle conscience attristante [de la terrible confusion régnant dans la théorie autour de l'ordre public] a poussé certains auteurs au désespoir. Ils déclarent la question simplement insoluble – et la refoulent vers la pratique. Le qualificatif d'"inertie de la pensée théorique" est une description encore clémente de telles prétentions. Ce dont se rendent compte la plupart des auteurs, qui essaient alors à chaque fois de nouveau de pousser le rocher de Sisyphe jusqu'en haut. Il devra bien rester en haut une fois, ne peut pas retomber continuellement ! »²⁸⁶⁰

892. En ce que « l'ordre public est tout autant "l'intolérance de l'organisme [du for] à la réception des institutions étrangères", [...] que les contours concrets de la tolérance à cette réception »²⁸⁶¹, il constitue un élément fondamental du droit international privé conçu comme « l'invitation à l'autre »²⁸⁶². Car l'invitation faite à un ordre juridique étranger

²⁸⁵⁹ F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, Duncker & Humblot, Munich, 1928, spéc. p. 167.

²⁸⁶⁰ « Es ist kaum zu verwundern, dass solche betrübende Erkenntnis [der furchtbaren Konfusion in der Theorie über den ordre public] manche Autoren zur Verzweiflung bringt. Sie erklären die Frage einfach für unlösbar und – wälzen sie der Praxis zu. [...] Mit « Trägheit des theoretischen Denkens » (Zitelmann, I, p. 320) werden solche Zumutungen noch recht milde gekennzeichnet. Das fühlen auch die meisten und versuchen denn immer wieder von neuem, den Sisyphusstein des ordre public in die Höhe zu wälzen. Einmal muss er ja doch wohl liegenbleiben, kann nicht immer wieder herunterrollen! »; *ibid.*, spéc. p. 166-167; en référence à E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht: Bd. Reines internationales Privatrecht. 1897*, Ducker & Humblot, 1897, spéc. p. 320.

²⁸⁶¹ D'après la formule connue de Phocion Francescakis, qui reprend Niboyet.

²⁸⁶² Pour rappeler la formule de Jean Déprez (Jean DEPREZ, « L'enseignement du droit musulman, 1985 », *Cah. CRESM Cent. Rech. D'études Sur Sociétés Méditerranéennes* 1989.cahier n°23, spéc. p. 42; Hélène

d'apporter à une relation privée internationale une solution se fait, d'après la méthode savignienne classique, sur le modèle du « saut dans l'inconnu »²⁸⁶³, c'est-à-dire sans tenir compte de la solution matérielle retenue par cet ordre juridique étranger. Or il va de soi que toute solution matérielle ne saurait être acceptée par l'ordre juridique du for. Si la solution étrangère est en trop forte opposition au sentiment de justice que se fait l'ordre juridique du for, l'accueil d'une solution qui y est contraire n'est pas possible. Un tel conflit est alors résolu en ayant recours à l'exception d'ordre public. Cette exception, dans une approche fonctionnelle, vise à écarter soit l'application d'une règle étrangère normalement applicable, soit à refuser la reconnaissance à une décision étrangère, au motif que cette norme étrangère, règle ou décision, est contraire à des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion [de l'ordre juridique requis] comme doués de valeur internationale absolue »²⁸⁶⁴.

893. La fonction de l'ordre public peut donc être assez aisément définie, si l'on reste sur un terrain purement méthodologique. Il s'agit simplement d'écarter la norme étrangère normalement applicable. Un parallèle doit à cet égard être fait avec les lois de police, qui jouent un rôle proche, mais qui n'écartent pas la norme étrangère, mais la règle de conflit du for. Les deux opèrent cependant en vue de la protection des valeurs fondamentales du for, et donc dans une optique de protection de la justice matérielle du for. La principale difficulté réside alors dans le fait de savoir exactement ce que recouvre, du point de vue de son contenu, la notion d'ordre public. A cet égard, un auteur a proposé d'analyser l'ordre public comme le « caméléon du droit international privé »²⁸⁶⁵. L'image est séduisante, tant il est vrai que chaque spécialiste de droit international privé doit avouer ne pas pouvoir donner une définition absolument certaine du contenu de l'ordre public. On a pu relever que l'ordre public visait à défendre à la fois les principes considérés comme universels, les principes considérés par l'ordre juridique comme indispensables à la cohérence de l'organisation de la société interne, sans pour autant être universels, et plus simplement la protection d'une

GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI, Vol. 226, 1991-I, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, spéc. p. 275.

²⁸⁶³ D'après la formule attribuée de Leo Raape ; L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Vahlen, Frankfurt am Main, 1955, spéc. p. 87 ; Pour une discussion dans le contexte de l'exception d'ordre public, voy. not. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 15- 17.

²⁸⁶⁴ Cette dernière formule est due au Professeur Lerebours-Pigeonnière, et a été consacré par la Première chambre civile de la Cour de cassation, sous la présidence de Lerebours-Pigeonnière, par l'arrêt *Lautour* (Civ., 25 mai 1948, Lautour, GA n°19).

²⁸⁶⁵ B. DUTOIT, « L'ordre public : caméléon du droit international privé ? : Un survol de la jurisprudence suisse », dans Bernard DUTOIT, Josef HOFSTETTER et Paul PIOTET (dir.), *Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet*, Payot, Lausanne, 1985, spéc. p. 455- 472.

certaine politique législative²⁸⁶⁶. A moins qu'il ne faille s'en tenir simplement aux « principes essentiels du droit [du for] »²⁸⁶⁷. Force est de constater en tout cas que l'on ne saurait dire avec précision quels principes ou règles doivent être considérés comme faisant partie de l'ordre public, quelle que soit sa définition. Et il ne saurait en être autrement, car l'ordre public est en constante adaptation, change son aspect tel un caméléon. L'appréhension de ce qu'est l'ordre public ne peut donc passer que par sa fonction, dont dépendra alors son contenu du moment, la couleur sous laquelle apparaîtra le caméléon au moment auquel le juge doit intervenir.

894. Analyser la fonction de l'ordre public n'est cependant pas chose aisée non plus, car au-delà de la seule fonction technique de mise à l'écart de la norme étrangère, l'ordre public remplit des rôles bien plus importants. On y voit souvent le moyen de remédier à la neutralité de la règle de conflit classique héritée de Savigny. L'ordre public permettrait ainsi, pour reprendre la terminologie de Gerhard Kegel, de trancher un conflit entre justice de droit international privé et justice matérielle, en faisant alors primer la seconde sur la première, mais sous la réserve importante que, toujours selon Kegel, « la justice est indivisible »²⁸⁶⁸. L'ordre public serait alors le moyen par lequel l'ordre juridique du for ferait prévaloir ses intérêts propres sur ceux de l'ordre juridique étranger. Néanmoins, il semble nécessaire de dépasser cette vision classique de l'ordre public²⁸⁶⁹. L'ordre public remplit en effet des fonctions multiples dont il faut saisir l'importance pour le droit international privé européen de la famille, ce qui rend nécessaire de rechercher quelle est, fondamentalement, la fonction

²⁸⁶⁶ A moins qu'il ne vise, pour reprendre la formule de l'arrêt du 8 juillet 2010, « les principes essentiels » de l'ordre juridique français. Reste à savoir comment ces « principes essentiels » peuvent être définis.

²⁸⁶⁷ Pour reprendre la formule utilisée par la Cour de cassation, en référence au droit français ; 1^{re} Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21.740, *Bull.* 2010, I, n° 162 ; voyez également l'étude de la Cour, COUR DE CASSATION, « L'ordre public », dans *Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation*, La Documentation française, spéc. p. 89-489.

²⁸⁶⁸ Un conflit entre la *kollisionsrechtliche Gerechtigkeit* et la *materielle Gerechtigkeit*, « unter Berücksichtigung dessen, dass die Gerechtigkeit unteilbar ist » G. KEGEL, « Allgemeines Kollisionsrecht », dans Paul VOLKEN et Walter A. STOFFEL (dir.), *Conflicts et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1990, spéc. p. 47-73 à la page 69 ; en référence égal. à G. KEGEL, *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, Allemagne, 1987, spéc. p. 90.

²⁸⁶⁹ Et l'on peut reprendre l'image du caméléon. Si l'on parle de caméléon en effet, cela sous-entend que nous sommes face à un phénomène de camouflage. Le caméléon cherche à se cacher. De la même façon, l'on peut se poser la question de savoir si l'ordre public ne vise pas aussi « à se cacher ». L'ordre public pourrait ainsi se trouver en des endroits où l'on ne le soupçonnerait pas, c'est-à-dire avoir influencé ou même constitué des règles que nous n'assimilons pas au phénomène de l'ordre public, mais qui s'y rattachent pourtant bien. Et inversement, la difficulté de saisir l'ordre public peut nous faire croire que l'ordre public serait en des endroits où il n'est peut-être pas, mais où nous sommes en réalité en présence d'une règle d'une nature différente. Et de façon plus fondamentale, la fonction de l'ordre public va éventuellement au-delà de ce qu'une première vision de l'ordre public pourrait faire croire. Ce n'est qu'une fois que la fonction de l'ordre public est suffisamment mise en évidence que l'on peut s'intéresser à la façon dont le contenu de l'ordre public est élaboré et évolue.

de l'ordre public, pour pouvoir en déduire ensuite comment et par qui son contenu doit être déterminé.

895. Cette recherche est nécessaire, car il faut éviter de rester dans le vague qui irait de pair avec une invocation de l'ordre public sans définition de ce concept. C'est un reproche ancien adressé à la doctrine, qui se verrait « punie au même endroit que celui où elle a elle-même péché : elle a livré au juge une doctrine qui ne veut rien dire, et le juge lui a rendu une pratique qui ne veut rien dire non plus »²⁸⁷⁰. Il est donc nécessaire de comprendre avec précision la notion d'ordre public. Cette analyse révélera la nécessaire dimension nationale de l'ordre public (section 1) ce qui soulève alors la délicate question de savoir comment les exigences inhérentes à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public peuvent être transposées au droit international privé européen de la famille (section 2).

Section 1 L'inévitable dimension nationale de l'ordre public

896. En ce que « l'ordre public se révèle indispensable [puisqu'il faut] ménager [...] la prise en considération des conceptions essentielles qui soutiennent une société »²⁸⁷¹, il faut dans un premier temps analyser la fonction sociale de l'ordre public, fonction sociale qui se manifeste principalement vis-à-vis de la société nationale (I). Dans un second temps, l'on devra s'intéresser au contenu de l'ordre public, qui implique d'identifier comment celui-ci peut être déterminé et évoluer. La conception de l'ordre public est évolutive, car cette technique doit accompagner les évolutions de la société. Puisque l'ordre public, « tel un caméléon, adapte sa couleur au gré même des changements socio-culturels »²⁸⁷², sa nécessaire évolution se fait en l'adaptant aux changements de la société de l'ordre juridique du for, c'est-à-dire encore et toujours la société nationale. (II).

²⁸⁷⁰ « Und so wird die Doktrin an dem Gliede gestraft, mit welchem sie gesündigt hat : sie hat dem Richter eine nichtssagende Doktrin geliefert, und dieser gibt ihr eine nichtssagende Praxis zurück » ; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, préc., note 2915, spéc. p. 250. C'est nous qui traduisons.

²⁸⁷¹ B. DUTOIT, *L'ordre public : caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse*, préc., note 2921.

²⁸⁷² *Ibid.* ; Nous devons la découverte de cette parabole à M. Andreas Bucher qui a soulevé ce point lors des cours d'été de l'Académie de La Haye et qui nous a intensément fait réfléchir sur cette question (voy. également ses cours donnés à l'Académie de La Haye, dont le premier s'intéressait justement plus particulièrement à la question de la dimension sociale de l'ordre public ; A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, préc., note 2911 ; ainsi que son cours général : A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé*, préc., note 620.

I L'indispensable fonction sociale de l'ordre public

897. D'après une idée couramment admise, l'ordre public est indispensable pour pallier le caractère abstrait et neutre des règles de conflit de lois. Relier l'ordre public à la neutralité de la règle de conflit est cependant réducteur, car un seul aspect du phénomène est alors envisagé (A). Démontrer que l'ordre public ne saurait trouver son fondement dans la neutralité de la règle de conflit permet alors de s'interroger sur son véritable fondement. Et force est alors de constater que face à la fonction sociale aussi bien de l'ordre public que du droit international privé dans son ensemble, l'antériorité de l'ordre juridique national se présente comme le véritable fondement, ce qui se manifeste de façon particulièrement visible dans le cadre de l'ordre public (B).

A Un ordre public faussement relié à la neutralité des règles de conflit

898. On rencontre encore aisément le postulat que « l'ordre public se révèle [...] indispensable dans un système de droit international privé hérité de Savigny et fondé sur un arsenal de règles abstraites de conflit qui ne tiennent compte en elles-mêmes d'aucune valeur »²⁸⁷³. Or, et il faudrait probablement commencer par-là, même si les systèmes continentaux européens de droit international privé sont hérités de Savigny, il n'est plus guère défendable que les règles de conflit « ne tiennent compte en elles-mêmes d'aucune valeur ». La révolution américaine de Currie a exercé une influence non négligeable²⁸⁷⁴, et le caractère fonctionnel, pour reprendre la formule de Bernard Audit, des règles de conflit est aujourd'hui largement reconnu²⁸⁷⁵. La question de la « matérialisation » des règles de droit international privé fait ainsi aujourd'hui partie intégrante de la matière²⁸⁷⁶. Et le contexte par rapport à l'époque de Savigny n'est évidemment plus le même non plus. Nous ne sommes plus dans un cadre où le droit peut être vu simplement comme un outil d'encadrement des libertés individuelles. Au contraire, les interventions de l'Etat dans de nombreuses sphères de la vie

²⁸⁷³ B. DUTOIT, *L'ordre public : caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse*, préc., note 2921.

²⁸⁷⁴ Sur celui-ci, voy. not. S. C. SYMEONIDES, « The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie : An End and a Beginning », (2015) n°2 *University of Illinois Law Review* 81 pages.

²⁸⁷⁵ B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)*, préc., note 2882.

²⁸⁷⁶ J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, n°287, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, 2002.

nous mettent, pour le moment du moins, encore assez loin du libéralisme régnant jusqu'au début du XX^e siècle²⁸⁷⁷. Cela étant, et malgré cette matérialisation du droit international privé, il reste vrai que dans un grand nombre de cas la désignation du droit étranger applicable se fait indépendamment du contenu de ce dernier, ce en quoi on peut bien parler de neutralité de la règle de conflit. Et dans un tel contexte de neutralité, qui n'est finalement toujours rien d'autre qu'une faveur à l'épanouissement d'une diversité et la preuve d'une grande ouverture aux relations privées internationales, l'intervention d'un mécanisme correcteur est indispensable afin de protéger les intérêts sociaux de l'ordre juridique du for²⁸⁷⁸. Et ici apparaît la grande opposition autour de laquelle s'articule tout le jeu de l'exception d'ordre public. Il s'agit de trouver un équilibre entre le respect des intérêts sociaux cruciaux de l'ordre juridique national et la volonté d'ouverture dont ce dernier fait preuve. Nous sommes dans une situation évidente où, pour reprendre l'image d'Hélène Gaudemet-Tallon, le funambule doit trouver un si délicat équilibre pour ne pas tomber d'un côté, celui du repli excessif sur soi, ou de l'autre, celui d'une ouverture trop large entraînant un relativisme généralisé²⁸⁷⁹.

899. Cela étant, l'intervention de l'ordre public n'est pas due au fait que la règle de conflit est neutre. Il est certes vrai qu'une règle de conflit à coloration matérielle amoindrit le risque d'une intervention de l'ordre public. Mais elle ne garantit pas que l'ordre public n'ait pas à intervenir, et cela d'autant plus que l'intervention peut se faire même en contradiction avec l'objectif poursuivi par la règle de conflit. Ainsi, les règles de conflit en matière de filiation visent en général à procurer une filiation stable à l'enfant²⁸⁸⁰. Pendant longtemps, cela n'a pas empêché pendant les juridictions françaises de refuser de reconnaître la filiation créée à l'étranger suite à une maternité de substitution, puisque une telle procréation était considérée comme contraire à l'ordre public international français²⁸⁸¹. Et de la même façon, une règle de conflit alternative peut ne pas aller assez loin dans les exigences de justice matérielle et ainsi toujours laisser la porte ouverte à l'intervention de l'ordre public. Le règlement Rome III, en ce qu'il facilite l'application d'une loi favorable au divorce entre

²⁸⁷⁷ Même si la dérégulation contemporaine peut susciter un certain scepticisme.

²⁸⁷⁸ Lequel est en un ordre juridique national, en raison du fait que c'est au niveau national que l'on retrouve les éléments constitutifs d'une véritable société, au sens de peuple constitutif d'un Etat.

²⁸⁷⁹ H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)* : *cours général*, préc., note 2879.

²⁸⁸⁰ Voy. sur ce point, en France, not. l'article 311-17 du Code civil concernant la reconnaissance, et qui recourt à une règle de conflit alternative dans le but de favoriser l'établissement de la filiation.

²⁸⁸¹ L'évolution du droit français suite à ces arrêts est évidemment à surveiller. Voy. not. les arrêts d'Ass. plén. du 3 juill. 2015 ; cf. également *supra*.

époux²⁸⁸², peut déjà être lu comme instituant une règle à coloration matérielle. Mais il n'en a pas moins semblé nécessaire de prévoir à la fois des clauses spéciales d'ordre public²⁸⁸³ et le recours possible à la clause générale d'ordre public²⁸⁸⁴. Ainsi, il arrivera que la loi objectivement applicable ne permette pas le divorce et que les époux ne soient pas d'accord pour en choisir une autre. L'ordre public peut alors intervenir au cas où l'un des époux installe sa résidence habituelle dans un pays où la possibilité d'obtenir le divorce est d'ordre public pour y demander le divorce. Pour que l'ordre public n'ait plus à intervenir, il faudrait totalement intégrer l'objectif matériel poursuivi dans une situation donnée à la règle de conflit²⁸⁸⁵, mais en faisant de la défense de l'ordre public un des intérêts de l'Etat du for, en sorte que, dès que l'ordre public du for est intéressé, la règle de conflit désigne la loi du for²⁸⁸⁶. Outre qu'elle présente un grave risque de mener à un lex forisme excessif en raison d'un élargissement du champ de l'ordre public du for, on a l'impression de n'être guère avancé si l'on veut rester dans une lecture modérée de l'ordre public. Selon le modèle classique, l'ordre public intervient à titre d'exception dès qu'il est intéressé, et on ne voit pas quelle différence il y a avec la situation où, dès qu'il est intéressé, il devrait intervenir à titre préventif. On a simplement deux faces d'un même phénomène, l'un donnant une prime à l'application de la loi du for, l'autre à l'application de la loi étrangère. Puisque l'ordre public doit servir de mécanisme correcteur à l'esprit d'ouverture du système de droit international privé, la philosophie générale doit rester celle d'une acceptation *a priori* de l'application d'un droit étranger, sous réserve que, *in concreto*, cette application soit contraire aux principes essentiels de l'ordre juridique du for.

900. Le fait que l'ordre public ne peut pas dépendre de la neutralité de la règle de conflit, puisqu'il intervient aussi face à des règles de conflit qui ne sont pas neutres, est par ailleurs confirmé dans le cadre de la règle de conflit réceptive²⁸⁸⁷. Une règle de conflit réceptive n'est en effet pas neutre, mais vise à favoriser en principe la reconnaissance de la

²⁸⁸² Notamment à travers la possibilité de choisir la loi applicable.

²⁸⁸³ L'article 10 du règlement Rome III prévoit ainsi que « lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

²⁸⁸⁴ Voy. l'art. 12 du règlement Rome III.

²⁸⁸⁵ En s'inspirant par exemple de la théorie des intérêts gouvernementaux de Brainerd Currie.

²⁸⁸⁶ Une telle solution a été retenue par certains ordres juridiques, en Louisiane notamment. Voy. sur cette question A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, 239, coll. RCADI, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, Boston, 1994.

²⁸⁸⁷ L'analyse de l'ordre public dans le cadre de la reconnaissance est d'autant plus indispensable que les règles de conflit attributives sont subsidiaires par rapport aux règles de conflit réceptives (sur ces notions, cf. *supra*, not. n° 656 et s.).

situation créée à l'étranger par une décision ou cristallisée d'une autre façon²⁸⁸⁸. Il s'agit là d'hypothèses dans lesquelles on est face au point de vue concret de l'ordre juridique étranger pertinent. Or, l'analyse de l'ordre public ne peut pas se limiter uniquement à l'exception d'ordre public dans le cadre de la règle de conflit attributive. Le rôle que celui-ci a à jouer est en effet équivalent en cas de reconnaissance ou de création d'une situation. Il s'agit à chaque fois de défendre les valeurs fondamentales du for.

901. De ce qui précède, nous pouvons alors déduire que l'ordre public n'est pas fondamentalement lié à la neutralité de la règle de conflit. Cette neutralité, déjà difficile à déterminer précisément, n'est en effet qu'une manifestation de la volonté d'ouverture aux autres ordres juridiques dont fait part l'ordre juridique du for. Or le droit international privé ne connaît pas que cet intérêt là, mais une part importante doit être reconnue à l'intérêt qu'a une société de voir son intégrité et sa cohérence respectée. Or cet intérêt, et c'est là sa véritable justification, est défendu principalement par l'ordre public.

B L'antériorité de l'ordre juridique national : fondement véritable de l'ordre public

902. A travers l'exception d'ordre public, il s'agit de ne pas faire vaciller, à travers une ouverture excessive aux ordres juridiques étrangers, les fondements même de la société de l'ordre juridique du for. Et ainsi, la fonction que remplit l'ordre public se transforme en nécessité logique, ce qui est évidemment d'une importance capitale pour l'objectif de protection des ordres juridiques nationaux inhérent au droit international privé européen de la famille. Le raisonnement doit partir de la constatation suivante : le juge qui veut appliquer une règle étrangère ou reconnaître une décision étrangère est naturellement l'organe de l'ordre juridique qui l'a institué. Or la question qu'il faut se poser est celle de savoir sur quoi repose cet ordre juridique²⁸⁸⁹.

903. Dans une première approche, strictement positiviste et faisant référence à Hans Kelsen, l'ordre juridique est constitué par l'ensemble des normes qui tirent leur force d'une norme fondamentale, d'une *Grundnorm*, qui est dans les Etats modernes la constitution. On

²⁸⁸⁸ Sur cette notion, cf. *supra*, n° 649 et s.

ne voit pas dès lors comment un juge, lui-même institué par cet ordre juridique, pourrait donner effet à des normes étrangères qui remettraient en cause des règles ou principes qui seraient consacrés dans la constitution nationale²⁸⁹⁰. Le couple régularité-conformité qui fonde l'ordre public, mise en évidence par Pascal de Vareilles-Sommières, trouverait là un premier fondement²⁸⁹¹. Certes, il faudrait définir quelles règles ou principes de cette norme fondamentale s'opposent à l'accueil de normes étrangères, et cette question ne peut pas être définitivement tranchée. Cela étant, quand on pense aux constitutions modernes, c'est-à-dire celles qui consacrent également des droits individuels, on ne peut s'empêcher de faire référence aux jurisprudences importantes qui ont fait intégrer ces droits individuels dans l'ordre public international des Etats concernés²⁸⁹². A cela s'ajoute que ce qui donne sa légitimité à cette norme fondamentale, dans une démocratie, est justement le fait que cette norme a été adoptée par le peuple et est voulu par le peuple, même si cette volonté s'exprime de façon plus ou moins directe. Les valeurs conférant à la population qui se donne une telle norme fondamentale la cohérence nécessaire pour pouvoir être constitutive d'une société doivent dès lors logiquement s'intégrer dans cette norme fondamentale, et être respectées par tous les organes dérivés qui puisent dans cette norme fondamentale leur existence juridique.

904. Dans une seconde approche, non plus kelsénienne et positiviste de l'ordre juridique, mais au sens où Santi Romano l'entend²⁸⁹³, la conclusion ne sera pas différente. Ce qui caractérise alors l'ordre juridique n'est pas l'existence d'un ensemble de normes, mais le phénomène social auquel correspond cet ordre juridique. Or ce phénomène social doit nécessairement faire penser à une organisation sociale. Et l'organisation sociale ne peut que s'articuler autour de certaines valeurs communes qui font que les membres auront l'impression d'appartenir au même groupe. Se dessinerait ainsi un noyau dur de valeurs qui seraient fondamentalement liées à l'émergence même de la société, et donc directement liées à la fondation même de l'ordre juridique. Pour l'ordre juridique étatique, il ne fait nul doute que la société de référence est la société nationale. Et dans cette hypothèse aussi, l'ordre juridique ne saurait accepter les atteintes portées à ce noyau fondamental, car autrement il

²⁸⁸⁹ Voy. P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, coll. RCADI, Leyde, 2007.

²⁸⁹⁰ GADIP, *Fraisse et Sarran*, n°85-86.

²⁸⁹¹ Voy. P. de VAREILLES-SOMMIERES, *L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère*, coll. RCADI, Leiden, 2014.

²⁸⁹² L'exemple de l'affaire espagnole du *Bundesverfassungsgericht* est topique à cet égard (BVerfG 31, 58).

²⁸⁹³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduit par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, réimpression de la traduction française de la 2e édition (1945) ; introduction de Phocion FRANCESKAKIS, Dalloz, Paris, 2002.

viendrait à se remettre en cause lui-même. Si l'ordre juridique national veut donc conserver son existence propre, il ne peut accepter les règles et décisions étrangères que dans la mesure où celles-ci respectent ces éléments fondamentaux. C'est là une illustration parfaitement cohérente de l'antériorité de l'ordre juridique national²⁸⁹⁴. Et il est dès lors évident que l'ordre juridique doit prévoir des mécanismes conditionnant l'application d'un droit étranger ou la reconnaissance des situations et décisions étrangères au respect des principes essentiels de la société nationale.

905. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'objectif d'harmonie internationale doive être sacrifié. Comme nous l'avons dit, l'objectif de coordination, mis en avant notamment par Pierre Mayer²⁸⁹⁵, ne doit pas quitter l'esprit de l'internationaliste, et il faut savoir faire preuve d'ouverture, malgré le sentiment que certaines valeurs sont intouchables. On fait souvent référence à Savigny, qui aurait trouvé cet équilibre « dans la perspective de nations également "civilisées" »²⁸⁹⁶. Cette affirmation doit cependant être nuancée. Savigny avait en effet conscience que la communauté de droit n'existait pas dans certaines matières²⁸⁹⁷. Et l'on doit particulièrement penser au droit de la famille, domaine où l'ordre public jouait déjà alors un rôle particulièrement important, et auquel Savigny n'appliquait pas sa méthode, en raison du caractère impératif des lois, qui imposeraient au juge d'appliquer la *lex fori*. Le cas du divorce, pour lequel la divergence entre catholiques et protestants était la plus manifeste, est topique à cet égard. Pour les autres domaines, c'est-à-dire ceux pour lesquels il y avait effectivement une communauté de valeurs, il est vrai que la « prise en considération des conceptions essentielles qui soutiennent une société pouvait être considérée comme allant de soi »²⁸⁹⁸. Mais la question est de savoir à quel titre. Si en effet on part du présupposé que les valeurs fondamentales sont partagées, il n'y évidemment aucune difficulté à appliquer un droit étranger. Tout comme il n'y aurait aucune difficulté à appliquer son propre droit quant à tout ce qui relève des valeurs fondamentales, l'application du droit étranger se limitant à tout

²⁸⁹⁴ Sur celui-ci, cf. *supra*, n° 180 et s.

²⁸⁹⁵ P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535.

²⁸⁹⁶ B. DUTOIT, *L'ordre public : caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse*, préc., note 2921.

²⁸⁹⁷ Et il est douteux que le concept de communauté soit le fondement du droit international privé d'après Savigny, cf. *supra*, n° 134 et s.

²⁸⁹⁸ B. DUTOIT, *L'ordre public : caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse*, préc., note 2921.

ce qui n'en relève pas. Dès lors, le respect de l'ordre public était contenu dans l'élément qui permettait d'envisager l'application d'un droit étranger²⁸⁹⁹.

906. Un tel raisonnement n'a plus qu'une pertinence très relative aujourd'hui. Il reste vrai que le droit international privé ne peut trouver à s'épanouir que dans toutes les matières qui ne relèvent pas du noyau fondamental d'une société. Mais l'absence de communauté de droit ne doit pas conduire à refuser l'application éventuelle d'un droit étranger, ce qui revient à renoncer à l'existence du droit international privé. Au contraire, l'absence de communauté de valeur rend d'autant plus nécessaire de chercher à coordonner les différents ordres juridiques. L'ordre public reste alors finalement non pas comme une exception, mais plutôt comme le principe qui rend possible le droit international privé, ce qui est vrai tout autant pour le droit international privé de l'Union européenne que le droit international privé national. Le principe est le respect de l'intégrité de l'ordre juridique du for, et on voit mal sur quel fondement un juge national pourrait la remettre en cause. Mais dans toute la mesure du possible, on va chercher à faire preuve d'ouverture, les intérêts des personnes impliquées dans les relations privées internationales le commandant, et donc envisager l'application de règles différentes des nôtres. Sauf qu'en cas de conflit, et c'est là une évidence, la cohérence de l'ordre juridique devra l'emporter. Cela étant, et c'est là une autre idée très importante, l'intensité avec laquelle s'impose l'intégrité de l'ordre juridique s'amenuise au fur et à mesure que la situation s'en éloigne²⁹⁰⁰.

907. Néanmoins, il faut distinguer entre l'intensité et la fonction de l'ordre public. La fonction de l'ordre public reste en effet toujours la même. L'intensité de l'ordre public concerne quant à elle le contenu de l'ordre public. Ainsi, après avoir mis en exergue l'importance sociale fondamentale de l'ordre public, question directement liée à la fonction sociale du droit international privé, qui tente de trouver l'équilibre entre esprit d'ouverture et de protection de la société du for, il faut encore se demander comment est déterminé le contenu de l'ordre public. Et tout autant que celle de la fonction de l'ordre public, l'étude du contenu de l'ordre public révèle l'importance fondamentale de cette notion pour la société nationale.

²⁸⁹⁹ Le fondement et la justification du droit international privé était en quelque sorte la conscience de ce qu'un conflit de civilisation ne pourrait apparaître. Et là où une telle garantie n'était pas donnée, il faudrait revenir à l'application de sa propre loi par le juge.

II Le contenu nécessairement évolutif de l'ordre public

908. Phénomène éminemment social, « l'ordre public échappe à toute définition permettant de le circonscrire de façon statique »²⁹⁰¹. L'identification du contenu de l'ordre public passe par l'identification de sa fonction, plus que de ses éléments constitutifs. Les éléments de définition, ou plutôt les directives de définition, qui peuvent être identifiées soulignent le caractère nécessairement flou de l'ordre public (A). Une deuxième question en découle. Car si l'on dit qu'une définition exacte n'est pas possible, mais que des directives de définition peuvent être dégagées, il faut encore savoir qui sera chargé de la mise en œuvre de ces directives. Et le rôle du juge national apparaît à cet égard fondamental (B).

A Le caractère flou de l'ordre public

909. Il ne s'agit pas ici de donner une définition précise de l'ordre public, mais d'insister sur l'importance de continuellement adapter l'ordre public aux changements socio-culturels de la société du for. Comme la fonction de l'ordre public est directement liée à la sauvegarde d'un noyau dur caractérisant la société nationale, donner une définition de l'ordre public revient inévitablement à définir en même temps ce qui caractérise cette société. En cela la définition de l'ordre public est évidemment fondamentale. Or, concernant ces principes constitutifs d'une société, on constate que les sociétés sont en évolution constante. L'évolutivité de l'ordre public, que confirme de façon flagrante le principe de l'actualité de l'ordre public²⁹⁰², est particulièrement forte en matière de droit de la famille. Au plus près de nous, il n'y a qu'à penser aux soubresauts de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de prise en compte des couples de même sexe, soubresauts qui ne sont pas le résultat des hésitations de la Cour de cassation, mais des évolutions législatives par lesquelles la société française a fait évoluer de façon radicale son acception de la famille et de la filiation. L'évolutivité de l'ordre public ne fait donc aucun doute. Deux éléments sont cependant plus en débat à l'heure actuelle et méritent qu'à ce titre on les retienne pour illustrer plus en détail ce caractère évolutif de l'ordre public. D'une part, on constate en effet une tendance forte à

²⁹⁰⁰ Bernard Audit a clairement mis en évidence le fait que l'intensité de l'ordre public est fonction de la proximité de la situation avec l'ordre juridique en cause ; B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité, Cours général*, coll. RCADI, n°305, Brill, Nijhoff, Leyde, 2003.

²⁹⁰¹ B. DUTOIT, *L'ordre public : caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse*, préc., note 2921.

²⁹⁰² Sur lequel, voy. not. l'arrêt *Marret*, GADIP n° 57.

vouloir considérer que les droits de l'homme devraient faire partie d'un ordre public universel, ou réellement international. Ces droits de l'homme seraient ainsi également le noyau dur de l'émergence d'un « ordre public européen »²⁹⁰³. D'autre part, l'on pourra se poser la question de savoir comment l'ordre public évolue afin de tenir compte non seulement des évolutions de la société interne, mais également de la « société internationale », au sens de coexistence des ordres juridiques nationaux dans un monde globalisé. Il s'agit alors de savoir comment doit évoluer l'ordre public afin de tenir compte du contexte de concurrence croissante entre ordres juridiques, et qui implique de trouver les moyens d'une nouvelle régulation juridique.

910. Concernant la question des droits de l'homme, l'expression alternative de droits « fondamentaux » laisse à penser que ceux-ci doivent naturellement relever de l'ordre public, puisque ce seraient des éléments fondamentaux de la société qui a institué l'ordre juridique. Cela est évidemment vrai, mais uniquement pour aussi longtemps que les droits de l'homme dont il s'agit sont réellement fondamentaux. Comme le dit en effet très justement Horatia Muir Watt, « rien n'est plus culturel, rien n'est plus relatif, que la représentation des droits de l'homme »²⁹⁰⁴. Et d'autres auteurs de renom ont également insisté sur le caractère contingent et relatif d'un certain nombre de valeurs pourtant déclarées fondamentales²⁹⁰⁵. L'idée très importante qu'il faut en retenir est que ce n'est pas parce qu'un droit est qualifié de droit de l'homme qu'il est nécessairement un droit fondamental devant intégrer l'ordre

²⁹⁰³ Sur cette notion, voy. not. C. PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, la Documentation française, Paris, 2001 ; J. BASEDOW, « Die Verselbstständigung des europäischen ordre public », dans Michael COESTER, Dieter MARTINY et Karl August von SACHSEN GESSAPHE (dir.), *Privatrecht in Europa : Vielfalt, Kollision, Kooperation - Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, C. H. Beck, München, 2004, spéc. p. 291-319 ; P. KINSCH, « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la Conv. EDH », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014.

²⁹⁰⁴ H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. droit* 2001.45.271-284, 275 ; en référence égal. à L. A. OBIORA, « Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses », (1998) 46-4 *The American Journal of Comparative Law* 669-682.

²⁹⁰⁵ Voy. sur cette question, p. ex. H. GAUDEMET-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général*, préc., note 2879 ; et les nombreuses contributions de Mme Gannagé : L. GANNAGE, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », (2006) 2008 *Droit international privé : travaux du Comité français de Droit international privé* 205-232 ; L. GANNAGE, « À propos de l' »absolutisme" des droits fondamentaux », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 265-284 ; L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, coll. RCADI, n°357, Brill, Nijhoff, Leyde, 2011 ; L. GANNAGE, « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », dans René SEVE et Dominique LASZLO-FENOUILLET (dir.), *La famille en mutation*, coll. Archives de philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 229-247.

public. La tendance actuelle à vouloir faire des droits de l'homme, et notamment ceux dérivés de la Conv. EDH, un ensemble de règles précises et détaillées, régissant à peu près n'importe quel aspect de la vie familiale, doit évidemment conduire à en faire une appréciation critique lorsqu'il s'agit de relations privées internationales qui mettent nos ordres juridiques au contact d'autres systèmes de valeurs. Imposer dans toute situation internationale une vision purement occidentale de la famille, sur le seul fondement des droits de l'homme, peut mener à des impasses. Et cela conduit surtout à nier tout esprit d'ouverture, pourtant contraire à l'idée même du droit international privé. Si cependant nous nous limitons à une vision stricte des droits de l'homme, en sorte que nous en faisons de vrais droits fondamentaux, alors leur respect universel s'imposera de façon évidente et inévitable. Toute la difficulté réside alors dans le fait de savoir quand un droit, considéré ici comme droit de l'homme, doit être considéré comme fondamental, ou quand l'ordre juridique qui affirme ce droit de l'homme doit être capable d'accepter une solution différente. Cela est d'autant plus important que les conflits entre droits de l'homme risquent de se multiplier si la CEDH en étend continuellement le domaine, et le rôle que jouerait alors l'ordre public aligné sur les droits de l'homme ne serait plus celui d'un frein nécessaire à l'ouverture à l'altérité, mais plutôt un moteur du repli sur soi et de la négation de la diversité culturelle.

911. Concernant la question de la transformation de l'ordre public dans un contexte de droit globalisé, il est évident que l'ordre public vise à protéger une valeur jugée fondamentale par l'ordre juridique du for. La globalisation du droit a cependant rendu nécessaire de prendre conscience des limites de l'exception d'ordre public. Une première réponse à cette globalisation a été le développement de la méthode des lois de police, dont la finalité est proche de l'ordre public, puisqu'il s'agit de la « la sauvegarde des intérêts publics [d'un pays], tels que son organisation politique, sociale ou économique »²⁹⁰⁶, mais dont le mode d'intervention diffère radicalement pour ne pas dépendre d'une appréciation au cas par cas par le juge. Qu'il s'agisse de lois de police ou de l'exception d'ordre public, la globalisation présente cependant un grave risque pour les régulations que ces deux types de techniques entendent imposer afin de protéger la cohésion de la société du for. S'il suffit en effet de simplement externaliser le contentieux, soit en recourant à des juges étrangers, soit en ayant recours à l'arbitrage, pour éviter l'application de l'ordre public ou des lois de police du for, l'on comprend bien comment la protection que ceux-ci offrent est vidée de sa substance et

quels risques cela représente pour les sociétés nationales. Le besoin renouvelé de régulation dans un contexte de concurrence croissante entre ordres juridiques a conduit à repenser alors certaines règles de conflit, de façon à intégrer la valeur fondamentale jusque-là protégée au moyen de l'exception d'ordre public ou de la méthode des lois de police. On trouve ainsi aujourd'hui de plus en plus de règles de conflit qui expriment en réalité un ordre public de proximité, dont la finalité est surtout de donner des rattachements alternatifs à une règle de conflit qui ne permet pas d'atteindre en elle-même l'objectif matériel assigné²⁹⁰⁷. Ces règles de conflit spéciales ne sont pas une limite à l'application de l'exception d'ordre public, qui peut toujours intervenir même lorsqu'une telle règle de conflit spéciale a été mise en œuvre. Elles illustrent alors à quel point l'exception d'ordre public est nécessaire comme soupape de sécurité. L'élaboration de règles spéciales peut être une concrétisation bienvenue de considérations d'ordre public. Mais la fonction de protection de cohésion de la société nationale poursuivie par l'exception d'ordre public rend nécessaire de maintenir l'outil plus vague de l'exception d'ordre public, car nul ne peut prévoir à l'avance comment la société évoluera et dans quelles configurations il peut y avoir un besoin de protection justifiant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

912. Il est donc théoriquement impossible de dire avec précision quel est le contenu de l'ordre public. Ce qu'il importe de savoir est que l'ordre public a un contenu nécessairement flou, qui est la condition de l'évolutivité de l'ordre public. En outre, l'ordre public ne doit pas être le seul moyen par lequel un ordre juridique défend ses intérêts fondamentaux, car d'autres méthodes peuvent y parvenir de façon plus efficace. L'autre question qui devient alors essentielle est celle de savoir par qui et comment le contenu de l'ordre public doit être déterminé. Cette question est d'autant plus importante que la définition de l'ordre public est toujours relative et contingente, dépendante de l'état actuel de la société, mais en même temps fondamentale, car directement liée à la cohérence même de l'ordre juridique du for. Une question d'une telle importance ne peut être confiée qu'à un organe directement investi, par l'ordre juridique du for, de la mission de la défense de la société de

²⁹⁰⁶ Art. 9 du règlement Rome I ; voy. égal. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, spéc. p. 648 et s.

²⁹⁰⁷ Les règles de conflit spécialement conçues afin de favoriser l'atteinte d'un objectif matériel spécifique, comme p. ex. en matière de protection des consommateurs ou de dommages à l'environnement, se rapprochent également très fortement de ce phénomène. Concernant l'ancien article 7 de la convention de Rome s'est également posée la question de savoir si l'existence de règles particulières protégeant notamment le salarié et le consommateur sont une cause d'exclusion de la technique des lois de police, qui jouent un rôle très proche de l'ordre public.

l'Etat du for. Dès lors, puisque l'ordre juridique qu'il s'agit de défendre est l'ordre national, c'est naturellement au juge national que revient ce rôle fondamental de définition et d'application de l'exception d'ordre public.

B Le rôle fondamental du juge national dans l'application de l'ordre public

913. Pour identifier l'autorité qui doit mettre en œuvre l'exception d'ordre public, il faut revenir vers la fonction de celle-ci. Nous avons dit qu'il s'agit de défendre l'ordre juridique en cause, et surtout à travers cet ordre juridique la société qui a institué ce dernier. Et l'on constate alors que tout ordre juridique doit nécessairement avoir des organes qui veillent au respect des normes qu'il édicte. A défaut, pour reprendre la formule de Pierre Mayer, il n'y aurait que des règles de conduites, mais qui resteraient sans grand intérêt si elles ne s'accompagnaient pas de règles de décision²⁹⁰⁸. Hart distinguerait entre règles primaires et règles secondaires²⁹⁰⁹. Or pour qu'il y ait réellement un ordre juridique, les deux types de règles doivent se combiner, ce qui signifie que chaque ordre juridique doit nécessairement prévoir des organes auxquels vont s'adresser les règles de décision, ou les règles secondaires, afin que les règles de comportement, ou règles primaires, soient pleinement efficaces. Cet organe est le juge, et ce n'est qu'à travers le juge que se concrétise réellement l'ordre juridique. Or, si le juge est un produit de l'ordre juridique, il a nécessairement pour fonction de mettre en œuvre cet ordre juridique et donc de le défendre au besoin à travers l'ordre public. Cela fait du juge l'autorité naturelle de la mise en œuvre de l'ordre public.

914. Dans le contexte d'un droit de plus en plus « supranational », il ne suffit cependant pas de dire que le juge doit intervenir, car il faut encore savoir quel juge doit intervenir, entre le juge national, européen²⁹¹⁰ ou, dans une moindre mesure, international. D'où les innombrables interrogations sur l'existence ou non d'un « ordre public

²⁹⁰⁸ P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535, spéc. p. 32 et s.

²⁹⁰⁹ H. L. A. HART, *The concept of law*, 3^e éd (éd. orig. 1961), Oxford, 2012 ; H. L. A. HART, *Le Concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, spéc. p. 103 et s. ; voy. égal. P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, préc., note 2535, spéc. p. 42 et s.

²⁹¹⁰ Et ici, la CEDH ou la Cour de justice...

européen »²⁹¹¹. A cet égard, il convient de remarquer que les sociétés ne sont pour le moment encore que nationales. On peut certes discuter de la reconnaissance d'autres ordres constitutifs de « sociétés »²⁹¹², mais cette admission éventuelle d'autres sociétés ne saurait véritablement remettre en cause la prévalence certaine de la société nationale dans l'émergence et la caractérisation d'un ordre juridique souverain. Refuser la reconnaissance de la société nationale est ainsi tout d'abord contraire à la réalité. C'est ensuite dangereux, car nier la nation signifie souvent vouloir ouvrir la porte aux communautarismes qui prendraient la place d'un sentiment d'identité nationale conçu sur le modèle d'une intégration des différences, non d'une coexistence des différences qui exalte le repli sur soi de chaque communauté. Enfin, la diversité culturelle s'exprime encore le mieux au niveau national, lequel est d'ailleurs, comme l'a rappelé le *Bundesverfassungsgericht* dans son arrêt relatif au traité de Lisbonne²⁹¹³, le seul qui permette l'expression d'un pouvoir démocratique, puisque, entre autres, c'est le seul niveau qui permet des débats qui forment une véritable opinion publique, et le seul où se développe un sentiment d'appartenance suffisamment fort pour faire accepter aux individus que des considérations d'intérêt collectif puissent primer l'intérêt individuel²⁹¹⁴. Il en découle que le niveau auquel doit s'exprimer l'ordre public est le niveau national. Et même le droit de l'Union européenne et la Conv. EDH ne remettent pas en cause cette affirmation. Les Traités relatifs à l'Union européenne prévoient en effet toujours une exception d'ordre public, qui, même si elle est strictement interprétée par la Cour de justice, laisse une marge d'appréciation aux juges nationaux et protège fondamentalement les ordres juridiques nationaux²⁹¹⁵. Soucieuse de cette idée de protection de la diversité des ordres juridiques nationaux, la même CJCE reste souvent prudente sur des questions touchant trop directement l'intérêt des sociétés

²⁹¹¹ Sur cette notion, voy. not. C. PICHERAL, *L'ordre public européen : droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, préc., note 2963 ; J. BASEDOW, *Die Verselbstständigung des europäischen ordre public*, préc., note 2963 ; P. KINSCH, *Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la ConvEDH*, préc., note 2963.

²⁹¹² Sur la notion de « société internationale », voy. not. E. TOURME-JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? : le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, Paris, 2011 ; J. CHARPENTIER, « La Communauté internationale : mythe ou réalité ? », dans Jean François AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale : mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 33-44 ; R. KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », dans Jean François AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale : mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 57-90.

²⁹¹³ *Constitutionnalité du Traité de Lisbonne (« Lissabon-Urteil »)*, [2009] BVerfGE 123, 267 (Bundesverfassungsgericht, 2. Senat (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2e chambre)). Cf. égal. *supra*.

²⁹¹⁴ *Ibid.*, par. 260. Cf. égal. *supra*.

²⁹¹⁵ Voy. not. les articles 4, para. 2 TUE, 36, 45 para. 3, 52, para. 1, 65, para. 1, lettre b), 72 et 202 TFUE. Et l'étude effectuée pour le compte de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen : B. HESS et T. PFEIFFER, *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne (IPOL-JURI_ET(2011)453189_FR)*, Bruxelles, 2011, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/studies>>.

nationales, comme le montre par exemple sa jurisprudence en matière de limitation de la libre circulation des personnes sur le fondement de l'ordre public ou l'accès aux prestations sociales pour les personnes se déplaçant au sein de l'Union européenne sans avoir une activité économique et sans bénéficier de revenus suffisants pour s'entretenir²⁹¹⁶. La Cour se contente de donner des critères d'évaluation, certes précis, mais laisse toujours le soin aux juges des Etats membres de les appliquer ensuite. De la même façon, nous avons déjà vu que la CEDH se montre également prudente sur des questions touchant trop directement le droit de la famille, quoique pas avec suffisamment de constance²⁹¹⁷. Avec l'arrêt *Johnston*, elle a refusé de consacrer un droit au divorce, tout comme elle n'a pas condamné dans l'affaire *Odièvre c. France* la pratique des accouchements sous X en France, ni l'Autriche dans l'affaire *Schalk et Kopf* au sujet de l'adoption par un couple de parents de même sexe²⁹¹⁸. Cela montre qu'il y a bien une conscience, même au niveau supranational, de l'importance primordiale qu'il y a de laisser les autorités de chaque ordre juridique déterminer pour elles-mêmes ce qui est fondamental pour cet ordre juridique et ce qui ne l'est pas. Le besoin d'éviter une paralysie de l'appareil juridique face aux changements socio-culturels requiert d'ailleurs que des autorités puissent réagir avec suffisamment de célérité à ces changements. Or ces changements se manifestent d'abord au niveau national, qui reste par conséquent le mieux placé pour suivre et tenir compte de l'évolution de la société²⁹¹⁹, ce qui implique aussi de faire évoluer la conception de l'ordre public au niveau national²⁹²⁰.

915. Il reste finalement à définir comment les autorités nationales doivent définir ce qui relève de l'ordre public et ce qui n'en relève pas. Et à cet égard il est primordial de mettre

²⁹¹⁶ Arrêt de la Cour (grande chambre), 11 novembre 2014, Affaire C-333/13, *Elisabeta Dano, Florin Dano / Jobcenter Leipzig* : « L'article 24, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres[...], lu en combinaison avec l'article 7, paragraphe 1, sous b), de celle-ci, ainsi que l'article 4 du règlement n° 883/2004, [...], doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à la réglementation d'un État membre en vertu de laquelle des ressortissants d'autres États membres sont exclus du bénéfice de certaines « prestations spéciales en espèces à caractère non contributif » au sens de l'article 70, paragraphe 2, du règlement n° 883/2004, alors que ces prestations sont garanties aux ressortissants de l'État membre d'accueil qui se trouvent dans la même situation, dans la mesure où ces ressortissants d'autres États membres ne bénéficient pas d'un droit de séjour en vertu de la directive 2004/38 dans l'État membre d'accueil. »

²⁹¹⁷ Cf. *supra*, n° 469 et s. Voy. égal. les arrêts sur la gestation pour autrui, et l'opinion dissidente dans *Vallianatos et autres c. Grèce*.

²⁹¹⁸ Sur ces arrêts, cf. *supra*, n° 478 et s.

²⁹¹⁹ Cf. *supra*, n° 529 et s.

²⁹²⁰ Et l'on pourrait naturellement ajouter ici les termes de « bonnes mœurs », qui remplit la même fonction que l'ordre public, mais ne sonne, paraît-il, pas assez bien à l'oreille ; voy. notamment D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, spéc. p. 487 et s.

l'accent sur les exigences particulières de chaque ordre juridique. Le rôle du juge est en effet très différemment apprécié selon les différents ordres juridiques et les cultures qui les sous-tendent. A un extrême les juges jouent un rôle de premier ordre sur des questions sociétales, comme aux Etats-Unis la Cour suprême²⁹²¹. Ailleurs les juges jouent un rôle important de gardien et d'incitateur, mais dans une forme quasiment de collaboration avec le pouvoir législatif²⁹²². Finalement, il y a d'autres Etats où le rôle des juges est culturellement plus limité, et où il ne devrait pas contredire, du moins dans les esprits traditionnels, le législateur²⁹²³. Il va de soi que chaque ordre juridique reste libre de déterminer quel rôle le juge peut jouer et comment il doit le faire. Le législateur, ainsi que le pouvoir constituant, doivent naturellement être les premières sources d'inspiration du juge afin de connaître l'état actuel de la société. Ils doivent déterminer également dans quelle mesure le juge devrait tenir compte de sources supranationales qui pourraient venir intégrer l'ordre public national. Mais le juge ne doit pas rester dans un rôle purement passif et statique. Il doit au contraire accompagner l'évolution de la société. Une adaptation du droit à travers l'ordre public est donc nécessaire et souhaitable, au même titre qu'une évolution du droit à travers les concepts de droits de droits fondamentaux ou de droits constitutionnels²⁹²⁴.

916. Il ressort de ces considérations générales que l'ordre public joue un rôle essentiel afin de trouver un équilibre entre respect de l'identité de l'ordre juridique interne et harmonie internationale des solutions. Cette idée est fondamentale pour le droit international privé européen de la famille. L'objectif du respect des droits de la famille nationaux impose à l'évidence de tenir pleinement compte de cette dimension sociale et nationale de l'ordre public. Mais c'est seulement si l'ordre public est utilisé sagement qu'il permettra d'aboutir à un système de droit international privé « capable de penser l'un et le multiple [et] de concevoir l'unité du multiple et la multiplicité de l'un [afin d'éviter] l'unité qui homogénéise ou les multiplicités qui se referment en elles-mêmes »²⁹²⁵. La transposition des exigences qui vont de pair avec la dimension nationale de l'ordre public au système de droit international privé

²⁹²¹ Voy. not. E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Paris, 2010.

²⁹²² Comme p. ex. en Allemagne ; voy. sur ce point Pierre BON et Didier MAUS (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008.

²⁹²³ Et l'on songe ici surtout à l'exemple britannique, plus qu'à l'exemple français dont l'équilibre institutionnel a été profondément modifié par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

²⁹²⁴ Qui constituent d'autres outils de remise en cause du droit existant, à la différence de la notion de « droits de l'homme », qui devrait rester réservée à des droits tellement importants qu'ils doivent rester à l'abri des évolutions sociétales ; sur ce point, cf. égal. *supra*.

de l'Union européenne est dès lors malaisée, en raison du conflit entre intérêts de l'ordre juridique européen et ordre juridique national concerné que l'ordre public fait apparaître.

Section 2 La difficile transposition des exigences inhérentes à l'exception d'ordre public au contexte européen

917. L'objectif d'unité du statut familial impose de garantir dans toute la mesure du possible la continuité de traitement des situations familiales au sein de l'ensemble de l'Union européenne. Cet objectif se réalise par un système de droit international privé européen coordonnant les divers ordres juridiques nationaux. L'exception d'ordre public contrarie à l'évidence un tel objectif et est un frein sérieux à la coordination au niveau européen. Pourtant la protection de l'antériorité de l'ordre juridique national est non seulement théoriquement imposée par les fondements généraux du droit international privé, mais également consacrée par les traités constitutifs de l'Union européenne et, à ce titre, un fondement politique du droit international privé européen de la famille. L'ordre public dans le cadre du droit international privé européen de la famille soulève dès lors la délicate question de l'équilibre entre protection de l'antériorité nationale et coordination européenne.

918. Le droit international privé européen de la famille vise à régler de façon harmonieuse les situations familiales internationales. L'exception d'ordre public étant un obstacle à l'harmonie internationale des solutions, il semble logique que le droit de l'Union européenne veuille en limiter l'importance. Pourtant l'exception d'ordre public est également un moyen indispensable pour les ordres juridiques de faire respecter leurs valeurs fondamentales. Lorsqu'un tel conflit entre objectifs européens et nationaux surgit, il devient impossible d'atteindre les deux. L'intervention de l'exception d'ordre public empêchant la coordination par le refus d'appliquer la loi étrangère ou de reconnaître la situation étrangère, il est alors impossible d'atteindre l'unité du statut familial (I). Cette impossibilité est cependant regrettable pour les personnes concernées par de telles hypothèses d'absence de coordination, tout comme un recours trop étendu de la part des autorités nationales à l'exception d'ordre public présente le risque de priver d'utilité réelle les règles européennes. Il est donc nécessaire de tenir compte de la gravité de l'intervention de l'exception d'ordre public et d'encadrer le

²⁹²⁵ E. MORIN, « Entretien avec Edgar Morin : pour une politique de civilisation », *Label France, le magazine (Ministère des Affaires étrangères)* 1997.28.

recours à cette technique au niveau européen pour pallier autant que possible le défaut de coordination inhérent à sa mise en œuvre, même si cet encadrement doit évidemment tenir compte des fondements de la notion d'ordre public (II).

I L'impossible unité du statut familial en cas d'impossibilité de la coordination

919. Le risque principal de l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille réside dans la multiplication des points de friction entre intérêts de l'ordre juridique de l'Union européenne et intérêts des ordres juridiques nationaux. Ces frictions ne résultent pas d'une simple incompatibilité du droit national avec le droit de l'Union européenne²⁹²⁶. Dans la mesure où les Etats membres se sont engagés à respecter le droit de l'Union européenne, ce respect entraîne en effet un abandon de souveraineté et donc un alignement des conceptions matérielles nationales sur les conceptions matérielles européennes adoptées en commun. Les frictions résultent plutôt de l'enchevêtrement des ordres juridiques dans les hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre de règles relevant de la compétence de l'un de ses ordres a des conséquences sur la mise en œuvre de règles relevant de la sphère de compétence de l'autre. Il s'agit là d'hypothèses de « conflit diagonal »²⁹²⁷. En droit international privé européen de la famille, on rencontre potentiellement deux conflits diagonaux²⁹²⁸, l'un entre la conception matérielle européenne et la règle de conflit de lois nationale, l'autre entre la conception matérielle nationale et la règle de conflit de lois européenne. L'importance de l'élaboration d'un système coordonnant les intérêts de l'ordre juridique de l'Union européenne avec les intérêts des ordres juridiques nationaux est particulièrement grande face à ces hypothèses de conflit diagonal résultant de l'opposition entre une règle de conflit européenne et un principe de droit matériel national²⁹²⁹. Ces conflits

²⁹²⁶ Un tel conflit pourrait être résolu assez aisément par le recours à la hiérarchie des normes et ne soulève pas de vraies particularités pour le droit international privé. S'il y a une règle de conflit européenne, elle se substitue nécessairement à la règle de conflit nationale.

²⁹²⁷ Sur ce concept, voy. not. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préc., note 103, spéc. p. 103 et s.

²⁹²⁸ Les conflits entre règle de conflit européenne et règle de conflit nationale, ou conception matérielle européenne et conception matérielle nationale, se résolvant toujours et sans trop de difficulté au profit des premières, en raison du principe de primauté du droit de l'Union.

²⁹²⁹ Et même si le conflit entre un principe matériel de l'Union européenne et une règle de conflit nationale est également très important. Sur ce point, voy. not. *Garcia Avello*). Sur la notion de conflit diagonal, voy. not. J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010, spéc. p. 117 et pages 119 à 204.

normatifs ne peuvent être résolus ni par le recours à la hiérarchie des normes²⁹³⁰, ni par le recours à des techniques de répartition des compétences²⁹³¹. Dans le cadre du droit international privé européen de la famille, il apparaît cependant clairement que l'hypothèse d'un conflit entre objectifs matériels nationaux et objectifs conflictuels européens se résout à l'avantage des premiers (A). Il en résulte un défaut de coordination qui compromet la réalisation de l'ensemble des objectifs du droit international privé européen de la famille, car il s'oppose à la libre circulation au sein de l'ensemble de l'Union d'une situation familiale unique. Lorsqu'un Etat membre fait intervenir l'exception d'ordre public, la situation ainsi créée ne doit en effet pas avoir vocation à circuler au sein de l'ensemble de l'Union européenne (B).

A La prévalence des objectifs matériels nationaux en cas de conflit avec les objectifs conflictuels européens

920. On peut partir ici de l'idée que quand l'objectif du droit international privé est la coordination, il faut se doter d'une règle de conflit bilatérale²⁹³², tandis que quand l'objectif est la défense de l'ordre juridique interne, il faut une règle d'antériorité²⁹³³. Car il reste alors la question de savoir quand il faut faire prévaloir l'objectif de coordination et

²⁹³⁰ Voy. sur les difficultés de coordination de la hiérarchie des normes et des méthodes du droit international privé et les conflits de conventions internationales, not. L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°353, LGDJ, Paris, 2001 ; et C. BRIERE, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Paris, 2001.

²⁹³¹ Nous n'analyserons pas ce conflit comme un conflit de compétence, qui ne constitue pas la question principale, puisque les Etats membres doivent de toute façon toujours exercer leur compétence propre en respectant les exigences du droit de l'Union européenne. La question la plus importante est celle de savoir comment il faut résoudre ces conflits diagonaux, non pas compte tenu de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, mais compte tenu des exigences du système de droit international privé de la famille mis en place, c'est-à-dire finalement, compte tenu de la meilleure justice rendue aux justiciables. Le débat en termes de compétences a en outre un autre inconvénient irréductible : s'il permet de soulever les difficultés, il n'est pas du tout en mesure de les résoudre. Dire que l'Union européenne dispose de la compétence en matière de droit international privé, et les Etats membres en matière de droit substantiel, ne dit rien sur la façon dont ces deux compétences doivent être exercées en vue de ne pas vider de son effectivité l'autre compétence. Si l'Union européenne doit respecter les ordres juridiques nationaux, ce n'est pas parce qu'il faut respecter la compétence des autorités nationales, mais parce que le droit de l'Union européenne limite l'exercice de la compétence de l'Union européenne par les objectifs que l'Union européenne doit chercher à réaliser. Il en va de même pour les autorités nationales : les limites à l'exercice de leur compétence ne sont pas celles dictées par les exigences propres à l'exercice de la compétence de droit international privé par l'Union européenne (vu que la compétence n'est pas directement concurrente, car elle ne porte pas sur le même type de règles), mais résultent des objectifs poursuivis par le droit européen, qui ne doivent pas être remis en cause par l'action des Etats membres. Mais un encadrement de l'exercice de la compétence est différent de la remise en cause de l'attribution de la compétence elle-même.

²⁹³² Qui peut et doit donc aussi prendre en considération la volonté d'application de l'ordre juridique étranger.

quand l'objectif d'antériorité. Traditionnellement, le réflexe du droit de l'Union serait de dire que la primauté du droit européen tranche ce conflit. Et il ne fait d'ailleurs aucun doute que le droit international privé européen de la famille prévaudra sur les règles nationales de droit international privé qui continueraient d'exister. Mais, hormis le fait que l'Union européenne est loin d'avoir épuisé, voire de pouvoir épuiser²⁹³⁴, sa compétence en matière de droit international privé de la famille, la primauté du droit de l'Union est d'une utilité inexistante lorsqu'il s'agit de départager deux principes qui sont tous les deux consacrés par le droit de l'Union²⁹³⁵. Or c'est précisément le cas avec le droit international privé européen de la

²⁹³³ C'est-à-dire en principe une règle de conflit unilatérale.

²⁹³⁴ En raison des difficultés politiques de trouver des accords au niveau européen.

²⁹³⁵ Le recours au concept de primauté du droit de l'Union est d'autant plus inapproprié qu'en matière de droit international privé, l'intervention de la Cour de justice sur le fondement des traités s'est généralement faite de façon plutôt hasardeuse. Une première question est celle de savoir si une règle de conflit nationale peut être contraire à une règle matérielle de droit de l'Union européenne, auquel cas il conviendrait d'écarter ou de corriger la règle de conflit nationale. La Cour de justice n'a eu aucun scrupule à contrôler la conformité d'une règle de conflit nationale aux principes du droit de l'Union. En témoigne l'arrêt *Garcia Avello*, précité, constamment confirmé depuis. Mais même si elle semble ignorer les conséquences de ses décisions sur le droit international privé, il n'en reste pas moins que la Cour de justice reste fidèle à la logique du droit de l'Union. Si celui-ci impose en effet dans une situation donnée l'obtention d'un certain résultat, alors le droit international privé ne doit pas être un moyen pour contourner la règle européenne et obtenir un résultat différent. La difficulté est seulement de déterminer quel est précisément l'objectif matériel poursuivi par l'ordre juridique de l'Union et dans quelles situations il s'impose. Et c'est sur ces points que les solutions de la Cour de justice sont pour le moins inquiétantes. L'arrêt *Garcia Avello* illustre en effet une tendance à construire de façon maladroite la citoyenneté européenne autour de la reconnaissance de certains droits individuels, sans se préoccuper des considérations conflictuelles. L'arrêt *Ingmar* a déjà fait craindre une vocation générale du droit matériel de l'Union européenne à s'appliquer à toutes les situations internationales se rattachant de quelque manière que ce soit à l'ordre européen, crainte qui est plus justifiée encore si l'on rattache tout le système européen de droit international privé à la question du respect des droits fondamentaux. L'on a pu parler face à l'incohérence de ces solutions de « non-droit international privé » (J. D. GONZALES CAMPOS, *La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé*, préc., note 2691). Il y a là donc un risque considérable d'insécurité juridique. Rien ne s'oppose en effet dans un tel système à ce qu'une règle de conflit de lois nationale, même en matière de droit de la famille, vienne heurter aux yeux de la Cour de justice un « droit fondamental européen », tel le droit au respect de la vie privée, et soit de ce fait déclarée contraire au droit de l'Union. Selon le raisonnement de la Cour, il faudrait alors écarter la règle de conflit de lois et lui substituer un règlement direct du litige permettant simplement d'atteindre le but poursuivi par la Cour de justice, sans que l'on sache précisément selon quelle méthode on doit procéder. Cette solution est au plus haut point critiquable, et il faut espérer que la Cour de justice se rendra compte qu'un système de droit international privé ne peut se construire d'une telle façon, mais que la construction du droit international privé européen de la famille doit se faire à un niveau plus global et de façon plus systématique. En dehors de l'incohérence intrinsèque de cette solution, qui ne parvient pas à permettre l'élaboration d'un système suffisamment structuré et articulé, il y a lieu de relever qu'une telle approche porte gravement atteinte aux ordres juridiques nationaux. Le droit international privé, surtout en matière de droit de la famille, est révélateur en effet d'une certaine conception de la matière, laquelle varie d'un ordre juridique à l'autre en fonction de la culture et la tradition de chaque pays. Essayer de construire un système concurrent fondé sur des notions « passe partout » comme les droits fondamentaux ou les libertés de circulation offertes par le droit de l'Union européenne et l'imposer ensuite aux ordres juridiques nationaux en dehors de toute recherche de systématisation cohérente serait un procédé préjudiciable non seulement aux particularismes nationaux, mais préjudiciable également et surtout aux intérêts des justiciables privés. Car la solution à leur litige ne se trouverait plus dans un ordre juridique complet et logique, fruit d'une histoire et d'une tradition, mais serait tributaire de l'appréciation de la conformité de leur situation à un certain nombre de notions vagues et floues, opérée par un ordre juridique supérieur qui peut paraître très éloigné.

famille, qui consacre aussi bien l'objectif de coordination, à travers l'objectif d'unité du statut familial, que l'objectif d'antériorité, à travers l'objectif de diversité des statuts familiaux.

921. Les exigences de l'ordre public permettent alors de saisir tout le poids qui doit être reconnu aux considérations d'antériorité. L'antériorité de l'ordre juridique interne se fonde en effet sur la considération que les solutions de la loi du for sont celles qui correspondent *a priori* le mieux aux aspirations et préoccupations de la société au service de laquelle se met le système judiciaire. La remise en cause éventuelle de cette antériorité par le jeu de la primauté du droit européen doit donc être écartée face aux exigences du droit international privé européen de la famille, puisque celles-ci intègrent justement l'objectif de la défense des ordres juridiques nationaux. Ce droit européen doit donc être conçu et appliqué en respectant ce lien nécessaire entre le juge et la société au nom de laquelle il statue, et rien ne l'illustre mieux que l'exception d'ordre public. Précisons en outre que si l'Union européenne adopte un système de droit international privé de la famille complet, respectueux de la dimension nationale du droit de la famille, l'hypothèse du conflit diagonal résultant de l'articulation des normes matérielles européennes avec une règle de conflit nationale ne se posera plus du tout dans les mêmes termes. La règle de conflit de lois serait en effet de source européenne, et une simple règle matérielle, voire un principe matériel, de droit européen ne pourra plus venir en contrarier l'application normale. L'articulation se ferait à un même niveau, c'est-à-dire au niveau de l'ordre juridique de l'Union européenne, ce qui est préférable, mais ce qui confère également une portée d'autant plus grande à la solution retenue. C'est pour cela que les objectifs du système européen doivent être pleinement respectés, avec une prévalence accordée à l'objectif de protection des ordres juridiques nationaux, laquelle implique l'effacement matériel du droit de l'Union européenne.

922. Les exigences propres à la dimension nationale de l'ordre public en matière de droit international privé de la famille mettent en exergue la nécessité de repenser le droit de l'Union européenne face aux enjeux du droit de la famille de l'Union européenne. Nous avons déjà pu voir que la justification du droit de la famille de l'Union européenne réside dans un dépassement des objectifs traditionnels de l'Union européenne. Il n'est que logique que les objectifs nouveaux inhérents au droit de la famille de l'Union européenne appellent aussi des solutions nouvelles par rapport à celles utilisées pour répondre aux objectifs traditionnels de l'Union européenne. Si l'on estime que l'état actuel de la construction de l'Europe politique exige, ou devrait exiger, de la part des Etats membres de respecter l'unité du statut familial,

on dit aussi que l'Union européenne doit adopter ses propres règles de droit international privé quant à la détermination de la loi applicable au statut familial des citoyens européens. L'absence de compétence matérielle interdit en effet radicalement à l'Union européenne d'élaborer son propre « statut familial européen », ou, autrement dit, d'adopter un droit de la famille européen matériel. Dès lors, l'Union européenne doit bien élaborer un système de droit international privé, la question étant de savoir lequel, et avec quelles implications et inspirations matérielles. Le recours à la méthode de la reconnaissance, prétendument détachée de la nécessité d'un système de droit international privé propre à l'Union européenne, n'est d'aucun secours, puisque nous avons vu que la méthode de la reconnaissance est aussi une méthode de détermination de la loi applicable, donc une des règles de conflit de lois. L'objectif du respect de la diversité des droits de la famille nationaux a alors pour conséquence que ce système de droit international privé européen de la famille doit être conçu autour d'une neutralité aussi grande que possible. L'avantage énorme de cette acception d'une dimension nouvelle du droit de l'Union européenne est qu'elle rend conceptuellement impossible d'avoir un conflit diagonal en matière de droit de la famille entre un principe matériel de l'Union européenne, fût-il celui de la libre circulation des citoyens, et une règle de conflit nationale. La conséquence de la dimension familiale prise par l'Union européenne est la nécessité d'un droit international privé de la famille européen. Le conflit qui peut surgir entre la conception matérielle européenne et le droit international privé est donc un conflit qui oppose la conception matérielle européenne avec une règle de conflit de source également européenne. La coordination doit dès lors se faire d'abord au niveau de l'Union européenne, pour savoir quel(s) système(s) de droit international privé sont en mesure de répondre efficacement aux objectifs matériels poursuivis par l'Union européenne. Si un conflit peut ensuite surgir, celui-ci ne peut résulter que du fait que la règle nationale ne respectait pas la règle de conflit européenne.

923. On peut dès lors écarter les hypothèses de conflit diagonal dans le cas d'une divergence entre conception matérielle européenne et règle de conflit nationale. Ce type de conflit diagonal ne peut surgir qu'en raison d'une lecture erronée et raccourcie des conséquences des objectifs politiques poursuivis par l'Union européenne en matière familiale. Dire que l'Union européenne doit élaborer un droit de la famille européen ne signifie pas simplement qu'elle peut remettre en cause les systèmes nationaux de droit international privé, mais signifie que l'Union européenne doit élaborer un système européen de droit international privé, qui doit ensuite de façon évidente être respecté par les Etats membres. L'Union

européenne ne peut donc pas se contenter de condamner les droits internationaux privés nationaux lorsque ceux-ci ne respectent pas les objectifs poursuivis par l'Union européenne en matière familiale. Il serait d'ailleurs bien difficile de dire quels sont ces objectifs en matière familiale, contrairement au domaine économique où des consensus sont possibles. L'objectif européen en matière familiale est celui de l'existence d'un droit international privé commun, et non la réalisation de certains objectifs matériels communément partagés. Les conséquences de la précision de la nécessité conceptuelle d'un système européen de droit international privé sont loin d'être anecdotiques. La conception du droit de la famille de l'Union européenne s'en trouve en effet radicalement modifiée, puisque la découverte d'un système de droit international privé, qui peut rendre nécessaire le partage de certaines valeurs communes, est très différente de la poursuite de certains objectifs matériels, et pour la réalisation desquels le recours au droit international privé peut être un moyen efficace. La nécessité de la différenciation du droit de la famille avec les considérations économiques et les raisonnements traditionnels du droit de l'Union est clairement soulignée par cette impossibilité des conflits diagonaux entre conception matérielle européenne et règle de conflit nationale.

924. En raison de la dimension fondamentale de l'ordre public, la question de l'équilibre entre l'objectif de coordination et l'objectif d'antériorité doit donc être tranchée *in fine* par l'ordre juridique national. Mais celui-ci n'en doit pas moins justifier son intervention au regard de certaines exigences posées par le droit de l'Union²⁹³⁶, y compris par les liens entretenus entre la situation familiale et son ordre juridique²⁹³⁷. Il importe cependant de comprendre que lorsqu'il intervient pour protéger l'antériorité de son ordre juridique interne, l'ordre juridique national crée ou consacre une situation familiale qui ne peut pas se revendiquer d'un titre d'application aussi fort que si l'intervention avait été fondée sur l'objectif de coordination. Ce dont il faut déduire des conséquences importantes sur la prétention à la libre circulation de cette situation familiale au sein de l'Union européenne.

²⁹³⁶ Comme nous le verrons ; cf. *infra*, n° 931 et s.

²⁹³⁷ Ce qui renvoie dès lors à une certaine idée de proportionnalité ou d'effectivité. L'intervention de l'exception d'ordre public est ainsi d'autant moins justifiée que la situation est conforme au rattachement principal concerné, ou que l'ordre juridique qui fait intervenir cette exception est éloigné de cette situation. Sur la notion de proportionnalité, voy. not. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, préc., note 2643.

B L'absence de prétention à la circulation de la situation résultant de l'application de l'exception d'ordre public

925. L'absence de prétention à la circulation internationale de la situation familiale consacrée en application de considérations d'ordre public a déjà été exprimée en des termes particulièrement claires par Martin, lorsqu'il précisait que « quand le juge d'un pays, saisi d'un rapport de droit auquel il devrait normalement appliquer la loi étrangère, écarte cette loi pour des raisons d'ordre public international, et lui substitue les dispositions correspondantes de la sienne propre, cette substitution n'a de valeur que sur le territoire de l'Etat au nom duquel il rend la justice. Sur le territoire d'un autre Etat, pour le juge d'un autre Etat, la loi normalement compétente pourra très bien reprendre son empire, à supposer que le rapport de droit litigieux se trouve de nouveau soumis, sous une forme quelconque, au juge de ce nouvel Etat »²⁹³⁸. C'est cette idée forte qu'il convient d'adapter au contexte du droit international privé européen de la famille. Cela implique de comprendre que « la condition traditionnelle de conformité à l'ordre public exprime parfaitement la nécessité, en ce qui concerne le rapport de droit affecté par le jugement étranger, de se résigner au défaut d'harmonie abstraite des systèmes juridiques des Etats et d'apprécier *in concreto* le caractère choquant ou tolérable des solutions étrangères de compétence, de procédure et de fond »²⁹³⁹.

926. Pour le droit international privé européen de la famille, cela signifie qu'il faut introduire une distinction importante entre les situations familiales créées en raison du lien de rattachement existant entre la situation et l'ordre juridique dont la loi a été appliquée et celles qui sont créées en raison du fait que l'ordre public national d'un Etat membre est intervenu, le cas échéant également en raison de critères de rattachement, mais unilatéralement fixés par cet ordre juridique et généralement moins fort que ceux de la règle de conflit européenne. Seules les situations familiales consacrées dans le cadre du fonctionnement normal du système européen doivent ainsi avoir vocation à circuler au sein de l'Union européenne. Les secondes doivent rester limitées à celui ou ceux des Etats dont l'ordre public impose une telle exception au jeu normal du droit international privé européen de la famille. La justification en est simple. Seules les premières situations sont créées en application des principes de coordination inhérents au droit international privé européen de la famille, fondés sur une

²⁹³⁸ E. BARTIN, *Etudes de droit international privé*, préc., note 143, spéc. p. 277.

²⁹³⁹ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, préc., note 2531, spéc. p. 408.

articulation efficace entre conflit de lois et conflit de juridictions. Les autres situations sont créées sur le fondement de l'antériorité de l'ordre juridique national, qui fait partie des objectifs du droit international privé européen de la famille, mais qui ne permet alors pas la coordination, condition de la libre circulation des situations familiales, décisions y comprises, au sein de l'Union européenne.

927. On ne trouve pas une telle distinction dans le droit international privé européen de la famille actuel, et c'est là une grave cause de déséquilibre notamment en ce qui concerne la reconnaissance des décisions. Le règlement Bruxelles II *bis* en est une illustration particulièrement regrettable, mais l'on retrouve la même solution dans les autres règlements prévoyant un régime facilité de reconnaissance des décisions au sein de l'Union. Ainsi, si un juge national rend une décision sur le fondement de son ordre public, et donc en mettant à l'écart le jeu normal des règles de droit international privé de l'Union européenne, sa décision n'en a pas moins la même vocation à circuler librement. Cette solution n'est évidemment pas tenable. Face à l'état actuel des règlements de l'Union, le seul encadrement serait de considérer que le fait que la décision a été prise en ayant eu recours à l'ordre public est un motif justifiant un recours plus large à l'exception d'ordre public pour s'opposer à la reconnaissance et l'exécution de cette décision dans les autres Etats membres. Mais c'est là une limitation à la fois trop incertaine et trop limitée de la vocation à la circulation européenne de la situation ainsi consacrée.

928. Un exemple fictif de mariage entre personnes de même sexe permet d'étayer ces propos. La célébration d'un mariage entre deux Polonais résidant habituellement en France doit être possible, car l'Union européenne ne peut pas interdire au législateur français de déterminer les conditions de célébration et de validité du mariage, *a fortiori* s'il y a un lien suffisamment fort avec la France, ici la résidence habituelle des deux époux en France. En même temps, il y a une compétence des tribunaux polonais pour se prononcer sur la dissolution de ce mariage, y compris son annulation²⁹⁴⁰. Or l'Union européenne ne peut pas non plus imposer à la Pologne de reconnaître une telle union, *a fortiori* pour des époux se rattachant de façon étroite à l'ordre juridique polonais, ici par la nationalité polonaise. Le mariage serait donc sans doute annulé en Pologne. Faut-il alors reconnaître cette annulation en France ? Le règlement Bruxelles II *bis* impose une telle reconnaissance. Il le fait même

²⁹⁴⁰ En vertu du règlement Bruxelles II *bis*.

avec une obligation particulière de reconnaissance, fondée sur l'article 25 selon lequel « la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ». Il semble évident que nonobstant cette dernière limitation prévue par le règlement Bruxelles II *bis*, le juge français pourra refuser de reconnaître l'annulation du mariage en Pologne en invoquant l'ordre public international français, qui intègre désormais la possibilité pour deux personnes de même sexe de se marier²⁹⁴¹. Mais quid alors des autres Etats membres de l'Union européenne, qui seraient face à deux décisions contradictoires, l'une d'après laquelle le mariage serait valable, l'autre d'après laquelle il ne le serait pas ? Il y a ici un besoin de localiser la situation pour savoir quel ordre juridique doit consacrer la situation ayant vocation à circuler. En aucun cas cet ordre juridique ne peut être déterminé qu'en suivant un alignement sur les critères de compétence juridictionnels, qui doivent rester ouverts et ne permettent ainsi pas la désignation d'un ordre juridique unique. C'est dès lors bien l'intervention d'une règle de conflit de lois qui est nécessaire pour départager le conflit, tout en sachant que la solution peut avoir vocation à circuler parmi les autres Etats membres de l'Union européenne, mais ne saurait en aucun cas être imposée sur ce même fondement aux Etats dont l'ordre public est heurté par la reconnaissance ou la non-reconnaissance de la situation.

929. Cette idée de nécessaire localisation conditionnant la vocation à la circulation européenne de la situation familiale est fondamentale pour comprendre l'équilibre du système de droit international privé européen de la famille. Puisque le droit de l'Union européenne impose aussi le respect de la diversité nationale, il ne saurait interdire à un Etat membre d'appliquer ses concepts de droit de la famille lorsque la situation se rattache suffisamment à celui-ci d'après ses propres conceptions nationales de ce qui constitue un rattachement suffisant. Mais le droit de l'Union européenne ne peut pas non plus imposer, ni permettre, la circulation européenne d'une situation si l'ordre juridique qui est intervenu n'était pas habilité de le faire d'après les conceptions européennes de ce qui constitue un rattachement suffisant. Dans ce cas-là, comme conséquence inéluctable de l'intervention de l'ordre public national, la circulation de la situation familiale sera perturbée. L'objectif d'unité du statut familial impose en effet de réserver la circulation européenne aux relations familiales consacrées par des ordres juridiques suffisamment proches du point de vue du droit européen. Ces ordres

²⁹⁴¹ Voy. not. l'arrêt du 28 janvier 2015, Civ 1^{re} (n° 13-50.059).

juridiques proches peuvent bien sûr s'aligner sur la position de l'ordre juridique qui a fait intervenir son ordre public, conférant ainsi une vocation à la circulation européenne à la situation ainsi consacrée. Mais c'est alors toujours le point de vue concret de l'ordre juridique le plus proche qui est ce qui justifie cette vocation à la circulation.

930. L'exception d'ordre public ne doit donc pas pouvoir intervenir dans une situation qui ne se rattache pas un minimum avec l'ordre juridique qui la fait l'intervenir. Et surtout l'intervention de l'exception d'ordre public ne doit pas justifier une prétention à la circulation, sauf si elle émane d'un ordre juridique particulièrement proche de la situation. Les ordres juridiques nationaux déterminent alors les conditions de proximité nécessaires pour faire intervenir l'exception d'ordre public, tandis que l'ordre juridique européen détermine les conditions de proximité nécessaires pour bénéficier du régime européen de libre circulation. Chaque ordre juridique reste pour ainsi dire « maître chez lui ». Sauf que cela conduit en pratique à d'évidentes impasses dont le caractère hautement préjudiciable pour les intérêts des personnes concernées par de tels conflits entre ordres juridiques est évident. Il serait difficile en effet de soutenir qu'une situation familiale boiteuse est dans l'intérêt de la famille concernée. Le caractère inextricable de ce genre de situations montre ainsi à quel point il est important d'envisager la possibilité d'une régulation de l'exception d'ordre public elle-même, afin d'accroître autant que possible la cohérence du système européen de droit international privé de la famille, jusque dans les hypothèses de conflits entre ordres juridiques nationaux et ordre juridique européen.

II Le besoin d'une régulation européenne de l'exception d'ordre public

931. L'exception d'ordre public représente une menace évidente pour la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial, ce d'autant plus qu'elle s'accompagne de la tendance des juges d'appliquer sur le fondement de l'ordre public la loi du for, tendance qui appartient « aux phénomènes les plus regrettables du droit international privé, car elle signifie la survivance des "conflits de lois", avec tous ses dégâts et errements, sur un terrain qui était déjà préparé pour l'"harmonie des lois", idéal et objectif de tout le droit international privé »²⁹⁴². Face au potentiel de l'exception d'ordre public de vider de sa substance tout le

²⁹⁴² « [Sie gehören] zu den allerbedauerlichsten Erscheinungen auf unserem Gebiete. Denn sie bedeuten die Fortdauer der "Gesetzeskollision" mit all ihren Schäden und Verwirrungen auf einem Boden, welcher schon für

droit international privé de la famille de l'Union européenne, il paraît inconcevable de ne pas encadrer cette exception. On est en effet dans une hypothèse topique de conflit diagonal. L'appréciation de l'ordre public relève de la compétence des autorités nationales, tandis que l'objectif d'unité du statut familial confère une compétence à l'Union européenne pour intervenir en matière de droit international privé de la famille. Il faut alors transposer à cette matière le raisonnement classique de droit européen, d'après lequel les Etats membres doivent toujours respecter le droit de l'Union européenne dans l'exercice de leurs compétences nationales.

932. Il s'agit ici d'un conflit diagonal qui oppose une règle de conflit de lois de l'Union européenne et une conception matérielle nationale, exception d'ordre public ou loi de police, qui vient en contrarier l'application²⁹⁴³. Cette hypothèse, qui a vocation à se développer²⁹⁴⁴, est particulièrement intéressante d'un point de vue théorique. Il faut alors savoir quelle règle doit être appliquée par le juge national. En faveur de l'application de la règle nationale plaident, d'une part, l'argument tiré de l'antériorité de l'ordre juridique interne, d'autre part, celui tiré du fait que les textes de l'Union européenne réservent presque toujours au moins l'exception d'ordre public²⁹⁴⁵. Et à première vue cette solution paraît plus logique. Quelle conséquence doit-on en effet tirer du fait que la règle de conflit de lois est de source européenne ou internationale sur le jeu de l'exception d'ordre public ou les lois de police ? Traditionnellement on applique ces méthodes, concurrentes ou complémentaires de la règle de conflit de lois, de la même manière à l'égard d'une règle de conflit nationale ou internationale. La nécessité de défense de l'ordre juridique national qui commande toujours la mise en cause de ces mécanismes est en effet tout aussi présente pour une règle de conflit internationale que nationale. Logiquement le juge national garde donc le contrôle sur l'application de ces mécanismes quelle que soit la source de la règle de conflit, car il n'est jamais déchargé de son office de défense des intérêts « sociaux, politiques ou économiques cruciaux pour l'organisation de son pays »²⁹⁴⁶.

das Ideal und Ziel alles internationalen Privatrechts, die "Gesetzesharmonie", gegeben war » ; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, préc., note 2915, spéc. p. 248. C'est nous qui traduisons.

²⁹⁴³ L'autre type de conflit diagonal étant l'opposition entre un principe matériel européen et une règle de conflit nationale.

²⁹⁴⁴ En raison de la multiplication des règles de conflit d'origine européenne dans de nombreuses matières.

²⁹⁴⁵ Voy. p. ex. l'article 22 du règlement Bruxelles II *bis* et l'article 12 du règlement Rome III. Les hypothèses dans lesquelles l'exception d'ordre public n'est pas prévue sont extrêmement rares ; cf. *supra*, n° 511 et s.

²⁹⁴⁶ Voy. la définition donnée par P. FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Comité fr. dr. int. pri.*, 1966-69, p. 165 ; aussi l'arrêt *Arblade* de la Cour de justice du 23 novembre 1999, C-369/96, *Revue critique DIP*, 2000, p. 710 et s., note M. FALLON, et désormais les règlements Rome I et Rome II.

933. Mais en matière de droit de l'Union européenne, la situation n'est plus la même. La règle de conflit y joue un rôle plus important que dans le cadre de relations simplement internationales, où elle se contente d'assurer une certaine coordination entre ordres juridiques distincts afin d'avoir une meilleure harmonie internationale des situations. A l'intérieur de l'ordre juridique de l'Union, la règle de conflit devient un instrument au service des objectifs propres de cet ordre juridique européen. Le mécanisme contrariant l'application d'une telle règle européenne²⁹⁴⁷, fût-il prévu expressément par le droit de l'Union, ne relève donc plus de la seule appréciation des juges nationaux, car il faut à chaque fois s'assurer que les objectifs propres de l'ordre juridique de l'Union sont également respectés²⁹⁴⁸. La règle de conflit étant toujours aussi une règle exprimant certains objectifs de politique juridique, l'on pourrait simplement penser que les objectifs de politique juridique qui soutiennent la règle matérielle nationale ne doivent pas venir contrarier ceux exprimés par la règle de rang hiérarchique supérieur²⁹⁴⁹.

934. Le conflit diagonal n'est cependant pas résolu par l'application de la hiérarchie des normes qui impliquerait la supériorité de la norme européenne. Le droit international privé de l'Union européenne a en effet bien conscience de la nécessité de respecter la dimension fondamentale du principe d'antériorité de l'ordre juridique national, qui implique la possibilité de la protection de certaines valeurs matérielles essentielles de l'ordre juridique du for, c'est-à-dire des ordres juridiques des Etats membres. La possibilité du recours à l'exception d'ordre public est donc protégée aussi par le droit international privé de l'Union européenne. Mais la source européenne de cette règle a une conséquence importante sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public au niveau national. Elle confère en effet un droit de regard au droit de l'Union, et plus particulièrement à la Cour de justice, afin de contrôler la mise en œuvre de cette exception par le juge national. Autrement dit, l'ordre européen donnera des lignes directrices aux ordres juridiques nationaux quant à la possible application de l'exception d'ordre public, à travers une règle soit restrictive, soit permissive. Les ordres

²⁹⁴⁷ Qu'il s'agisse d'une loi de police ou d'une application de l'exception d'ordre public.

²⁹⁴⁸ Voy. égal. la remarque de MM. Mayer et Heuzé : « Pour qu'il soit permis de considérer que l'application d'une loi de police constitue une entrave aux libertés communautaires, il faudrait que la règle de conflit dont elle contrarie le jeu, et qui désigne la loi fixant les conditions dans lesquelles ces libertés s'exercent, fût elle-même imposée par le droit communautaire » ; P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, préc., note 2264, spéc. p. 103 ; Et dans le même sens : J. BASEDOW, *Die Verselbstständigung des europäischen ordre public*, préc., note 2963.

²⁹⁴⁹ En cela, le conflit entre règle de conflit européenne et règle matérielle nationale n'est plus vraiment un conflit diagonal, à l'instar de l'absence de conflit diagonal concernant le conflit entre conception matérielle européenne et règle de conflit nationale.

juridiques nationaux n'ont plus le contrôle complet de l'application des mécanismes relevant de la protection de leur ordre public, pourtant essentiels à la préservation de l'intégrité de la société du for. L'arrêt *Krombach*²⁹⁵⁰ illustre cette tendance en matière de reconnaissance des décisions, puisque la Cour se montre dans un premier temps respectueuse des ordres juridiques nationaux, en précisant que « les Etats contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public », et qu'« il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant »²⁹⁵¹. Dans un second temps cependant, elle poursuit dans un esprit *a priori* opposé, en énonçant que « les limites de [la notion d'ordre public] relèvent de l'interprétation de la convention » et qu'« il incombe [à la Cour] de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat contractant »²⁹⁵². Le législateur et le juge de l'Union ont donc la possibilité de définir dans une certaine manière la frontière entre conception matérielle nationale essentielle et objectif de l'Union mis en œuvre par la règle de conflit de source européenne. Mais ils procèdent à cet encadrement en donnant un large pouvoir d'appréciation aux autorités nationales, ce qui est essentiel compte tenu de la prévalence que doit avoir, en dernier lieu, la position de l'ordre juridique national sur ces questions. L'arrêt *Unamar* prouve que même dans les domaines dans lesquels il y a une harmonisation matérielle européenne, les autorités nationales gardent la possibilité de faire intervenir des considérations d'ordre public, en l'espèce de lois de police, mais à condition de le motiver spécialement²⁹⁵³. Il y a ainsi un encadrement au niveau européen de l'exception d'ordre public, encadrement qui est légitime et nécessaire compte tenu de la nécessité de garantir l'effectivité des règles européennes. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public reste cependant nationale, avec un encadrement européen.

935. Il y a dès lors besoin de trouver un équilibre entre intérêts de l'ordre juridique européens et ordres juridiques nationaux²⁹⁵⁴, équilibre qui peut être trouvé autour d'une

²⁹⁵⁰ 28 mars 2000, C-7/98.

²⁹⁵¹ Voy. les points 22 et 23 de l'arrêt.

²⁹⁵² Voy. les points 22 et 23 de l'arrêt.

²⁹⁵³ *Ibid.*

²⁹⁵⁴ Sans que ce soit une opposition entre niveaux européen et national. L'équilibre doit être trouvé au niveau européen entre unité du statut familial et diversité des statuts familiaux, et aussi au niveau national entre ouverture aux relations privées internationales et protection de l'antériorité de l'ordre juridique du for.

certaine idée de proportionnalité²⁹⁵⁵. Mettre en œuvre l'exception d'ordre public est nécessairement une atteinte à l'un des objectifs de l'Union européenne, à savoir l'unité du statut familial. Mais cette atteinte peut être justifiée par des objectifs qui font partie aussi de l'ordre juridique de l'Union européenne, notamment l'objectif de défense des ordres juridiques nationaux. L'encadrement de l'ordre public par le droit européen est donc justifié par les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles qui sous-tendent l'objectif d'unité du statut familial. L'analyse de la mise en œuvre de cet encadrement révèle alors toute l'importance des liens entretenus entre la situation familiale et l'ordre juridique qui fait intervenir l'exception d'ordre public (A). Ce constat soulève une interrogation qui fait revenir aux fondamentaux du droit international privé. Car si les liens de rattachement sont un élément indispensable pour la résolution du conflit entre intérêts divergents du droit international privé européen de la famille, ne serait-il pas plus judicieux de se servir de ces liens de rattachement en vue de la prévention d'un tel conflit ? Cette approche impliquerait alors que le droit de la famille de l'Union européenne prévient l'intervention de l'ordre public par des règles de droit international privé respectueuses de la dimension nationale du droit de la famille, c'est-à-dire revient à la fonction traditionnelle et première du droit international privé, à savoir la coordination harmonieuse entre différents ordres juridiques nationaux²⁹⁵⁶ (B).

A L'encadrement par les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles

936. L'exception d'ordre public est doublement encadrée en ce qui concerne les relations familiales intra-européennes. Elle l'est tout d'abord matériellement, par la communauté de valeurs résultant de l'adhésion commune à la Conv. EDH et, quoique de façon plus réservée, la Charte des droits fondamentaux, et qui justifie le principe de la confiance mutuelle. Elle l'est ensuite « conflictuellement », par la nécessité accrue d'une continuité de traitement au sein de l'Union découlant de l'objectif d'unité du statut familial, et qui se formalise par le principe de reconnaissance mutuelle.

²⁹⁵⁵ Voy. not. A. MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, préc., note 2643.

²⁹⁵⁶ Même si cet objectif a pu être supplanté ou concurrencé dans le droit international privé moderne par celui de la réalisation d'une certaine finalité matérielle, voy. par exemple B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la*

937. Le principe de la confiance mutuelle s'articulant autour de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux intervient aussi bien en matière de conflit de lois que de conflit de juridictions pour limiter l'étendue de l'ordre public concernant les relations intra-européennes. La confiance mutuelle réduit en effet fortement l'argument selon lequel la règle de conflit procède à un « saut dans l'inconnu »²⁹⁵⁷, puisque, s'il s'agit de celui d'un autre Etat membre l'Union européenne, le droit applicable est largement connu. Au stade de l'instance directe, le principe de la confiance mutuelle doit avoir pour conséquence que la loi d'un autre Etat membre doit être en quelque sorte « présumée » être conforme à l'ordre juridique du juge saisi²⁹⁵⁸. De fait, il y a une communauté juridique entre les Etats membres s'articulant autour de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le droit d'un autre Etat membre ne saurait donc en principe porter atteinte à ces droits fondamentaux communs. L'ordre public national peut évidemment être plus vaste que l'ordre public commun²⁹⁵⁹. Mais si le droit d'un autre Etat membre est applicable, il l'est sur le fondement du droit de l'Union qui vise justement à éliminer les situations boiteuses et en considération du fait que cette loi présente des liens plus étroits avec la situation. Lorsque la loi d'un autre Etat membre de l'Union européenne est en cause, il faut donc éviter que l'exception d'ordre public devienne un moyen de réintroduire la discontinuité des rapports internationaux. Sans nécessairement aller jusqu'à prévoir que « l'application d'une disposition de la loi d'un Etat membre désignée [...] ne peut pas être écartée sur [le fondement de l'ordre public] »²⁹⁶⁰, ce qu'avait proposé la Commission en

règle de conflit (sur la crise des conflits de lois), préc., note 2882 ; Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, préc., note 2558 et .

²⁹⁵⁷ L. RAAPE, *Internationales Privatrecht*, préc., note 2919, spéc. p. 87.

²⁹⁵⁸ C'est là un point où il convient d'introduire des limitations particulières de l'exception d'ordre public, autour d'une idée d'une contrariété « véritablement manifeste ». L'adverbe « manifestement » ne modifierait pas véritablement l'approche classique que l'on retient en France de l'exception d'ordre public, laquelle ne doit intervenir de toute façon que de façon exceptionnelle, qu'il y ait la précision qu'il faut une incompatibilité « manifeste » ou pas (voy. l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948, *Grands arrêts*, n° 19). L'idée de la contrariété « manifeste » peut cependant être un outil utile de distinction entre les relations intra-européennes et extra-européennes. Lorsque la loi applicable est celle d'un autre Etat membre, le jeu de l'exception d'ordre public doit être limité et cette exception n'intervenir que de façon véritablement exceptionnelle. Mais si la loi applicable est celle d'un Etat tiers, l'exception d'ordre public pourrait être mise en œuvre plus facilement. Lorsque la loi applicable est en effet celle d'un Etat tiers, seule situation par ailleurs où l'ordre public peut avoir une importance d'autant plus grande qu'il y aurait un véritable conflit de civilisation, on ne voit pas à quel titre le droit de l'Union viendrait limiter le domaine de l'exception d'ordre public. Il serait regrettable que le droit de l'Union vienne définir l'exception d'ordre public et donc l'ordre public national, dans son ensemble. Il serait donc préférable, dans un souci de clarté et pour éviter d'éventuels errements jurisprudentiels, de distinguer nettement en ce qui concerne le jeu de l'exception d'ordre public entre les désunions intra- et extra-européennes.

²⁹⁵⁹ Voy. p. ex. H.-P. MANSEL, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts : Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?*, préc., note 2629, 727.

matière de droit applicable aux obligations alimentaires, il n'en est pas moins nécessaire d'imposer au moins une obligation de motiver spécialement l'exception d'ordre public lorsque la loi d'un autre Etat membre de l'Union est normalement applicable²⁹⁶¹. La jurisprudence de la Cour de justice va d'ailleurs nettement dans le sens d'une telle limitation²⁹⁶², tout comme le caractère exécutoire reconnu à certaines décisions en matière familiale qui implique également un abandon du contrôle des conditions de refus de reconnaissance par l'Etat membre de réception²⁹⁶³. Dès lors, l'exception d'ordre public doit avoir vocation à jouer un rôle de plus en plus exceptionnel au sein des relations familiales européennes. C'est pour ces raisons que le droit international privé européen de la famille doit assurer par lui-même un respect suffisant des ordres juridiques nationaux, qui passe par une localisation adéquate du rapport de droit et des précisions sur l'applicabilité éventuelle d'un ordre public de proximité.

938. La limitation de l'exception d'ordre public est en outre renforcée lorsqu'il y a eu l'intervention d'une autorité publique, surtout judiciaire. En opposant l'ordre public à une décision étrangère qui déploie déjà ses effets à l'étranger, on crée une situation boiteuse qui est insurmontable, tandis que si on prend une décision pour laquelle on oppose l'ordre public à la loi étrangère normalement applicable, sans qu'il n'existe de décision à l'étranger, le rapport boiteux est seulement très probable, mais pas absolument inéluctable. De ce fait le principe de la reconnaissance mutuelle plaide pour une limitation plus grande du domaine d'intervention de l'ordre public sur le plan du conflit de juridictions que du conflit de lois. S'y ajoute la confiance mutuelle que se doivent les Etats membres et qui conduit à ce que le juge considère que *prima facie* le juge de l'autre Etat membre a bien respecté les droits fondamentaux européens et le système européen de droit international privé²⁹⁶⁴. Le droit international privé de la famille l'Union européenne étant censé respecter les particularismes

²⁹⁶⁰ Voy. article 20 de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, précité.

²⁹⁶¹ A l'instar de l'arrêt *Unamar*, C-184/12, du 17 octobre 2013.

²⁹⁶² Voy. l'arrêt *Krombach*, précité.

²⁹⁶³ Même si la possibilité d'une procédure en inopposabilité est sans doute préférable. Voy. sur ce point le système mis en place par le règlement Bruxelles I *bis* et sur l'utilité d'un tel système pour l'espace judiciaire européen : M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, préc., note 1928.

²⁹⁶⁴ Comparable à la *full faith and credit clause* aux Etats Unis, qui s'applique aux jugements, mais non aux lois des autres Etats de la Fédération. Sur cette règle, dans le contexte du droit de l'Union européenne, voy. not. W. M. KÜHN, « The Principle of Mutual Recognition of Judicial Decisions in EU Law in the Light of the »Full Faith and Credit» Clause of the US Constitution », *Política internacional : revista de la Academia Diplomática del Peru Javier Pérez de Cuéllar* 2012.105.21- 52 ; et A. FRAKOWIAK-ADAMSKA, « Time for a European full faith and credit clause" », (2015) 52 *Common Market Law Review* 191- 218.

nationaux, sa mise en œuvre correcte devrait avoir pour conséquence qu'aucun Etat membre n'ait besoin de recourir à l'exception d'ordre public. Et comme il n'appartient pas au juge d'un Etat membre donné de contrôler l'application du droit de l'Union faite par un autre juge national, l'exception d'ordre public devrait être de plus en plus marginale, pour se limiter pratiquement à terme aux hypothèses de contrariété de décisions, lesquelles devraient se raréfier avec le système commun de litispendance qui va de pair avec l'instauration d'un droit international privé commun.

939. Puisque « la confiance mutuelle ne se décrète pas »²⁹⁶⁵, la confiance qui règne actuellement entre les ordres juridiques nationaux est souvent bien artificielle, et il faudra probablement attendre qu'elle se réalise d'abord dans des matières moins sensibles que celle du droit de la famille pour pouvoir conclure de façon certaine qu'elle existe²⁹⁶⁶. Il n'en reste pas moins que dans la logique du système de droit international privé de l'Union européenne, cette confiance mutuelle a vocation, dans un futur plus ou moins proche, à supplanter en pratique l'exception d'ordre public. Le risque pour la défense des cultures et traditions nationales est cependant mesuré. Car si le droit international privé de l'Union assure une défense suffisante des particularismes nationaux à travers sa formulation des règles de conflit et l'articulation qu'il effectue, une telle solution sera acceptable par les ordres juridiques nationaux, lesquels n'auraient plus de toute façon à recourir à l'exception d'ordre public, puisque leurs conceptions nationales seraient respectées en amont. L'exception d'ordre public peut alors être formellement maintenue dans les textes, mais doit avoir vocation à intervenir de moins en moins en pratique, puisque les ordres juridiques nationaux n'auront pas besoin d'y recourir pour protéger leurs cultures et traditions nationales, qui seront déjà protégées par le système de droit international privé de l'Union européenne. Cette évolution est compréhensible dans la mesure où le droit international privé de l'Union européenne a pour but essentiel d'assurer l'harmonie européenne des situations familiales, nécessaire à la réalisation non-économique de la citoyenneté de l'Union et indispensable à la construction d'un véritable espace judiciaire commun.

²⁹⁶⁵ S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, Bruxelles, 2009, spéc. p. 46.

²⁹⁶⁶ Et pourtant, même dans d'autres domaines, l'on semble loin d'une situation où il y a véritablement cette confiance mutuelle, puisque la méfiance subsiste même dans des domaines économiques, comme le prouvent la refonte du règlement Bruxelles I, qui a maintenu la possibilité d'une procédure en inopposabilité, ou l'arrêt *Unamar*, précité.

940. L'exception d'ordre public n'est cependant pas seulement encadrée par la communauté de valeurs existant au sein de l'Union, mais également par la nécessité accrue d'une continuité de traitement au sein de l'Union. La limitation de la possible intervention perturbatrice des concepts matériels nationaux s'explique en effet surtout par la nécessité de garantir dans toute la mesure du possible la continuité de traitement au niveau de l'Union européenne. L'exception d'ordre public en s'opposant à l'application normale du système de détermination de la loi applicable ou de reconnaissance des décisions crée une rupture de l'harmonie internationale des solutions. Cette rupture peut être nécessaire afin de conserver l'intégrité de l'ordre juridique national. En ce qui concerne les relations européennes, les risques d'atteinte à l'intégrité de l'ordre juridique interne sont cependant diminués en raison de la communauté juridique qui s'est établi autour de la Convention européenne des droits de l'Homme. En même temps la nécessité de la continuité de traitement est renforcée, puisque le droit international privé européen de la famille vise justement à éliminer ou du moins à éviter les situations boiteuses, surtout en matière de droit de la famille et d'état des personnes. Fort logiquement, cette considération vient s'ajouter au principe de la confiance mutuelle, qui plaide déjà en faveur d'une limitation du rôle de l'exception d'ordre public, pour en limiter encore davantage l'étendue. Et il est vrai qu'il peut paraître plus acceptable pour les Etats membres de limiter le contrôle de la conformité à leur ordre public lorsqu'en contrepartie l'existence d'un système cohérent de droit international privé de la famille fournit des avantages considérables sur le plan de la justice de droit international privé. La sécurité juridique et la prévisibilité pour les parties seraient en effet considérablement renforcées par une limitation des possibles interventions de l'ordre public. A condition de fournir un rattachement adéquat, le droit de l'Union européenne pourrait ainsi devenir un instrument de coordination entre les droits des Etats membres de nature à améliorer très fortement le statut international des personnes et de la famille, en leur assurant une bien meilleure harmonie internationale des solutions.

941. Au demeurant, c'est bien autour de cette idée d'harmonie que semble devoir s'articuler l'ensemble du système de droit international privé européen de la famille. L'articulation entre règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions, l'introduction de notions partagées par ces deux branches du droit international privé, la poursuite d'une justice commune à travers des objectifs propres à chaque technique, la limitation générale du rôle de l'exception d'ordre public ou d'autres obstacles à la réalisation harmonieuse de la justice de droit international privé, doivent permettre d'atteindre le même objectif final

unique, qui est celui de l'harmonie internationale des solutions. Malheureusement l'état actuel du droit international privé européen de la famille paraît encore bien en deçà de cet objectif qui, s'il est ambitieux, est également absolument nécessaire. En n'assurant pas un respect suffisant des ordres juridiques nationaux, et en voulant imposer des conceptions matérielles européennes là où il faudrait au contraire obtenir seulement une coordination neutre entre conceptions matérielles nationales, le législateur de l'Union semble vouloir obtenir l'harmonie des solutions à travers l'uniformisation des solutions. Or, harmonie n'est ni uniformité, ni conformité. L'harmonie est de faire exister ensemble des concepts qui s'enrichissent mutuellement, de les coordonner pour qu'ils se complètent. Le droit de l'Union européenne est une occasion unique de parvenir à une telle harmonie tout en respectant les diversités culturelles nationales. Les familles européennes sont certainement parmi les meilleurs ambassadeurs d'une société internationale ou européenne qui se construit sur le fondement de la diversité et sur le respect que les hommes peuvent avoir à l'égard d'autres cultures. Le législateur européen ferait bien de ne pas le négliger, afin de construire son système de droit international privé de la famille non autour de l'idée d'uniformisation, mais autour des idées de coordination, de recherche d'harmonie internationale et de respect des cultures et traditions nationales.

942. Dans un domaine où l'antériorité de l'ordre juridique national, c'est-à-dire la nécessité de la défense par un ordre juridique national de ses conceptions matérielles les plus importantes, est très présente, seule une localisation adéquate de la situation familiale internationale, permettant de s'assurer que la loi de l'ordre juridique le plus concerné par la situation trouve à s'appliquer, est de nature à aboutir à la construction d'un système cohérent, où les conceptions nationales n'anéantissent pas la cohérence du système en se réintroduisant à travers les mécanismes correcteurs de la règle de conflit. Ainsi le droit international privé européen de la famille doit, afin de garder sa cohérence, et pour atteindre ses objectifs d'harmonie européenne des situations et de respect des ordres juridiques nationaux, assurer une coordination efficace et équilibrée entre les différents ordres juridiques potentiellement applicables. Cette coordination est le plus facilement obtenue à travers une localisation adéquate du rapport de droit en cause et son rattachement à l'ordre juridique le plus proche, ce rattachement devant non seulement déterminer les différents ordres juridiques juridictionnellement intéressés, mais également et surtout l'unique ordre juridique

matériellement intéressé²⁹⁶⁷. Par où l'on voit que la meilleure solution aux difficultés soulevées par l'ordre public réside dans un système qui prévient l'intervention de l'exception d'ordre public par une localisation adéquate de la relation familiale internationale, c'est-à-dire respectueuse de la dimension nationale du droit de la famille. L'encadrement de l'ordre public ne vient que comme un expédient lorsque la prévention n'a pas abouti, et ce pour favoriser une conciliation concrète des intérêts en cause, mais en ayant conscience de son caractère limité pour réaliser l'ensemble des objectifs du droit international privé européen de la famille. D'où l'importance de privilégier la prévention.

B La prévention par la coordination des ordres juridiques nationaux

943. La nécessité de tenir compte en amont de la dimension nationale des enjeux en cause vaut tout spécialement dans le cadre du droit de la famille. Les considérations matérielles jouent un rôle particulièrement important dans la mise en œuvre des règles de conflits de lois en la matière, ces règles étant par ailleurs très fortement influencées par les divergences culturelles et sociales qui existent entre les différents pays de l'Union européenne. En outre, le droit international privé européen de la famille poursuit ses objectifs propres, construits autour de l'unité du statut familial et du respect de la diversité des statuts familiaux. On se trouvera donc fréquemment dans la situation où il y aura un conflit entre ordre public national et règle de conflit européenne²⁹⁶⁸. Or nous avons vu qu'un tel conflit rend la coordination impossible et s'oppose donc à la réalisation complète du droit international privé européen de la famille, qui requiert la continuité de traitement des situations familiales internationales.

944. Ces considérations permettent de saisir à quel point il est important d'éviter les conflits entre objectifs européens et objectifs nationaux. Elles rendent ainsi nécessaire de

²⁹⁶⁷ Même si cette unicité peut résulter de la mise en œuvre concrète du droit de cet ordre juridique. Il n'est en effet pas inconcevable d'avoir virtuellement plusieurs ordres juridiques matériellement intéressés, mais dont un seul a vocation à concrètement régir la situation en raison du fait qu'au moins une des personnes concernées l'a sollicité en ce sens. La règle de conflit désigne alors toujours un seul ordre juridique, mais une des conditions de réalisation de cette règle de conflit est le fait qu'une des personnes concernées a, par un acte volontaire, sollicité la mise en œuvre de cet ordre juridique (cf. sur ce point *supra*).

²⁹⁶⁸ Il n'y a qu'à penser par exemple à l'application du droit irlandais à un couple résidant en France et dont l'époux ou l'épouse est français et qui voudrait obtenir le divorce. Le droit irlandais étant très restrictif sur le divorce, il y a de fortes chances que le juge français applique la jurisprudence *de Ituralde de Pedro* (précité) d'après laquelle le Français doit toujours avoir la possibilité de demander un divorce au juge français.

concevoir le droit international privé européen de la famille autour d'un important effacement matériel du droit de l'Union européenne. Le système de droit international privé européen de la famille ne doit pas favoriser l'application d'une certaine loi nationale en raison de son contenu. A défaut de matérialité propre, le droit de l'Union ne saurait en effet préférer une quelconque solution au fond. Une telle préférence signifierait une ingérence dans le domaine du droit matériel, alors que l'objectif du respect de la diversité des statuts familiaux exige que l'appréciation des questions matérielles continue de relever des ordres juridiques nationaux. L'élaboration de règles de conflit de lois européennes doit rester parfaitement neutre. Il s'agirait alors d'une neutralité bien plus forte que dans les systèmes nationaux de conflit de lois. Tandis que généralement le jeu de la règle de conflit favorise en effet nécessairement les solutions matérielles du for, au-delà même des mécanismes de l'exception d'ordre public ou des lois de police²⁹⁶⁹, une telle démarche ne serait pas possible au niveau de l'Union européenne, faute de système matériel de référence. La neutralité de la règle de conflit apparaît ainsi comme la conséquence inévitable du nécessaire effacement matériel du système de droit international privé européen de la famille. Il est donc inconcevable de prévoir une règle de conflit de lois à coloration matérielle, à travers des rattachements alternatifs ou en cascade notamment, ou une règle de conflit de lois à formulation unilatérale qui favorise de façon plus ou moins importante l'application de la *lex fori*. Dans toutes ces situations il s'agit en effet toujours de faire prévaloir les conceptions matérielles du for, ce qui suppose l'existence d'un système de droit international privé ayant une certaine matérialité, due au niveau national à l'antériorité des ordres juridiques internes, mais qui n'existe pas au niveau de l'Union européenne.

945. Un autre risque d'atteinte à l'objectif de neutralité réside dans la possibilité de contourner les conceptions matérielles impératives, éventuellement offerte par les règles de conflit de juridictions. Les mécanismes de l'exception d'ordre public et de la reconnaissance de droits fondamentaux, qui pourtant jouent traditionnellement un rôle très important en la matière, ne devraient ainsi trouver à s'appliquer que de façon encadrée à l'intérieur des relations européennes. L'intensité de l'ordre public devra être appréciée en fonction des liens réels que présente la situation avec le juge saisi, et en l'absence de lien réel avec le for, l'exception d'ordre public ne devrait pas pouvoir trouver à s'appliquer. En tout état de cause,

Inversement, on peut penser à un couple suédois vivant de façon stable à Malte et dont l'époux ou l'épouse demande un divorce unilatéral aux autorités suédoises sans période de séparation.

une décision prise en application de l'exception d'ordre public ne doit pas avoir vocation à circuler librement au sein de l'Union européenne au même titre qu'une décision prise en application de la loi normalement applicable. Dans le cas contraire, on permet en effet un contournement trop facile de la nécessaire neutralité de la règle de conflit. On permettrait aux particuliers d'influer sur l'application des mécanismes correcteurs de la règle de conflit, ce qui aurait pour conséquence que ceux-ci peuvent, par leur volonté ou par leur comportement, unilatéralement ou de façon concertée, rendre applicables des conceptions matérielles n'ayant aucune vocation, en termes de proximité, à s'appliquer à la situation familiale. Les règles de compétence juridictionnelle et de reconnaissance des décisions devraient donc répondre à ce même souci de neutralité, ce qui est malheureusement loin d'être le cas avec certains des règlements déjà adoptés²⁹⁷⁰. Ce n'est effectivement qu'à la condition que l'ensemble des composantes du système de droit international privé poursuive l'objectif de neutralité que ce dernier pourra efficacement être atteint. Car si on admet de façon extensive le jeu de l'exception d'ordre public, en vue par exemple de faciliter la désunion du lien conjugal, ou que l'on prévoit des règles de reconnaissance permettant le renouvellement des procédures jusqu'à l'obtention d'un résultat donné, là aussi par exemple la désunion du lien conjugal, il apparaît clairement que l'on cherche finalement à donner une matérialité propre au système, en contradiction totale avec la nécessité de neutralité.

946. La seule façon efficace de limiter ce risque est de prévoir de façon claire et précise que l'objectif même du droit international privé européen de la famille est le respect des droits et particularismes nationaux²⁹⁷¹. L'intégration de cet objectif au sein des objectifs européens, voire même la place prépondérante qu'il occupe au sein du système européen, permet de comprendre pourquoi la primauté du droit de l'Union ne vient pas ici se poser comme une menace pour les droits de la famille nationaux. Comme c'est en effet le droit européen lui-même qui proclame la nécessité de défense des conceptions matérielles nationales, celles-ci tirent leur applicabilité non pas d'une opposition entre intérêts de l'ordre juridique national et intérêts de l'ordre juridique européen, mais du droit de l'Union lui-même. La balance des intérêts en présence pourra alors s'effectuer de façon beaucoup plus

²⁹⁶⁹ Voy. not. Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est elle une règle neutre ? », *Années 1980-1981 Travaux du Comité français de droit international privé* 43- 60.

²⁹⁷⁰ Voy. notamment le règlement Bruxelles II bis.

²⁹⁷¹ En outre, de cette façon, on peut permettre aux juges nationaux de faire preuve d'une certaine résistance si cela semble nécessaire, à travers la théorie de l'« acte clair » ; sur cette notion en droit européen, voy. not. M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des Etats membres », *RTD eur.* 2010.861.

équilibrée, et la diversité culturelle et sociale pourra être bien mieux respectée. Le droit international privé européen de la famille doit donc continuer à maintenir le rôle théoriquement fondamental dévolu à l'exception d'ordre public, dont la vocation première est de protéger l'antériorité de l'ordre juridique national.

947. En même temps, le droit international privé européen de la famille doit se doter des moyens de cantonner en pratique l'exception d'ordre public à un rôle strict d'exception, du moins au sein des relations familiales intra-européennes. L'existence d'un fond de valeurs communes, autour du concept de « communautarité », et l'objectif commun de la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial permettent de concevoir l'exception d'ordre public comme un mécanisme proprement exceptionnel, n'ayant vocation à intervenir que dans des hypothèses très limitées dans lesquelles la « communautarité » fait défaut et dans lesquelles l'objectif de l'unité du statut familial n'est plus justifié²⁹⁷². L'exception d'ordre public signifiant ainsi la non-réalisation des objectifs inhérents à la prétention à l'universalité du droit international privé, et donc la non-réalisation des objectifs liés au droit international privé européen de la famille, ce dernier doit privilégier tous les autres moyens à sa disposition afin de garantir le respect des conceptions matérielles nationales sans avoir à sacrifier l'objectif d'unité du statut familial.

948. Il est évidemment compréhensible que la neutralité des règles de droit international privé ne soit pas facilement acceptable par des systèmes juridiques nationaux qui en la matière sont très attachés à certaines conceptions de fond. Mais il y a deux moyens forts de rendre inopérants les arguments opposés à une neutralité excessive du droit de la famille de l'Union européenne. Le premier réside dans le fait que la neutralité du droit international privé européen de la famille ne signifie pas l'absence de toute matérialité du système. Elle signifie simplement que l'Union européenne ne doit pas prétendre se doter d'une matérialité propre et autonome par rapport à celle des ordres juridiques nationaux. Il ne faut pas oublier en effet qu'il y a au sein de l'Union européenne une vraie communauté de valeurs, autour spécialement de la Convention européenne des droits de l'homme, et désormais de la Charte

²⁹⁷² Ce qui renvoie à l'idée que les ordres juridiques nationaux doivent toujours avoir les moyens de faire primer l'antériorité de l'ordre juridique national, mais sans prétention à la reconnaissance dans ce cas là, puisque l'on accepte que les objectifs de droit international privé ne sont pas suffisamment forts pour s'opposer aux objectifs matériels nationaux poursuivis. Si l'on cherche la circulation européenne de la situation, alors la création de la situation doit répondre aux éléments de rattachement qui justifient cette circulation, et si les lois alors applicables ne permettent pas la création de la situation, alors il faut la refuser.

des droits fondamentaux²⁹⁷³. Le système européen de droit international privé de la famille ne serait donc pas privé de matérialité, et ne s'expose pas au risque d'incomplétude qui résulterait d'un droit international privé construit sans références matérielles. Simplement, ces références matérielles doivent être des références aux valeurs communes des ordres juridiques nationaux, et non aux valeurs propres de l'Union européenne. Le concept de « communautarité » permet ainsi à l'Union européenne de trouver un substitut au concept d'antériorité, nécessaire à l'élaboration d'un véritable système de droit international privé²⁹⁷⁴. Le deuxième argument fort réside dans le fait que la « communautarité » n'est pas uniquement celle de certaines valeurs matérielles, mais également celle de certaines valeurs conflictuelles. Les ordres juridiques nationaux n'accepteront logiquement la neutralité qu'à condition de savoir que leur système de référence trouvera à s'appliquer à toutes les situations se rattachant de manière significative à leur ordre juridique. C'est ainsi que la neutralité du système européen entraîne comme corollaire indispensable la nécessité de localiser de façon adéquate les rapports de famille.

949. La neutralité du droit international privé européen de la famille donne ainsi au système européen l'objectif très ambitieux d'obtenir la coordination harmonieuse entre des ordres juridiques parfois très différents. Il est donc primordial que le droit international privé européen de la famille respecte les ordres juridiques nationaux par une prise en compte de la dimension nationale du droit de la famille, que ce soit au niveau des règles de conflit elles-mêmes ou au niveau de l'exception d'ordre public. Force est malheureusement de constater qu'à l'heure actuelle, le droit international privé européen de la famille opère une coordination insuffisante entre ordre juridique européen et ordres juridiques nationaux, qui résulte de l'intervention trop marquée de certains concepts matériels. L'intervention matérielle dans le droit de la famille est d'autant plus condamnable qu'il s'agit d'une

²⁹⁷³ Cf. *supra*, n° 542 et s.

²⁹⁷⁴ Encore que le concept de « communautarité » ne puisse pas évincer l'antériorité de l'ordre juridique national (sur lequel, cf. *supra*, n° 180 et s.). Le droit international privé de l'Union européenne est donc en réalité nécessairement plus complexe que le droit international privé national, parce qu'il rajoute le concept de « communautarité », sans supprimer les autres composantes du droit international privé, constituées autour du singulier universel et pluriel. L'apport de la communauté n'est en effet pas de se substituer au singulier. L'Union européenne ne prétend pas supprimer les droits de la famille particuliers de ses Etats membres. Du point de vue des ordres juridiques nationaux, et en ce qui concerne les relations intra-européennes, le concept de « communautarité » vient ainsi supplanter le concept d'universel. La conception résolument ouverte vers les relations extra-européennes, et donc nécessairement universelle, du droit international privé européen actuel enlève cependant la vertu simplificatrice que pourrait remplir le concept de « communautarité » pour le concept du conflit de lois. Mais il ne faut pas oublier l'importance de ce concept au stade de la reconnaissance des situations et décisions au sein des relations intra-européennes, puisque ce concept peut dans ce cadre de nouveau jouer un rôle de tout premier rang.

influence directe sur le droit matériel des Etats membres²⁹⁷⁵, et non pas uniquement sur leur droit international privé à travers les rattachements objectifs retenus, lesquels sont aussi porteurs de particularismes nationaux²⁹⁷⁶, mais pour lesquels il faudra pourtant trouver une solution commune si l'on veut permettre l'unité du statut familial. L'ingérence dans le droit matériel de la famille est inacceptable face à l'objectif poursuivi par le droit international privé européen de la famille visant à garantir la diversité et la défense des différents concepts nationaux²⁹⁷⁷. En ce qui concerne l'ordre public, l'encadrement peut très bien se faire en prévoyant que l'intervention de l'ordre public national est justifiée lorsque le respect des principes de l'ordre juridique du for, qui intègre le cas échéant ceux de la Charte des droits fondamentaux, commande l'application de la loi du for, compte tenu des liens entre la situation et l'ordre juridique du for.

950. Mais plus radicalement, il est possible de trouver un équilibre entre la volonté des ordres juridiques nationaux de préserver leurs valeurs matérielles primordiales et la réalisation de l'objectif d'unité du statut familial si le système européen est suffisamment bien conçu. Il suffit pour cela de revenir aux fondamentaux du droit international privé, c'est-à-dire de rechercher pour chaque type de situation familiale l'ordre juridique qui a la plus forte vocation à apprécier matériellement la situation. Kahn avait déjà parfaitement formulé la problématique en énonçant que : « L'axiome [qui] ne contemple que le contenu de la loi – la norme substantielle – sans vérifier les éléments de rattachements [est faux]. Si le rattachement est de faible intensité et a relativement peu de signification pour le rapport juridique en cause, vous pouvez renoncer à l'application de lois qui sont de la plus fondamentale importance pour toute l'organisation de l'Etat. A l'inverse, si le rattachement est d'une grande intensité ou a une signification particulière pour un tel rapport de droit, une loi même d'importance assez mineure ne cédera jamais sa vocation à s'appliquer à une norme étrangère »²⁹⁷⁸. Ainsi, la mise

²⁹⁷⁵ Deux mécanismes entraînent un risque particulier d'atteinte aux ordres juridiques nationaux. Il s'agit d'une part du concept d'autonomie de la volonté, lequel peut être source de graves problèmes de coordination (cf. *supra*, n° 844 et s.). D'autre part, l'incoordination est renforcée par la limitation du domaine d'intervention de l'exception d'ordre public, dernier moyen pour le juge de faire prévaloir ses concepts nationaux (cf. *supra*, n° 931 et s.).

²⁹⁷⁶ Voy. p. ex. S. VIGAND, *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : vers un droit international privé communautaire de la famille*, préc., note 1187, spéc. p. 109.

²⁹⁷⁷ Cf. *supra*, not. n° 573 et s.

²⁹⁷⁸ « Das Axiom, [das] allein auf den Inhalt des Gesetzes sieht – die Sachnorm – ohne die Anknüpfungen zu prüfen [ist falsch]. Ist die Anknüpfung wenig intensiv und für das betreffende Rechtsverhältnis relativ unwichtig, so können Gesetze, die von der fundamentalsten Bedeutung für das ganze Staatsleben sind, gleichwohl auf ihre Anwendung verzichten. Ist umgekehrt die Anknüpfung von großer Intensität oder von spezieller Bedeutung für ein so geartetes Rechtsverhältnis, so wird ein Gesetz von vielleicht ganz geringfügiger Wichtigkeit doch niemals

à l'écart de l'appréciation matérielle opérée par l'ordre juridique du for est justifiée par le fait qu'un autre ordre juridique avait objectivement un titre d'application plus légitime. Et à l'inverse, la légitimité de son titre d'application justifie l'intervention de l'ordre juridique du for pour appliquer son jugement de valeur à des situations qui s'intègrent à la société du for. La localisation adéquate réalisée par la règle de conflit devient ainsi un élément indispensable du système européen de droit international privé de la famille.

951. Le problème du droit international privé européen de la famille est que dans certains domaines celui-ci se révèle très peu attaché à ce souci de localisation. Il en va ainsi en matière de désunion du couple du fait que le règlement Bruxelles II *bis* a mis en place un système qui ne cherche pas du tout à localiser correctement la situation familiale. Les différents chefs de compétence retenus peuvent en effet être un premier moyen pour s'assurer qu'il y a un lien fort entre la situation en cause et la solution qui lui sera apportée en application des règles de droit international privé du for. Permettre à un juge de statuer sur un litige, c'est déjà lui donner le pouvoir et la légitimité pour influencer sur la solution. Et si, en matière de désunion du couple, les chefs de compétence sont très libéraux, c'est justement en vue aussi de permettre au juge national de faire prévaloir ses conceptions nationales. Néanmoins, une telle attitude est directement contraire à l'objectif de cohérence du droit international privé européen de la famille, car le rattachement de la situation au juge saisi ainsi obtenu peut être plus qu'imprévisible, très éloigné du rapport litigieux et très peu respectueux de la nécessité de défense des particularismes nationaux. A défaut d'une plus forte limitation des chefs de compétence, s'impose donc l'élaboration d'un système de conflit de lois qui vienne rétablir l'équilibre et qui permette une coordination efficace entre ordre juridiques nationaux. Cela suppose d'une part une règle de conflit de lois qui rende applicable la loi se rattachant de la façon la plus significative à la désunion. D'autre part les techniques perturbatrices du fonctionnement normal de la règle de conflit doivent être strictement encadrées, pour limiter au maximum les cas d'incoordination qui résulteraient inévitablement de leur application. Cette limitation serait facilitée par l'existence d'une règle de conflit adéquate, car l'application de ces techniques trouve souvent une part de sa justification dans l'inadaptation de la règle de conflit²⁹⁷⁹. La règle de conflit « idéale » n'est certes pas aisée à trouver, mais sur le plan des principes il est important que le système européen se construise

einer ausländischen Norm den Vortritt lassen » ; F. KAHN, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, préc., note 2915, spéc. p. 222. C'est nous qui traduisons.

²⁹⁷⁹ Voy. p.ex. P. MAYER et Voy. HEUZE, *Droit international privé*, préc., note 2264, spéc. p. 158 et s.

autour d'une règle de conflit claire, logique, localisant de manière satisfaisante la situation de famille, afin que le déséquilibre créé par les règles de compétence juridictionnelle et de reconnaissance des décisions puisse être corrigé et que l'ensemble des objectifs du système de droit international privé de l'Union européenne puissent être atteints.

952. L'évolution réalisée par le règlement Rome III est à cet égard bien décevante. Non seulement le système mis en place est loin d'instituer une règle de conflit de lois commune, une grande partie des Etats liés par le règlement Bruxelles II *bis* ne faisant pas partie de la coopération renforcée mise en œuvre pour le règlement Rome III. Le règlement exclut aussi la question de l'annulation du mariage, pourtant couverte par le règlement Bruxelles II *bis*²⁹⁸⁰. En outre, la règle de conflit de lois mise en place représente un risque important de ne pas localiser de manière satisfaisante la situation de désunion, en permettant notamment aux époux de choisir la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux²⁹⁸¹, ce qui peut être une loi bien éloignée de la situation réelle du couple. Le recours à la loi du for, que ce soit en raison du choix de la loi applicable par les parties²⁹⁸² ou en raison de l'absence de possibilité de localiser objectivement la désunion²⁹⁸³ représente également ce risque, puisque le règlement Bruxelles II *bis* ouvre des chefs de compétence très libéraux, qui peuvent être très éloignés de la situation réelle du couple. Ce risque n'est pas non plus combattu par la possibilité reconnue au juge de rendre applicable à titre exceptionnel une loi d'un Etat qui présente des liens manifestement plus étroits avec la désunion du couple, alors que ce type de clause d'exception est prévue par les autres instruments de droit international privé européen contenant des règles de conflit de lois²⁹⁸⁴.

953. Quant aux autres domaines du droit international privé de la famille, la localisation est réalisée de façon plus convaincante, encore que le bénéficiaire n'en revienne pas réellement à l'Union européenne, mais, par le jeu de la subsidiarité renversée, plutôt à la coopération internationale inter-gouvernementale²⁹⁸⁵. C'est en effet grâce au recours aux conventions de La Haye, notamment la convention de La Haye de 1996 sur la protection des

²⁹⁸⁰ Article 1^{er}, § 2. Lettre c) du règlement Rome III ; article 1^{er}, § 1. Lettre a) du règlement Bruxelles II *bis*.

²⁹⁸¹ Article 5, § 1., lettre c) du règlement Rome III.

²⁹⁸² Conformément à l'article 5, §1., lettre d) du règlement Rome III.

²⁹⁸³ Conformément à l'article 8 du règlement Rome III.

²⁹⁸⁴ Voy. p. ex. l'article 15, §2. de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, l'article 5 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ou l'article 21, §2. du règlement n° 650/2012 sur les successions.

²⁹⁸⁵ Sur ce concept, voy. not. P. BEAUMONT, *International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC : A Triumph of Reverse Subsidiarity*, préc., note 1404.

enfants et le protocole aliments de 2007, qu'est réalisée une articulation réelle entre conflit de juridictions et conflit de lois. Encore que cette articulation est réalisée dans une mesure bien trop limitée, et parfois imparfaite²⁹⁸⁶, puisque des aspects essentiels, si ce ne sont les plus importants quant aux problèmes soulevés par les relations privées internationales, sont exclus des champs d'application respectifs de ces instruments²⁹⁸⁷. Le règlement n° 650/2012 sur les successions présente à cet égard un progrès réel. La possibilité du choix de loi est assez limitée, en sorte que la loi choisie par le défunt présente nécessairement un lien réel avec sa succession, ou, pour être plus exact, avec son testament²⁹⁸⁸. Les chefs de compétence ne sont en outre pas conçus sur le modèle d'une ouverture aussi large que possible des chefs de compétence, mais au contraire sur le modèle de la recherche d'une compétence unique et exclusive²⁹⁸⁹. Et la clause d'exception est maintenue lorsque, « à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat que celui dont la loi serait applicable en vertu [de la règle générale] »²⁹⁹⁰, c'est-à-dire lorsque la localisation opérée par la règle de conflit ne désigne exceptionnellement pas l'ordre juridique auquel la succession doit s'intégrer matériellement.

²⁹⁸⁶ Voy. notamment le défaut de coordination résultant à la marge des différences dans les chefs de compétence en matière de responsabilité parentale, alors que l'article 15 de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants fait dépendre la loi applicable de « l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre [de la convention relatif à la compétence] » ; sur l'articulation de la convention du 19 octobre 1996 et du règlement Bruxelles II *bis*, voy. not. S. GODECHOT-PATRIS et Y. LEQUETTE, « Mineur », dans *Répertoire international Dalloz*, 2012, n°s 134- 144 et les références citées.

²⁹⁸⁷ A l'instar des exclusions rencontrées quant aux règlements de l'Union européenne (cf. *supra*, n° 350 et s). Concernant les conventions de La Haye, voy. l'article 4 de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants et l'article 1^{er}, § 2 du protocole de La Haye de 2007.

²⁹⁸⁸ Voy. l'article 22 du règlement n° 650/2012 sur les successions. Cette possibilité se trouve en outre renforcée par l'objectif du respect des volontés du défunt en vue de l'organisation de sa succession, objectif matériel qui constitue une vraie « communautarité », justifiant aussi matériellement cette possibilité du choix de loi.

²⁹⁸⁹ Construite autour de la dernière résidence habituelle du défunt, avec une possibilité de dessaisissement en faveur des juridictions « mieux placées pour statuer sur la succession », voyez notamment les articles 4 à 7 du règlement n° 650/2012 sur les successions.

²⁹⁹⁰ Article 21, §2. du règlement n° 650/2012 sur les successions.

Conclusion du titre – Les limites du droit international privé européen de la famille

954. Un système de droit international privé européen de la famille construit autour de la localisation des situations familiales fondée sur une articulation des méthodes du droit international privé reposant aussi bien sur le conflit de juridictions que sur le conflit de lois est donc de nature à apporter des réponses satisfaisantes aux défis propres aux hypothèses de conflit diagonal en droit européen et à cantonner l'exception d'ordre public à un rôle extrêmement limité en pratique, sans devoir nier pour autant la compétence et la souveraineté nationale en matière d'application de l'exception d'ordre public.

955. Cette articulation est également la seule méthode qui permet de concevoir le droit de la famille de l'Union européenne de façon à obtenir une intégration matérielle unique de la situation familiale, tout en garantissant l'effectivité de cette situation par la reconnaissance d'intégrations juridictionnelles multiples. Elle permet également de réaliser une localisation adéquate des situations familiales par des règles de conflit de lois à travers lesquelles le droit international privé de l'Union européenne répond à la nécessité de respecter les identités et cultures nationales. Le législateur européen peut ainsi satisfaire l'objectif consistant à garantir un respect maximal des législations nationales²⁹⁹¹.

956. L'existence de la règle de conflit européenne et sa primauté à l'égard de normes nationales contraires se trouvent ainsi justifiées, puisque la règle de conflit européenne permet d'atteindre l'unité du statut familial tout en préservant la diversité des droits de la famille nationaux. Mais la justification de la primauté de la règle de conflit européenne est alors également une condition d'application de celle-ci, en ce sens que cette règle est justifiée et doit être appliquée si et tant qu'elle réalise une coordination harmonieuse et effective des différents droits nationaux. C'est le seul moyen de concilier les divers fondements et objectifs du droit international privé européen de la famille.

²⁹⁹¹ Objectif qui n'est d'ailleurs que très difficilement envisageable en dehors d'une intégration internationale aussi poussée que celle de l'Union européenne.

957. A défaut d'une telle coordination, c'est l'ordre public national qui doit intervenir en tant qu'obstacle à la réalisation de l'unité du statut familial, puisqu'il faut également protéger l'autre grand objectif européen, qui est celui du respect de la diversité des statuts familiaux. Et alors, tout devient question d'équilibre entre deux objectifs antagonistes, équilibre qui doit être trouvé par les autorités nationales sous le contrôle des autorités européennes. L'art du droit international privé consiste à éviter le conflit en permettant d'atteindre simultanément les deux objectifs en les conciliant de façon à les réaliser tous deux. L'impossibilité de cette conciliation marque sans doute, là où l'on la rencontre, les limites du droit international privé européen de la famille.

Conclusion générale

*« Dois-je laisser dire de moi qu'au début de mon procès je voulais le finir
et qu'à la fin je ne voulais que le recommencer ? »²⁹⁹²*

958. Arrivé à la fin de notre travail, nous serions bien tentés de conclure qu'il faut le recommencer. Car l'étude des fondements du droit international privé européen de la famille soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Est-ce à dire que, tel Sisyphe qui doit perpétuellement remonter son rocher jusqu'au sommet de la montagne²⁹⁹³, il faut se résigner à ce que le travail d'analyse doive être recommencé sans cesse, sans que des éléments concrets puissent être tirés du cheminement intellectuel parcouru ? Nous ne le pensons pas, car il y a bel et bien des éléments qui peuvent être retenus de notre étude et dont il faudra désormais tenir compte pour la conception et la construction du droit international privé européen de la famille.

959. Il est à ce titre instructif de revenir aux considérations par lesquelles nous avons débuté notre analyse. Louise Weiss avait identifié, dans son discours d'ouverture au Parlement européen du 17 juillet 1979, trois défis majeurs pour cette institution européenne qui, en se donnant un parlement désormais élu au suffrage universel direct, pensait avoir franchi une étape décisive en vue d'« établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »²⁹⁹⁴. Il s'agissait de l'identité, de la natalité et de la légalité²⁹⁹⁵. Face à ces trois défis, l'Union européenne déçoit, sans toutefois avoir échoué de

²⁹⁹² F. KAFKA, « Le Procès », dans *Oeuvres complètes, tome 1*, coll. (trad. Alexandre Vialatte), Gallimard, Paris, 1976 à la page 464.

²⁹⁹³ Et l'on ne peut s'empêcher ici de penser à la discussion de ce mythe par Albert Camus, A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe*, (1^o éd° 1942), Gallimard, Paris, 1985.

²⁹⁹⁴ Premier alinéa du préambule du TFUE.

²⁹⁹⁵ L. WEISS, *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*, préc., note 1.

façon définitive. La participation aux élections du Parlement européen reste faible²⁹⁹⁶, alors même que c'est l'insuffisante participation de l'électorat européen qui prouvait, en 1979 déjà, à quel point il était « urgent » de résoudre le problème d'identité de la désormais Union européenne²⁹⁹⁷. Car il est « impossible de concevoir une Europe sans Européens »²⁹⁹⁸. L'émergence de la citoyenneté de l'Union a vocation à répondre à ce déficit, mais elle ne parvient pas à masquer le vrai manque d'attachement que les Européens continuent de manifester à l'égard de l'Union européenne.

960. La natalité reste également faible, même si la responsabilité première à cet égard semble revenir aux politiques nationales²⁹⁹⁹. Néanmoins, l'Union européenne, notamment par la succession des crises économiques qu'elle ne parvient pas à surmonter, ne donne pas véritablement l'image d'une institution capable d'offrir à l'ensemble de sa population un cadre permettant d'envisager sereinement l'avenir. Tout comme l'Union européenne n'a jamais cherché à affronter la « profonde transformation morale » nécessaire pour contrer l'aspiration naturelle des hommes à une « société de loisirs »³⁰⁰⁰, laquelle est sans doute aussi une des causes du faible taux de natalité.

²⁹⁹⁶ En 2014, la participation était de 42,61 % (Source : TNS/Scytl en coopération avec le Parlement européen ; en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/fr/turnout.html>)

²⁹⁹⁷ Participation qui était alors de 61,99 % (Source : TNS/Scytl en coopération avec le Parlement européen ; en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/fr/turnout.html>), mais qui justifiait néanmoins la critique opérée par Louise Weiss. Aujourd'hui un tel taux de participation serait pourtant évidemment considéré comme un grand succès par les institutions européennes.

²⁹⁹⁸ L. WEISS, *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*, préc., note 1.

²⁹⁹⁹ Encore que les restrictions, notamment d'ordre budgétaire, imposées par l'Union européenne peuvent être vues comme une limitation de la possibilité pour les Etats membres de mener des politiques encourageant la natalité ; Voy. sur ce point, not. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos de libéralités entre concubins », dans *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, spéc. p. 547- 578 à la page 564 ; En 2011 ce taux était remonté à 1,9, après un « pic » à 1,98 en 2010, ce qui replaçait la Suède dans le peloton de tête des pays européens (« Social Europe EU Employment and Social Situation I Quarterly Review Special Supplement on Demographic Trends », *Publications Office of the European Union* 2013, en ligne : <<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/5775829/KE-BH-13-0S2-EN.PDF/e99e7095-df33-42ee-9429-626e04ddec11>>). Sur l'influence de la situation économique d'un pays et le taux de fécondité de sa population, voy. p.ex. l'étude de 2013 sur l'influence de la crise économique sur les tendances démographiques, publiée dans la revue d'Eurostat, *Statistics in focus*, qui constate que « fertility is commonly assumed to follow the economic cycle, falling in periods of recession and vice versa, though scientific evidence is still not unanimous on this » et que « changes in fertility partially follow changes in the economy, with an average lag of less than two years » (G. LANZIERI, « Towards a 'baby recession' in Europe? Differential fertility trends during the economic crisis », [2013] 13 *Eurostat, Population and social conditions, Statistics in focus* 1- 16, spéc. p. 1 et 5).

³⁰⁰⁰ L. WEISS, *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*, préc., note 1.

961. Quant à la légalité, celle-ci ne se réalise que dans une conception des droits de l'homme qui est bien loin de ses idéaux initiaux. En 1979, Louise Weiss dénonçait déjà que l'on pût « refuser l'appellation de victimes, parce qu'ils ont quitté volontairement leur pays, aux passagers des frêles esquifs qui voguent aujourd'hui sur des mers dangereuses, sans vivres ni destination »³⁰⁰¹. Quelle réponse trouve l'Union européenne face à ce défi d'une actualité tristement renouvelée ? Elle y répond surtout par son manque de solidarité. Manque de solidarité à l'égard de gens qui manquent de tout et qui sont menacés jusque dans leur droit à la vie³⁰⁰². Et manque de solidarité à l'égard de ses Etats membres qui sont en première ligne pour accueillir cette misère du monde³⁰⁰³. Et elle fait preuve d'un cynisme hors normes lorsque cette absence de solidarité va de pair avec la possibilité qui émerge pour les Européens, surtout ceux qui ne manquent de rien et à qui ne doit rien manquer, de pouvoir procéder impunément, en invoquant les droits de l'homme, à des achats d'enfants à l'étranger pour ensuite faire reconnaître cette « filiation » sur le fondement d'une prétendue « méthode » de la reconnaissance³⁰⁰⁴. On a bien là l'illustration des excès résultant « des imprévisibles privilèges engendrés par la tolérance de nos civilisations libérales »³⁰⁰⁵ et qui se fait de façon évidente au détriment des vrais droits de l'homme que l'Union européenne ne cesse de proclamer et bafouer dans un même mouvement. Or, « dire le droit n'est pas une obligation, mais le dire en prétendant l'imposer tout en le trahissant est un crime »³⁰⁰⁶. Crime dont l'Union européenne se rend bel et bien coupable.

962. La recherche sur les fondements du droit international privé européen de la famille permet de comprendre pourquoi l'Union européenne est dans une telle situation d'échec. L'analyse des fondements conceptuels du droit international privé a mis en exergue le besoin de concevoir cette matière comme un singulier universel et pluriel, dont résulte la

³⁰⁰¹ *Ibid.*

³⁰⁰² Et qui sont pourtant parfois accueillis, ou plutôt retenus, dans des conditions portant atteinte à leur dignité. Cette situation n'était ignorée par personne, et pourtant l'Union européenne a tardé à réagir pour y remédier et garantir une protection et des conditions d'accueil minimales aux réfugiés et migrants traversant la Méditerranée. Voy. not. les conditions d'accueil sur l'île de Lampedusa et l'affaire jugée par la CEDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, du 1^{er} septembre 2015 (requête no 16483/12).

³⁰⁰³ Et qui a conduit l'éditorial du Monde du 15 septembre 2015 à analyser l'Union européenne comme « l'Europe des égoïsmes nationaux ».

³⁰⁰⁴ Voy. not. *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, 2015 Cour européenne des droits de l'homme. du 27 janv. 2015, n° 25358/12, (D. 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2015. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.* 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE). Cette affaire a été cependant renvoyée à la Grande Chambre, qui doit encore se prononcer.

³⁰⁰⁵ L. WEISS, *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*, préc., note 1.

³⁰⁰⁶ *Ibid.*

nécessité de l'ouverture à l'altérité, dans le respect des exigences inhérentes à l'antériorité de l'ordre juridique interne. Or l'Union européenne peine à assumer l'héritage intellectuel des valeurs européennes et à se doter d'un droit international privé qui soit un outil de dialogue et d'ouverture aux ordres juridiques étrangers, et non le vecteur d'un monologue construit sur la prétention à imposer au monde entier les seules valeurs substantielles européennes. L'analyse des enjeux contemporains du droit famille a également révélé la nécessité pour l'Union européenne de se doter d'outils qui permettent aux Etats membres de réguler efficacement les relations familiales, pour que la concurrence entre ordres juridiques, plus évidente encore dans le contexte de libre circulation au sein de l'Union européenne que dans celui d'un droit de la famille globalisé, ne puisse être exploitée par les particuliers afin de contourner la nécessaire impérativité du droit de la famille. Le droit de l'Union européenne est pourtant loin d'avoir pris la mesure de ce qui est nécessaire pour que le droit de la famille puisse de nouveau remplir son rôle de droit garant des devoirs familiaux. Car le droit de l'Union européenne ne permet pas de concevoir le droit international privé de la famille comme droit organisant la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille. Si les raisons de cette tendance sont à chercher dans les droits de la famille nationaux, il n'en faut pas moins condamner la consolidation de cette situation opérée au niveau européen qui empêchera, ou du moins compliquera grandement, tout retour à une vision socialement cohérente du droit de la famille.

963. Au niveau politique ensuite, l'Union européenne est incapable d'assumer la réalité du fédéralisme européen. Elle avance suffisamment pour priver les Etats membres des moyens et de la compétence d'œuvrer en faveur d'un droit international privé de la famille cohérent, y compris au niveau international³⁰⁰⁷. Mais elle n'avance pas assez, loin s'en faut, pour que le droit européen réponde aux enjeux d'une véritable citoyenneté de l'Union en matière familiale, qui implique l'unité du statut familial, mais pas uniquement dans le sens d'une revendication de droits subjectifs et individuels, mais aussi dans le sens de l'effectivité des devoirs familiaux. Puis, plus gravement encore, l'Union européenne se révèle incapable de respecter la nature profonde du fédéralisme européen, qui réside aussi et surtout dans le respect de l'identité et de la souveraineté de chaque ordre juridique national et que le droit international privé européen de la famille reprend à son compte à travers l'objectif de

diversité des statuts familiaux. Le droit international privé de la famille est pourtant un outil qui permettrait de surmonter les nombreuses incohérences et contradictions du droit de l'Union européenne contemporain.

964. L'insuffisance du droit international privé de la famille européen montre que l'Union européenne n'a pas pris la mesure de ce que ces différents enjeux rendent nécessaires. Est requis un véritable droit international privé européen de la famille qui mobilise toutes les méthodes du droit international privé en les articulant efficacement autour du rôle central de la règle de conflit de lois, pierre angulaire du système. Par son manque d'ambition et de cohérence, le droit international privé européen de la famille risque ainsi de verser dans les défauts du droit international privé de source internationale, qui souvent dérègle plus de choses qu'il ne résout. La place de la « méthode » de la reconnaissance, notamment, est hypertrophiée, dans un sens qui exalte un individualisme excessif et contraire à la nécessaire neutralité du droit de l'Union européenne. La reconnaissance est ainsi utilisée en lieu et place de la méthode classique de règle de conflit de lois, alors qu'en réalité elle n'en constitue qu'une variante, nécessaire parfois, inappropriée d'autres fois. Si la méthode de la reconnaissance prétend ne pas être une application de la méthode conflictuelle, elle le fait surtout pour cacher qu'elle est le plus souvent une mauvaise règle de conflit de lois.

965. L'importance excessive attribuée en doctrine à la méthode de la reconnaissance ne doit cependant pas cacher que les instruments adoptés à ce jour constituent des progrès certains dans l'optique de l'élaboration d'un système de droit international privé européen de la famille. Les instruments existants de droit international privé européen de la famille prouvent ainsi que l'Union européenne peut avancer dans la bonne direction. Néanmoins, ces instruments ne permettent pas de soutenir que l'ensemble est convaincant, puisque sur de nombreux points, tels par exemple la validité ou les effets personnels des relations familiales, le droit international privé européen de la famille reste inachevé. Ces instruments illustrent cependant que l'articulation des méthodes du droit international privé autour du rôle central de la règle de conflit de lois permet de concevoir le droit international privé européen de la famille de façon à respecter les fondements théoriques et politiques de la matière. Ils confirment notamment la possibilité de concevoir le droit international privé européen de la

³⁰⁰⁷ Voy. sur ce point not. les décisions de la Cour de justice sur la compétence externe de l'Union européenne en matière de droit international privé ; *Avis I/03*, [2006] 2006 I-01145 (Cour de justice) ; et *Avis I/13*, [2014]

famille comme un droit coordonnant la diversité des droits de la famille nationaux dans le sens de l'organisation de la responsabilité à l'égard des autres membres de la famille dans un contexte international ou européen. En cela, l'existence du droit international privé européen de la famille prouve que l'Union européenne peut avancer dans la bonne direction.

966. L'analyse du droit international privé européen de la famille actuel permet même de soutenir que celui-ci n'est pas si éloigné de l'idéal d'un droit respectueux du concept de devoir familial. En ce qui concerne la responsabilité parentale, l'on peut penser à l'efficacité du mécanisme de retour des enfants en cas d'enlèvement international d'enfant ou de la reconnaissance des droits de visite, qui vise à garantir l'exercice effectif des devoirs parentaux à l'égard de l'enfant. Quant aux relations patrimoniales à l'égard des enfants, l'efficacité du mécanisme de recouvrement des pensions alimentaires est également un outil indispensable pour assurer l'effectivité de l'obligation alimentaire dans un contexte transfrontière. Même en ce qui concerne les relations de couple, et en laissant ici de côté l'immixtion injustifiable dans le domaine du droit matériel, l'incitation à l'accord entre époux répond à un double souci, consistant premièrement à favoriser une attitude responsable des parents à l'égard des enfants et deuxièmement, face au constat d'échec du couple, à permettre à chaque conjoint d'aller de l'avant. Le problème est l'échec du couple, non la possibilité pour les époux de pouvoir consacrer juridiquement cet échec par consentement mutuel. Le consentement mutuel peut se défendre comme étant la meilleure façon d'agir de façon responsable pour autrui dans un contexte de rupture et d'échec de la relation affective. Ce qu'il faut éviter en tout cas est la situation dans laquelle un époux prend unilatéralement des initiatives qui nuisent à l'autre, ce qu'il peut faire pour le moment sur le fondement du règlement Bruxelles II *bis*. D'où la nécessité d'une loi objectivement applicable pour l'ensemble de l'Union européenne et d'un encadrement du choix de loi, mécanismes que l'on retrouve désormais en droit international privé européen de la famille à travers le règlement Rome III. Enfin pour les successions, la question de la relation entre liberté individuelle et responsabilité ou solidarité familiale est éminemment délicate. Mais finalement, en donnant au *de cuius* le pouvoir de déterminer avec précision comment sera organisée sa succession, ne lui donne-t-on pas, au-delà de la possibilité d'être irresponsable, surtout la possibilité d'être responsable à l'égard de ses héritiers en prenant des dispositions qui empêcheront notamment les désaccords familiaux après sa mort ? Savoir ce qu'est une organisation responsable de la

succession est une question très subjective, mais une fois acceptée cette subjectivité, ne doit-il pas revenir au défunt de déterminer quelle solution était la plus juste d'après lui ? Ici aussi, le droit international privé européen est donc davantage le moteur d'une responsabilité effective à l'égard des autres membres de la famille qu'un outil de dévalorisation des devoirs familiaux par la possibilité reconnue de s'en défaire unilatéralement, ce qui justifie alors l'objectif de reconnaissance et la circulation de la situation familiale au sein de l'ensemble de l'Union européenne.

967. Il est donc possible de surmonter la situation d'échec du droit de l'Union européenne par un droit international privé européen de la famille qui organise efficacement la pluralité des droits de la famille nationaux et assure ainsi l'effectivité des devoirs familiaux. Cela n'empêchera pas que des situations de friction entre l'ordre juridique de l'Union européenne et les ordres juridiques nationaux subsisteront, ni que ces frictions doivent être tranchées en dernier ressort dans le sens de la prétention des ordres juridiques nationaux à imposer au besoin leurs considérations d'ordre public international, y compris au détriment de l'unité de la situation familiale européenne. Ces situations de friction pourront cependant être prévenues et limitées par un droit international privé européen qui intègre la nécessité du respect des ordres juridiques nationaux et la met efficacement en œuvre, en amont, par un système de droit international privé articulé autour du rôle central d'une règle de conflit de lois conçue de façon à tenir compte de l'irréductible dimension nationale du droit de la famille. L'Union européenne répondrait ainsi non seulement aux exigences qui se déduisent des fondements théoriques et politiques de la matière, mais en proposant un droit international privé respectueux du concept de pluriel universel répondrait aussi au triple défi de l'identité, de la natalité et de la légalité.

968. L'Union européenne y trouverait en effet, d'abord, une nouvelle identité, « l'identité pluraliste de l'*unitas multiplex* »³⁰⁰⁸, dans un mouvement de « renaissance de l'Europe »³⁰⁰⁹ par lequel elle organise « son ouverture au monde »³⁰¹⁰ et qui « ne nécessite nulle homogénéisation [mais] requiert au contraire le libre épanouissement des cultures à travers des formes complexes d'échanges dialogiques »³⁰¹¹. L'Union européenne se doterait

³⁰⁰⁸ E. MORIN, *Penser l'Europe*, préc., note 166, spéc. p. 217.

³⁰⁰⁹ *Ibid.*, spéc. p. 258.

³⁰¹⁰ *Ibid.*

³⁰¹¹ *Ibid.*, spéc. p. 260.

ainsi de l'identité d'un véritable citoyen européen. Un citoyen qui ne s'épanouit pas dans l'œuvre technocratique et uniformisatrice d'un droit imposé d'en haut. Mais un citoyen qui s'épanouit et s'identifie, au contraire, dans la diversité des droits nationaux et dans la coordination harmonieuse de cette diversité, de façon, non seulement, à ce que chaque droit de la famille national soit le résultat d'un processus démocratique auquel les citoyens directement intéressés participent activement, mais aussi et surtout de façon à ce que chaque Etat national puisse continuer à défendre ses valeurs essentielles dans le contexte de l'Union européenne.

969. Au regard de la natalité, ensuite, il ne saurait naturellement appartenir à l'Union européenne elle-même de relever le défi d'une natalité en berne. Mais elle doit tout de même l'accompagner par l'élaboration d'un droit international privé qui permette aux familles européennes d'envisager avec sérénité l'avenir de leurs enfants, tout comme elle doit donner aux Etats nationaux les moyens d'élaborer le droit de la famille qui correspond le mieux aux besoins de chaque société nationale. D'après la formule célèbre et fondatrice du droit civil de la famille français, « les familles sont la pépinière de l'Etat »³⁰¹². Et il appartient aux Etats de pourvoir les familles du cadre juridique qu'ils estiment le plus approprié. Comme l'a si justement souligné le *Bundesverfassungsgericht* dans sa décision sur le traité de Lisbonne³⁰¹³, il en va du cœur même de la souveraineté nationale de chaque Etat.

970. Quant à la légalité, enfin, qui requiert une protection effective des droits de l'homme, le droit international privé européen de la famille permet de prendre conscience du risque de dérive contemporaine des droits de l'homme vers une conception qui en fait un outil directement contraire au concept originel et nécessaire de droits de l'homme. Or « chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme, et pratiqué séparément est générateur d'injustices »³⁰¹⁴. Il est donc urgent de revenir à la fonction fondamentalement sociale des droits de l'homme, ce qui, concernant les relations familiales

³⁰¹² Portalis, « Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le mariage et exposé des motifs par Portalis », dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Réimpression de l'édition de 1827, t. 9, par Otto Zeller, Osnabruck, 1968, spéc. p. 138. Portalis ajoute « et c'est le mariage qui forme les familles » (*ibid.*).

³⁰¹³ *Constitutionnalité du Traité de Lisbonne (« Lissabon-Urteil »)*, *Constitutionnalité du Traité de Lisbonne (« Lissabon-Urteil »)*, préc., note 2974 ; et sur celle-ci, not. la note et la traduction de K. M. BAUER, « Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union », *RTD eur.* 2009.799 et s.

³⁰¹⁴ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Presses universitaires de France, impr. 2008, Paris, France, 2008, spéc. p. 13.

européennes, ne saurait se faire sans l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille qui assure l'effectivité des devoirs enracinés dans les droits de la famille nationaux. Répondre au défi de la légalité requiert ainsi avant tout d'empêcher les individus de contourner la loi normalement applicable et impose au contraire le respect des devoirs prévus par la loi. Les droits de l'homme, pas plus que le droit international privé, ne doivent être un outil permettant de s'affranchir de la légalité. Ils doivent au contraire être un outil garantissant l'efficacité de la loi, tout en contrôlant la finalité de celle-ci, finalité qui doit être sociale, celle des devoirs et de la responsabilité à l'égard d'autrui.

971. L'Europe y trouverait le supplément d'âme qui permettrait aux nations européennes de s'identifier au projet européen, par l'émergence d'un véritable « patriotisme de l'Europe »³⁰¹⁵ autour d'une Union européenne respectueuse de la diversité de ses Etats membres. Evidemment, « si l'Europe émergente devait prendre un tour "germanique", "se racornir comme cuir dans le froid" pour camper sur un provincialisme défensif, [...] l'occasion serait manquée et jamais l'Union européenne ne dépasserait ses fonctions initiales. Elle ne resterait que la somme et le plus grand dénominateur commun des intérêts égoïstes de ses membres. En revanche, si le patriotisme de l'Europe pouvait trouver un moyen de se dépasser, de saisir l'esprit de la France idéalisée de Heine, pour "s'étendre non plus seulement à ses proches, mais [...] à tout le pays de la Civilisation", alors quelque chose de plus [serait] possible. Le XXe siècle – le siècle de l'Amérique – avait vu l'Europe sombrer dans l'abîme. Le redressement du vieux continent avait été un processus lent et incertain »³⁰¹⁶. Mais le redressement de l'Europe a eu lieu, preuve que de grandes choses sont possibles. Ainsi, « malgré les horreurs de leur passé récent – et dans une large mesure à cause d'elles -, les *Européens* [sont] désormais mieux à même que quiconque d'offrir au monde de modestes conseils sur la façon d'éviter de répéter leurs erreurs. Peu l'eussent prédit soixante ans plus tôt, mais le XXIe siècle pourrait bien appartenir encore à l'Europe »³⁰¹⁷.

³⁰¹⁵ T. JUDT, *Après-Guerre : Une histoire de l'Europe depuis 1945*, Fayard/Pluriel, Paris, 2010, spéc. p. 928.

³⁰¹⁶ *Ibid.* ; en référence à Heinrich Heine qui distingue le « patriotisme du Français [qui] consiste en ceci que son cœur s'échauffe, s'emplit de cette chaleur et grandit au point que son amour s'étend non plus seulement à ses proches, mais à toute la France, à tout le pays de la Civilisation » et le « patriotisme de l'Allemand [qui], à l'inverse consiste en ceci que son cœur se rétrécit, se racornit comme cuir dans le froid, qu'il hait l'étranger à son pays, qu'il n'est plus citoyen du monde, plus européen, mais seulement un Tudesque borné », H. HEINE, *L'école romantique*, (1^o éd. 1836), traduit par Pierre PENISSON, coll. Bibliothèque franco-allemande, Cerf, Paris, 1997, spéc. p. 142 (passage initialement censuré).

³⁰¹⁷ T. JUDT, *Après-Guerre : Une histoire de l'Europe depuis 1945*, préc., note 3082, spéc. p. 928.

972. L'Union européenne doit avoir l'ambition de donner un modèle utile en exemple au monde. Mais l'Europe ne pourra se saisir du XXI^e siècle qu'à condition de relever le défi d'une organisation de la pluralité sur le fondement de valeurs universelles respectueuses de cette pluralité. Autrement dit, le modèle que doit proposer l'Europe doit être celui d'un universel ouvert et pluriel. Le droit international privé européen de la famille est dans ce cadre à la fois un révélateur et un puissant vecteur des valeurs de l'Union européenne. Il constitue un outil indispensable pour saisir le rôle que veut jouer l'Union européenne vis-à-vis d'elle-même et de ses Etats membres, mais également vis-à-vis du monde. C'est à ce titre que le droit international privé européen de la famille dévoile tout le manque d'ambition et de courage de l'Europe à assumer ses valeurs fondatrices, au risque de verser dans une œuvre homogénéisatrice et standardisante. Tout comme il faut se demander si le droit de l'Union n'exalte pas les prérogatives individuelles à l'encontre des devoirs imposés par le Droit, dans une dynamique qui déstructure les ordres juridiques nationaux et œuvre, à travers cette déstructuration, à l'affaiblissement de l'idée même de Droit.

973. L'analyse des fondements du droit international privé européen de la famille est cependant porteuse aussi d'un certain optimisme. Des progrès ont pu être accomplis et de belles réalisations restent possibles, voire à portée de mains. Mais cet optimisme ne saurait occulter un profond pessimisme. Car les réalisations concrètes du droit international privé européen de la famille sont très en deçà des valeurs qui fondent la matière. Et la volonté politique en faveur, sinon de nouvelles réalisations concrètes, du moins, plus modestement, d'un approfondissement de la matière, est presque inexistante devant la peur omniprésente des institutions européennes que tout progrès du droit de l'Union européenne, même opéré dans le sens d'une protection accrue de la diversité des droits nationaux, puisse être perçu par les Etats membres comme allant à l'encontre de leurs intérêts nationaux. Le pessimisme ne doit cependant pas céder au défaitisme. L'absence de volonté politique ne doit pas conduire à une négation des valeurs qui sont au cœur de l'Europe et en faveur desquelles il faut continuer à se battre.

974. « Ceux qui vivent, ce sont ceux qui luttent »³⁰¹⁸. Pour que le droit international privé européen de la famille puisse s'épanouir, et, plus généralement, pour que l'Union européenne puisse réaliser les valeurs de l'Europe, il faut lutter pour que l'Union s'assume comme « véritable lieu du multiple »³⁰¹⁹ et tirer toutes les conséquences de cette valeur fondatrice de la construction européenne que Léopold Sédar Senghor plaçait, au sortir de la Seconde Guerre mondiale déjà, au cœur de « notre bien commun » d'Européens :

« L'unité sans la diversité serait contraire au génie même de l'Europe »³⁰²⁰.

³⁰¹⁸ Voy. HUGO, « Les Châtiments », dans J. HETZEL et A. QUANTIN (dir.), *Œuvres complètes de Victor Hugo*, t. Poésie. IV, livre IV (« La religion est glorifiée »), poème IX (« Ceux qui vivent, ce sont ceux qui luttent »), 1882 à la page 219.

³⁰¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : Du code pénal aux droits de l'homme*, 1e éd., coll. Quadrige, PUF, Paris, 2004, spéc. p. 377.

³⁰²⁰ L. S. SENGHOR, « Notre bien commun », dans Sophie JELEFF (dir.), *Les voix de l'Europe : sélection de discours prononcés devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*, Discours prononcé le 26 août 1949, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, spéc. p. 16- 19 à la page 17.

Bibliographie

I. Traités, ouvrages généraux et spéciaux, manuels, thèses

- ABOU (Sélim), *Cultures et droits de l'homme: leçons prononcées au Collège de France, mai 1990*, Hachette, Paris, 1992, 140 p.
- AKANDJI-KOMBE, (Jean François) (sous la direction de), *L'homme dans la société internationale: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- ALPA (Guido) et ANDENAS (Mads), *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005, XXI, 814 p.
- , *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.
- ANCEL (Bertrand), *Droit international privé comparé*, Paris, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, 2007, 92 p.
- , *Histoire du droit international*, Paris, coll. Cours de Master 1 de l'Université Panthéon-Assas, 2008, 196 p.
- , *Théorie générale du droit comparé*, Paris, coll. Cours de Master 2 de l'Université Panthéon-Assas, 2008, 196 p.
- , *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, coll. Cours de Master 2 droit international privé Paris II, 2004-2005, 2005-2006, 2006-2007.
- ANCEL (Bertrand) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Dalloz, Paris, 2006, xiv+814 p.
- ANTOKOLSKAIA (Masha), *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Intersentia, Antwerpen, Belgique, 2006, xxviii+565 p.
- ANTOKOLSKAJA, (Marija Vadimovna) (sous la direction de), *Convergence and divergence of family law in Europe*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. European family law series, n°18, 2007, xiv+282 p.

- APEL (Karl-Otto), *Discussion et responsabilité, II, Contribution à une éthique de la responsabilité*, traduit par Christian BOUCHINDHOMME et Rainer ROCHLITZ, Les Éd. du Cerf, 1998, Paris, 1998, 217 p.
- ARISTOTE, *Métaphysique*, Traduction de Jules Tricot (éd. de 1953), Éditions Les Échos du Maquis, 2014.
- ARRUE MONTENEGRO (Carlos Alberto), *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, Paris, 2011, xii+582 p.
- AUDIT (Bernard), *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)*, 186, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1984, 219-397 p.
- , *Le droit international privé en quête d'universalité, Cours général*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, n°305, 2003, 487 p.
- AUDIT (Bernard) et AVOUT (Louis d'), *Droit international privé*, Economica, Paris, 2013, xi+1140 p.
- BAARSMA (Nynke Anna), *The Europeanisation of international family law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011, xv+341 p.
- BADIOU (Alain), *Saint Paul : La Fondation de l'universalisme*, PUF, Paris, coll. Essais du Collège de philosophie, 1998, 128 p.
- BAETGE (Dietmar), *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, 1994, 194 p.
- BALDUS, (Christian) et (Peter-Christian) MÜLLER-GRAFF (sous la direction de), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? - Droit privé européen : l'unité dans la diversité : convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, Sellier European Law Pub., München, 2011, ix+313 p.
- BARBATO (Jean-Christophe), *La diversité culturelle en droit communautaire: contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, coll. Collection du Centre de Recherches Administratives, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2008, 599 p.
- BARBATO, (Jean-Christophe) et (Yves) PETIT (sous la direction de), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir?*, Bruylant, DL 2015, Bruxelles, Belgique, 2015, 442 p.

- BARBE (Emmanuel) et BOULLANGER (Hervé), *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne: un espace de liberté, de sécurité et de justice*, la Documentation française, Paris, 2002, 190 p.
- BARIATTI, (Stefania) (sous la direction de), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè, Milano, 2007, xvi+664 p.
- BARTIN (Etienne), *Etudes de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq, Paris, 1899, 284 p.
- BARTIN (Étienne), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, 1, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, France, 1930, 634 p.
- BARTL (Franziska), *Die neuen Rechtsinstrumente zum IPR des Unterhalts auf internationaler und europäischer Ebene*, Mohr Siebeck, 2012, 288 p.
- BATIFFOL (Henri), *Choix d'articles*., LGDJ, Paris, 1976, 504; 1; 1 p.
- , *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, 24 cm. p.
- , *Aspects philosophiques du droit international privé*, Préface Y. LEQUETTE (1^o éd. 1956), Dalloz, Paris, 2002, 346 p.
- BATIFFOL (Henri) et LAGARDE (Paul), *Traité de droit international privé*, 8^o éd., LGDJ, Paris, 1993, 668 p.
- BEAUD (Olivier), *Théorie de la Fédération*, 2^e éd., Presses Universitaires de France - PUF, Paris, 2009, 456 p.
- BEAUDOUIN (Christophe), *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, xi+544 p.
- BECK (Ulrich), *Das deutsche Europa: Neue Machtlandschaften im Zeichen der Krise*, 3^e éd., Suhrkamp Verlag, Berlin, 2012, 80 p.
- , *Non à l'Europe allemande*, AUTREMENT, Paris, 2013, 176 p.
- BENDELAC (Esther), *Le transfert de bien au décès autrement que par succession en droit international privé*, Reproduction de, Université Panthéon-Assas, Paris, France, 2014.
- BERGE, (Jean-Sylvestre), (Stéphanie) FRANCO, et (Miguel) GARDEÑES SANTIAGO (sous la direction de), *Boundaries of European private international law*, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2015, 718 p.
- BERGSON (Henri), *Les deux sources de la morale et de la religion*, Flammarion, Paris, 2012, 446 p.
- BERNREUTHER, (Jörn) (sous la direction de), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, European Law Publishers, München, 2010, xviii+763 p.

- BILLARANT (Serge), *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle*, Dalloz, Paris, 2004, xvi+526 p.
- BIRNBAUM, (Pierre) et (Jean) LECA (sous la direction de), *Sur l'individualisme: théories et méthodes*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1986, 379 p.
- BLOCH (Marc), *L'Histoire, la Guerre, la Résistance*, Gallimard, Paris, coll. Quarto, 2006, 1176 p.
- BOELE-WOELKI (Katharina), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia nv, 2003, 601 p.
- , *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp etc., coll. European family law series, n°10, 2005, xxi+372 p.
- BOELE-WOELKI, (Katharina), (Bente) BRAAT, et (Ian) CURRY-SUMNER (sous la direction de), *Maintenance between former spouses*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. European family law series, n°3, 2003, xxiii+495 p.
- , *Parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. European family law series, n°9, 2005, xviii+821 p.
- BOELE-WOELKI, (Katharina), (Nina) DETHLOFF, et (Werner) GEPHART (sous la direction de), *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Cambridge, coll. European family law series, n°35, 2014.
- BOELE-WOELKI, (Katharina), (Frédérique) FERRAND, (Cristina) GONZALEZ-BEILFUSS, (Maarit) JÄNTERÄ-JAREBORG, (Nigel) LOWE, (Dieter) MARTINY, et (Walter) PINTENS (sous la direction de), *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge etc., coll. European family law series, n°33, 2013, xiii+420 p.
- BOELE-WOELKI, (Katharina) et (Angelika) FUCHS (sous la direction de), *Legal recognition of same-sex relationships in Europe: national, cross-border and European perspectives*, Intersentia, Cambridge etc., coll. European family law series, n°32, 2012, xvi+310 p.
- BOELE-WOELKI, (Katharina), (Walter) PINTENS, (Frédérique) FERRAND, (Cristina) GONZALEZ-BEILFUSS, (Maarit) JÄNTERÄ-JAREBORG, (Nigel) LOWE, et (Dieter) MARTINY (sous la direction de), *Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. European family law series, n°7, 2004, xii+170 p.
- , *Principles of European family law regarding parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. European family law series, n°16, 2007, xv+331 p.

- BONOMI, (Andrea) et (Christina) SCHMID (sous la direction de), *Droit international privé de la famille: les développements récents en Suisse et en Europe : actes de la 24e Journée de droit international privé du 16 mars 2012 à Lausanne*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, coll. Publications de l'Institut suisse de droit comparé = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, n°71, 2013.
- BON, (Pierre) et (Didier) MAUS (sous la direction de), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, xxxiv+808 p.
- BORRAS (Alegría), *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, n°317, 2005, 313-536 p.
- BOT (Sophie), *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, Bruxelles, 2009, 738 p.
- BOUINEAU (Jacques), *Traité d'histoire européenne des institutions: Ier-XVe siècle*, 1, Litec, Paris, 2004, xii+696 p.
- , *Traité d'histoire européenne des institutions: XVIe-XIXe siècle*, 2, Litec, Paris, 2009, xiv+973 p.
- BOYSSON (Benoît de), *Mariage et conjugalité: essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, Paris, 2012, xiii+506 p.
- BRAGUE (Rémi), *Europe, la voie romaine*, Ed. rev. et augm. (1° éd. 1992), Folio, Paris, 1999.
- BREHIER (Émile), *Chrysippe et l'ancien stoïcisme*, Nouvelle édition revue (première édition 1910), Gordon & Breach, Londres, Paris, 1971, 297 p.
- BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Paris, 2001, x+426 p.
- BROWNSWORD (Professor Roger), MICKLITZ (Hans W), NIGLIA (Leone) et WEATHERILL (Stephen), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, 648 p.
- BRUGGER, (Winfried), (Ulfrid) NEUMANN, et (Stephan) KIRSTE (sous la direction de), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008, 480 p.
- BUBER (Martin), *Je et Tu*, Éd. revue et augmentée (éd. orig. 1923), Aubier, Paris, 2012, 154 p.
- BUBER (Martin) et CASPER (Bernhard), *Ich und du*, (1° éd. 1923), Reclam, Stuttgart, 1995, 142 p.
- BUCHER (Andreas), *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, coll. Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, 1975, xvi+252 p.

- , *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, 239, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1994.
- , *La famille en droit international privé*, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, n°283, 2000, 9-186 p.
- , *La dimension sociale du droit international privé*, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, n°341, 2009, 536 p.
- BUREAU (Dominique) et MUIR WATT (Horatia), *Droit international privé. Tome 1*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, 848 p.
- , *Droit international privé. Tome 2*, 3e édition, PUF, Paris, 2014, 752 p.
- BURGHHAUS (Julia), *Die Vereinheitlichung des internationalen Ehegüterrechts in Europa*, Peter Lang, 2010, 382 p.
- CADIET, (Loïc), (Pierre) CALLE, et (Thierry) LE BARS (sous la direction de), *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2009, xv+497 p.
- CAFAGGI, (Fabrizio) (sous la direction de), *The institutional framework of European private law*, Oxford University Press, Oxford, coll. Collected courses of the Academy of European Law, n°15/2, 2006, xxxiii+311 p.
- CALLE (Pierre), *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, 411 p.
- CAMUS (Albert), *Le mythe de Sisyphe*, (1^o éd^o 1942), Gallimard, Paris, 1985.
- CAPITANT (Henri), TERRE (François) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 2015, xxix+759 p.
- CARABOT (Myriam Benlolo), DAILLIER (Patrick) et BADINTER (Robert), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Emile Bruylant, Bruxelles, 2007, 782 p.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, LGDJ, Paris, 2001, 493 p.
- , *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris, 2006, 276 p.
- , *Essais sur les lois*, 2e édition, LGDJ, Paris, 2013, 174 p.
- CARLIER (Jean-Yves), *Autonomie de la volonté et statut personnel: étude prospective de droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, 468 p.
- CARLIER, (Jean-Yves) et (Elspeth) GUILD (sous la direction de), *L'avenir de la libre-circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2006, 322 p.
- CATALA (Pierre), LEQUETTE (Yves) et AUDIT (Bernard), *Le Code Civil, 1804-2004: un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, xii+1059 p.
- CHEVALLIER (Jacques), *L'État post-moderne*, 4^o (1^o éd. 2003), LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, 265 p.

- COESTER, (Michael), (Dieter) MARTINY, et (Karl August) von SACHSEN GESSAPHE (sous la direction de), *Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation - Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, C. H. Beck, München, 2004, xiv+913; 1 p.
- COLLECTIF, *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015.
- COLLINS (Hugh), *The European Civil Code: The Way Forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, xix+267 p.
- COLLINS (Lawrence), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, London, 2012, 2385+liv p.
- CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. BUREAU PERMANENT (sous la direction de), *A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon - Un engagement au service du droit international privé : mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge etc., Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2013, xxx+672; 1 p.
- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE, *Les familles sans frontières en Europe: mythe ou réalité ?*, Paris, France, 2005, xiv+838 p.
- CONRAD (Hermann), *Individuum und Gemeinschaft in der Privatrechtsordnung des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts*, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1955.
- CORNELOUP (Sabine), JAULT-SESEKE (Fabienne) et BARBOU DES PLACES (Ségolène), *Droit de la nationalité et des étrangers*, 1re éd., Presses universitaires de France, Paris, coll. Thémis., 2015, xxiii, 702 pages p.
- COURBE (Patrick), JOURDAIN (Patrice), DEMEESTER (Marie-Luce), JUBAULT (Christian) et PUIGELIER (Catherine), *Le monde du droit : Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, 1075 p.
- DABIN (Jean), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain, membre de l'Académie royale des sciences, de lettres et des beaux-arts de Belgique*, Bruylant, Sirey, Bruxelles etc., 1963, 968 p.
- DEBRAY (Régis), *Le moment fraternité*, Gallimard, Paris, 2009, 384 p.
- , *Éloge des frontières*, Gallimard, Gallimard, Paris, 2010, 104 p.
- DE LEVAL, (Georges) et (Mercedes) CANDELA SORIANO (sous la direction de), *Espace judiciaire européen: acquis et enjeux futurs en matière civile*, Larcier, Bruxelles, 2007, 382 p.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Le droit de la famille*, PUF, Paris, 1972, 125 p.
- , *Le flou du droit: Du code pénal aux droits de l'homme*, 1e éd., PUF, Paris, coll. Quadrige, 2004, 388 p.

- DENGEL (Katja), *Die europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*, Mohr Siebeck GmbH & Company K, 2014, 460 p.
- DERRIDA (Jacques), *L'écriture et la différence*, Éd. du Seuil, Paris, 1967, 437 p.
- DESCARTES (René), *Les méditations métaphysiques*, PUF, Paris, 1966, 315 p.
- DEVERS (Alain), *Le concubinage en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004, xvi+548 p.
- DIONISI-PEYRUSSE (Amélie), *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois-Lextenso, Paris, 2008, xiv+436 p.
- DOHRN (Heike), *Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im internationalen Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2004, 326 p.
- DOUCHY-OUUDOT, (Mélina) et (Emmanuel) GUINCHARD (sous la direction de), *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, Paris, 2012, vii+277 p.
- DUMONT (Louis), *Essais sur l'individualisme: une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Éd. revue et corrigée (1^o éd. 1983), Éd. du Seuil, Paris, 1991, 310 p.
- DUTOIT, (Bernard), (Josef) HOFSTETTER, et (Paul) PIOTET (sous la direction de), *Mélanges Guy Flattet: recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet*, Payot, Lausanne, 1985, xxx+551 p.
- EVRIGENIS (Dimitrios J), *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, 1966.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *La gestation pour autrui: fictions et réalité*, Fayard, Paris, 2013, 124 p.
- FADLALLAH (Ibrahim), *La famille légitime en droit international privé: le domaine de la loi applicable aux effets du mariage*, Dalloz, Paris, 1977, ix+393 p.
- FALLON (Marc), *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, n°253, 1996, 431 p.
- FALLON, (Marc), (Patrick) KINSCH, et (Christian) KOHLER (sous la direction de), *Le droit international privé européen en construction : vingt ans de travaux du GEDIP - Building European Private International Law : Twenty Years' Work by GEDIP*, Intersentia, Cambridge, 2011, viii+888 p.
- FALLON, (Marc), (Paul) LAGARDE, et (Sylvaine) POILLOT-PERUZZETTO (sous la direction de), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Textes issus des actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008 par

- l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé, Dalloz, Paris, 2009, ix+198 p.
- , *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Ouvrage reprenant les actes du colloque organisé à Toulouse les 17 et 18 mars 2011 par l'Institut de recherche en droit européen, international et comparé, Peter Lang, Bruxelles et a., coll. Euroclio, 2011, 388 p.
- FAURE, (Michael G.), (Jan) SMITS, et (Hildegard) SCHNEIDER (sous la direction de), *Towards a European ius commune in legal education and research: proceedings of the Conference held at the occasion of the 20th anniversary of the Maastricht Faculty of Law*, Intersentia, Antwerpen etc., coll. Ius commune europaeum, n°40, 2002, xviii+308 p.
- FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, 272, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, 1996, xix, 451 p.
- FAUVARQUE-COSSON, (Bénédicte), (Étienne) PATAUT, et (Judith) ROCHFELD (sous la direction de), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, Paris, 2011, xii+129 p.
- FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Réimpression de l'édition de 1827, t. 9, par Otto Zeller, Osnabruck, 1968.
- FENOUILLET (Dominique), *Droit de la famille*, 3e édition, Dalloz, Paris, coll. Cours Dalloz., 2013, vi, 595 p.
- FENTIMAN, (Richard), (Arnaud) NUYTS, (Haris) TAGARAS, et (Nadine) WATTE (sous la direction de), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 350 p.
- FLAESCH-MOUGIN (Catherine) et ROSSI (Lucia Serena), *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Primento, 2013, 567 p.
- FLAUSS-DIEM, (Jacqueline) et (Georges) FAURE (sous la direction de), *Du PACS aux nouvelles conjugalités: où en est l'Europe ?*, PUF, Paris, 2005, 204 p.
- FLAVIER (Hugo), *La contribution des relations extérieures à la construction de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, xxvi+885 p.
- FONGARO, (Éric) (sous la direction de), *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis : La Semaine juridique notariale et immobilière, Paris, 2013, xv+135 p.

- FRANDESCAKIS (Phocion), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, ii+306 p.
- , *La pensée des autres en droit international privé: comptes rendus bibliographiques (1946-1984), réunis en hommage à leur auteur*, Université Aristote de Thessalonique, Thessalonique, coll. Annales / Université Aristote de Thessalonique, Faculté de droit, n°1, 1985, xlvi+497 p.
- FRANCO (Stéphanie), *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2005, xiv+722 p.
- FREITAG, (Robert) (sous la direction de), *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert: Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Ulrich Spellenberg*, Sellier, München, 2006, x+205 p.
- FRICERO (Natalie), *L'essentiel de l'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*, Gualino : Lextenso, Paris, 2011, 154 p.
- FROMM (Erich), *To Have or To Be ?*, Harper & Row, New York, 1976, xxiv+215 p.
- , *Haben oder Sein: Die seelischen Grundlagen einer neuen Gesellschaft*, 38° éd. (1° éd. 1979), traduit par Brigitte STEIN, Deutscher Taschenbuch Verlag, Stuttgart, Allemagne, 2011, 220 p.
- FUCHS, (Angelika), (Horatia Muir) WATT, (Étienne) PATAUT, et (Jean-Sylvestre) BERGE (sous la direction de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 2004, 295 p.
- FULCHIRON (Hugues), *Autorité parentale et parents désunis*, Éd. du C.N.R.S, Paris, 1985, 260 p.
- , *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vii+610 p.
- , *Les enlèvements internationaux d'enfants*, Presses universitaires de France, Paris, 2005, 61 p.
- , *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Paris, 2009, xix+321 p.
- , *Les solidarités entre générations*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 1149 p.
- FULCHIRON, (Hugues) et (Christine) BIDAUD-GARON (sous la direction de), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, vii+276 p.

- FULCHIRON, (Hugues) et (Cyril) NOURISSAT (sous la direction de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, x+426 p.
- FULCHIRON, (Hugues), (Cyril) NOURISSAT, (Edouard) TREPPOZ, et (Alain) DEVERS (sous la direction de), *Travaux dirigés. Droit international privé*, LexisNexis, Paris, 2013.
- FULCHIRON, (Hugues) et (Jehanne) SOSSON (sous la direction de), *Parenté, filiation, origines: le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 365 p.
- FUNKEN (Katja), *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Mohr Siebeck, 2009, 440 p.
- GALLANT (Estelle), *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, Paris, 2004, xviii+440 p.
- GANNAGE (Léna), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, n°353, 2001, xiv+382 p.
- , *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, n°357, 2011, 223-490 p.
- GARCIA (Kiteri), *Le droit civil européen*, Thèse de doctorat, Université de Limoges. Faculté de droit et des sciences économiques, Limoges, 2006.
- , *Le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008, 674 p.
- GARGOULLAUD (Stéphanie) et VASSALLO (Bénédicte), *Réinventer la famille ?*, La Documentation française, Paris, 2013, 154 p.
- GARRIGUE (Jean), *Les devoirs conjugaux: réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2012, 648 p.
- GAUDEMET-TALLON (Hélène), *Recherches sur les origines de l'article 14 du code civil: contribution à l'histoire de la compétence judiciaire internationale*, PUF, Paris, 1964, viii+96 p.
- , *La désunion du couple en droit international privé*, 226, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1991, 9-280 p.
- , *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général*, 312, Leyde, coll. RCADI, 2005, 488 p.
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5e édition, LGDJ, Paris, 2015, 887 p.

- GERKENS, (Jean-François) (sous la direction de), *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, lxxxiv+1802 p.
- GLÖCKNER (Hans Peter), *Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48.19.18): zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Klostermann, Francfort-sur-le-Main, coll. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1989, 580 p.
- GOLDSCHMIDT (Werner), *Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts*, Mohr.
- GONZALEZ CAMPOS (Julio D), *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, n°287, 2002, 426 p.
- GRANERIS (Giuseppe), *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Società editrice internazionale, Turin, 1949, 235 p.
- GRATALOUP (Sylvain), *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, Paris, 1998, xv+600 p.
- GUEHENNO (Jean-Marie), *La fin de la démocratie*, (1° éd. 1993), Flammarion, Paris, 1995, 170 p.
- GUILLAUME (Johanna), *L'affaiblissement de l'Etat-Nation et le droit international privé*, LGDJ, Paris, 2011, xiii+576 p.
- GUINCHARD (Serge), CHAINAIS (Cécile) et FERRAND (Frédérique), *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32° éd., Dalloz, Paris, coll. Précis, 2014, 1600 p.
- GUTMANN (Daniel), *Le sentiment d'identité: étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Paris, 2000, xi+520 p.
- GUTZWILLER (Max), *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, Gschwend, Tschopp & Company, 1923, 168 p.
- , *Geschichte des Internationalprivatrechts: von den Anfängen bis zu den grossen Privatrechtskodifikationen*, Basel, 1977, xvii+326 p.
- HABERMAS (Jürgen), *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1° éd. (identique à la 4° éd. rev. et compl. 1994, 1° éd. 1992), Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, coll. Taschenbuch Wissenschaft, 1998, 704 p.
- , *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, (1° éd. 1996), Suhrkamp, Frankfurt am Main, Allemagne, 1999, 404 p.

- HABERMAS (Jürgen) et RAWLS (John), *Débat sur la justice politique*, traduit par Catherine AUDARD et Rainer ROCHLITZ, Cerf, Paris, 2005, 187 p.
- HAMZA (Gábor), *Le développement du droit privé européen: le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Bibliotheca Iuridica, Publications de la Faculté de Droit de l'Université Eötvös Loránd, Budapest, 2005, 227 p.
- HART (Herbert Lionel Adolphus), *Le Concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, 314 p.
- , *The concept of law*, 3^e éd (éd. orig. 1961), Oxford, 2012, lv+333 p.
- HATTENHAUER (Hans), *Europäische Rechtsgeschichte*, 4^e éd., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, xiv+955 p.
- HEINE (Heinrich), *L'école romantique*, (1^o éd. 1836), traduit par Pierre PENISSON, Cerf, Paris, coll. Bibliothèque franco-allemande, 1997, 150 p.
- HEIN (Jan von), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2015, lv+2795 p.
- HERACLITE, *Fragments*, 5^e éd., PUF, Paris, 2011, 496 p.
- HESS (Burkhard) et PFEIFFER (Thomas), *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union européenne (IPOL-JURI_ET(2011)453189_FR)*, Bruxelles, 2011.
- HEUZE, (Vincent) et (Jérôme) HUET (sous la direction de), *Construction européenne et État de droit*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012, 298 p.
- HEYMANN (Jeremy), *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010, xviii+423 p.
- HILBIG-LUGANI, (Katharina), (Dominique) JAKOB, (Gerald) MÄSCH, (Philipp) REUB, et (Christoph) SCHMID (sous la direction de), *Zwischenbilanz - Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*.
- HOLLEAUX (Dominique), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Paris, 1970, x+456 p.
- HOLZHACKER, (Ronald) et (Paul) LUIF (sous la direction de), *Freedom, security and justice in the European Union: internal and external dimensions of increased cooperation after Lisbon Treaty*, Springer, New York, 2014, v+146 p.
- HUMMER, (Waldemar) et (Walter) OBWEXER (sous la direction de), *Der Vertrag von Nizza: mit EU- und EG-Vertrag in konsolidierter Fassung sowie EU-Charta der Grundrechte samt Erläuterungen*, Manzsche, Wien, 2001, xv+364 p.

- HUNTER-HENIN (Myriam), *Pour une redéfinition du statut personnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, 601 p.
- ISENSEE, (Josef) et (Paul) KIRCHHOF (sous la direction de), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, Allemagne, 2008, xlii+1392 p.
- JAYME (Erik), *Pasquale Stanislao Mancini: Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Gremer, Ebelsbach, 1980, 69 p.
- , *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, 251, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1991, 9-267 p.
- , *Internationales Privatrecht: Ideengeschichte von Mancini und Ehrenzweig zum Europäischen Kollisionsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2009, 472 p.
- JAYME, (Erik), (Heinz-Peter) MANSEL, et (Jürgen) BASEDOW (sous la direction de), *Nation und Staat im internationalen Privatrecht : zum kollisionsrechtlichen Staatsangehörigkeitsprinzip in verfassungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Sicht : Symposium 1988 in Heidelberg*, Müller, Heidelberg, coll. Motive, Texte, Materialien, 1990.
- JELEFF, (Sophie) (sous la direction de), *Les voix de l'Europe: sélection de discours prononcés devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, 304 p.
- JOUAN, (Marlène) et (Sandra) LAUGIER (sous la direction de), *Comment penser l'autonomie?: entre compétences et dépendances*, PUF, Paris, 2009, vi+461 p.
- JUDT (Tony), *Après-Guerre: Une histoire de l'Europe depuis 1945*, Fayard/Pluriel, Paris, 2010.
- JULLIEN (François), *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, Paris, 2008, 263 p.
- KADDOUS (Christine), *D'Amsterdam à Lisbonne: dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J, Bâle, coll. Dossiers de droit européen, n°20, 2010, xii+221 p.
- KAHN (Franz), *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 1, Duncker & Humblot, Munich, 1928, xvi+503 p.
- , *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, t. 2, Duncker & Humblot, Munich, 1928, viii+449 p.
- KEGEL (Gerhard), *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, Allemagne, 1987, xxxiii+795 p.

- KIENINGER, (Eva-Maria) et (Oliver Robert Matthias) REMIEN (sous la direction de), *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, Nomos, Baden-Baden, coll. Ius Europaeum, n°52, 2012.
- KIRCHNER (Hildebert), *Abkürzungen für Juristen: Alphabetisches Verzeichnis der Abkürzungen*, 2. Neubearb. Aufl. 1993. Reprint 2013, De Gruyter, Berlin ; New York, 1992, 220 p.
- KLEIN, (Eckart) et (Christoph) MENKE (sous la direction de), *Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit*, BWV Verlag, Berlin, 2011, 252 p.
- KLEINER (Caroline), *La monnaie dans les relations privées internationales*, LGDJ, Paris, 2010, xiv+446 p.
- KNETSCH (Jonas), LEQUETTE (Yves) et KATZENMEIER (Christian), *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: analyse en droits français et allemand*, LGDJ, DL 2013, Paris, France, 2013, xxv+593 p.
- KOHLER (Christian), *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, coll. RCADI, n°359, 2012, 285-478 p.
- KRÄNZLE (Michael), *Heimat als Rechtsbegriff?: Eine Untersuchung zu Domicile und gewöhnlichem Aufenthalt im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung*, Mohr Siebeck, 2014, 360 p.
- KROLL-LUDWIGS (Kathrin), *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, 708 p.
- KURZ (Edelbert), *Individuum und Gemeinschaft beim heiligen Thomas von Aquin*, Verlag Josef Kösel und Friedrich Pustet, Munich, 1932.
- LAGARDE (Paul), *Le Principe de proximité dans le droit international privé contemporain: cours général de droit international privé*, 196, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1986, 237 p.
- , *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, 238 p.
- , *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014*, 371, Leyde, coll. RCADI, 2015, 9-42 p.
- LAINÉ (Armand), *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, F. Pichon, Paris, 1888.

- LALIVE (Pierre), *Tendances et méthodes en droit international privé : cours général*, 155, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1977, 3-424 p.
- LASCH (Christopher) et MICHEA (Jean-Claude), *La culture du narcissisme: la vie américaine à un âge de déclin des espérances*, traduit par Michel Lee LANDA, Bernard Hœpffner et Catherine Goffaux, Flammarion, Paris, France, 2008, 332 p.
- LASZLO-FENOUILLET (Dominique), *La conscience*, LGDJ, Paris, 1993, xxi+550 p.
- LASZLO-FENOUILLET, (Dominique) et (Pascal) de VAREILLES-SOMMIERES (sous la direction de), *La contractualisation de la famille:*, Economica, Paris, 2001, vi+327 p.
- LAUPIES (Frédéric), *Premières leçons de philosophie*, Presses universitaires de France, Paris, 2009, iv+113 p.
- LEBORGNE, (Anne) et (Isabelle) BARRIERE-BROUSSE (sous la direction de), *Actualité du droit international privé de la famille: actes du colloque organisé par le Centre Pierre Kayser le 21 décembre 2007*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009, 145 p.
- LE BOS (Yves-Edouard), *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010, xii+398 p.
- LECA, (Antoine) et (Sophie) DE CACQUERAY (sous la direction de), *La fin de vie et l'euthanasie*, les Études hospitalières, Bordeaux, coll. Colloques du CDSA, 2008, 311 p.
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996, 475 p.
- LEIBLE, (Stefan) et (Hannes) UNBERATH (sous la direction de), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, sellier european law publishers, Jena, 2013, 516 p.
- LEIFELD (Janis), *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, 2010, 276 p.
- LEQUETTE (Yves), *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 20, Dalloz, Paris, coll. Bibliothèque de droit international privé, 1976, vii, 335 p.
- , *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, 246, Leyde, coll. RCADI, 1994, 9-233 p.
- LEQUETTE, (Yves) et (Denis) MAZEAUD (sous la direction de), *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, coll. Colloques, ISSN 1765-0305, 2014, 220 p.

- LEROYER, (Anne-Marie) et (Emmanuel) JEULAND (sous la direction de), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes & commentaires, 2004, vi+181 p.
- LE ROY, (Etienne) (sous la direction de), *Les Pluralismes juridiques*, Karthala, Paris, 2004.
- LEVINAS (Emmanuel), *Humanisme de l'autre homme*, LGF - Livre de Poche, Paris, coll. Livre de poche, 1987, 122 p.
- , *Altérité et transcendance*, (1^o éd. 1995 chez Fata Morgana), Le Livre de Poche, Paris, coll. Biblio Essais, 2006, 185 p.
- LEVI-STRAUSS (Claude), *Tristes tropiques*, Plon, Paris, coll. Presses pocket, 2001, 504 p.
- LOON (Hans VAN), *International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption*, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, n^o244, 1993, 191-456 p.
- LOPEZ DE TEJADA (Maria), *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, Paris, 2013, xvi+443 p.
- LORANDI, (Franco) (sous la direction de), *Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, Zürich etc., 2011, xvi+1196 p.
- LYOTARD (Jean-François), *La condition postmoderne : Rapport sur le savoir*, Les éditions De Minuit, Editions de Minuit, Paris, 1979, 109 p.
- MADINIER (Gabriel), *Conscience et amour: essai sur le « nous »*, 3^o éd. (1^o éd. 1938), PUF, Paris, 1962, ix+126 p.
- MAGNETTE (Paul), *La citoyenneté européenne: droits, politiques, institutions*, Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, 249 p.
- MAGNETTE, (Paul) et (Anne) WEYEMBERGH (sous la direction de), *L'Union européenne: la fin d'une crise ?*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2008, 250 p.
- MAILHE (Francois), *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions: le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Reproduction de, École doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé, Paris, France, 2013.
- MALAURIE (Philippe) et FULCHIRON (Hugues), *La famille*, 4^o éd., Defrénois, Paris, 2011, viii+748 p.
- MANENT (Pierre), *La Raison des nations: Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard, Paris, 2006, 112 p.
- MANSEL (Heinz-Peter), *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, C.H.Beck, Munich, 1996.

- MANSEL, (Heinz P.), (Thomas) PFEIFFER, (Herbert) KRONKE, (Christian) KOHLER, et (Rainer) HAUSMANN (sous la direction de), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, München, 2004, 1858 p.
- MARCHADIER (Fabien), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, xxi+728 p.
- MARMISSE (Anne), *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, Limoges, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, 2000, 509 p.
- MARTINEZ (Gregorio Peces-Barba), *Michel Villey et les droits de l'homme*, 71, Ed. juridiques associées, 2009.
- MARX (Karl), *Die heilige Familie oder Kritik der kritischen Kritik*, (éd. orig. 1845), trediton, Hamburg, 2011, 276 p.
- MARZAL YETANO (Antonio), *La dynamique du principe de proportionnalité: essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut universitaire Varenne, Clermont-Ferrand, 2014, xv+546 p.
- MAYER (Pierre), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, xi+244 p.
- , *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, Leyde, coll. RCADI, 2007, 400 p.
- MAYER (Pierre) et HEUZE (Vincent), *Droit international privé*, LGDJ, Domat, Issy-les-Moulineaux, 2014, 788 p.
- MEIJERS (Eduard Maurits), *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, n°49, 1934, 543-686 p.
- , *Études d'histoire du droit international privé : Contribution à l'histoire du droit international privé et pénal en France et dans les Pays-Bas aux XIII^e et XIV^e siècles*, traduit par Pierre-Clément TIMBAL et Josette METMAN, Éditions du CNRS, Paris, 1967, 178 p.
- MELLONE (Marco), *Le droit international privé communautaire en matière matrimoniale*, Thèse doctorat, Université de Strasbourg, 2009-....., France, 2010.
- MISTELIS (Loukas A), *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht: zur Lehre einer parteispezifischen Qualifikation im Kollisionsrecht der privaten Wirtschaft*, Mohr Siebeck, 1999, 342 p.

- MOATTI (Claudia), *La raison de Rome : Naissance de l'esprit critique à la fin de la République*, Seuil, Paris, 1997.
- MORIN (Edgar), *Penser l'Europe*, Ed. revue et complétée (1ère éd. 1987), Gallimard, Paris, coll. Folio/Actuel, 1990, 262 p.
- , *Pour une politique de civilisation*, Editions Arléa, Paris, 2002.
- , *Introduction à la pensée complexe*, Nouv. éd. (1^o éd. 1990), Seuil, Paris, 2005.
- , *La complexité humaine*, Flammarion, Paris, 2008.
- , *Culture et barbarie européennes*, Bayard, Paris, 2009, 93 p.
- MUIR WATT, (Horatia), (Louis) D'AVOUT, et (Dominique) BUREAU (sous la direction de), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, xxv, 735 pages p.
- MUIR WATT, (Horatia) et (Diego P.) FERNANDEZ ARROYO (sous la direction de), *Private international law and global governance*, Oxford University Press, Oxford, coll. Law and global governance series, 2014, VI+391 p.
- NADAUD (Séverine), *Codifier le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008, 464 p.
- NEIRINCK (Claire) et GROSS (Martine), *Parents-enfants: vers une nouvelle filiation ?*, la Documentation française, Paris, 2014, 190 p.
- NEUMEYER (Karl), *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus*, 2, Munich-Berlin-Leipzig, 1901.
- NIBOYET (Jean-Paulin), *Traité de droit international privé français*, t. III, Recueil Sirey, Paris, 1944.
- NIBOYET (Jean Paulin), *Cours de droit international privé français*, 2^o éd., Recueil Sirey, Paris, 1949, 694 p.
- OGEREAU (François), *Essai sur le système philosophique des stoïciens*, Réédition, première édition 1885, Encre Marine, La Versanne, 2002, 390 p.
- OPPETIT (Bruno), *Le droit international privé, droit savant*, 234, Brill, Nijhoff, Leyde, Boston, coll. RCADI, 1992, 335+433 p.
- OST (François), *Traduire: défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009, 421 p.
- OST (François) et VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596; 2 p.
- OTIS, (Ghislain) (sous la direction de), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012, 288 p.

- OUEDRAOGO (Richard), *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 533 p.
- PAGANO, (Emilio) (sous la direction de), *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, Italie, 2012, xvi+85 p.
- PANET (Amélie), *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne: contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Thèse de doctorat, Jean Moulin (Lyon 3), Lyon, 2014.
- PAPAUX (Alain) et WYLER (Éric), *L'éthique du droit international*, PUF, Paris, 1997, 127 p.
- PARTSCH (Philippe-Emmanuel), *Le droit international privé européen: de Rome à Nice*, Larcier, Bruxelles, coll. Collection de thèses, 2003, 500 p.
- PASCAL (Blaise), *Oeuvres complètes*, Seuil, Paris, 1963, 676 p.
- PATOCCHI (Paolo Michele), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Schulthess Verlag, coll. Schweizer Studien zum Internationalen Recht, n°42, 1985, 392 p.
- PATTI, (Salvatore) et (Maria Giovanna) CUBEDDU (sous la direction de), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, xiv+393 p.
- PEROZ (Hélène), *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2005, viii+310 p.
- PEROZ (Hélène) et FONGARO (Éric), *Droit international privé patrimonial de la famille*, Litec, Paris, 2010, xix+562 p.
- PICHERAL (Caroline), *L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, la Documentation française, Paris, 2001, 426 p.
- PRÜM (André) et UNIVERSITE DU LUXEMBOURG. FACULTE DE DROIT (d'économie et de finance), *Les frontières du droit privé européen.*, Larcier, DL 2012, Bruxelles, Belgique, 2012, 369 p.
- PULJAK (Marie-Paule), *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille (PUAM), Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 2003, 451 p.
- RAAPE (Leo), *Internationales Privatrecht*, 4^o éd., Vahlen, Frankfurt am Main, 1955, xv+671 p.
- RAMET (Stéphanie), *Le droit communautaire et la famille*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2001.

- RAMOND, (Charles) (sous la direction de), *Derrida. La déconstruction*, PUF, Paris, coll. Débats philosophiques, 2008, 168 p.
- RAMOS, (Rui Manuel Gens de Moura) (sous la direction de), *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, xxiv+868 p.
- REGLIER (Anne-Claire), *L'appréhension de la famille européenne*, Aix-en-Provence, France, 2013, 1031 p.
- REMY (Benjamin), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, Paris, 2008, xvi+466 p.
- RICHEZ-PONS (Anne), *La résidence en droit international privé: conflits de juridictions et conflits de lois*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, Lyon, 2004 https://scd-resnum.univ-lyon3.fr/out/theses/2004_out_richez_pons_a.pdf.
- RIEKS (Julia), *Anerkennung im Internationalen Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, coll. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, ISSN 0935-5383, n°13, 2012, 265 p.
- ROCCATI (Marjolaine), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen: du marché intérieur à la coopération civile*, Bruylant, Bruxelles, coll. Collection droit de l'Union européenne, n°35, 2013, 623 p.
- ROMANO (Gian Paolo), *Le dilemme du renvoi en droit international privé: la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, Genève, 2015, xxvi+738 p.
- ROMANO (Santi), *L'ordre juridique*, traduit par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, réimpression de la traduction française de la 2e édition (1945) ; introduction de Phocion Francescakis, Dalloz, Paris, 2002, xxii+174 p.
- ROSANVALLON (Pierre), *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Éd. du Seuil, Paris, 2008, 367 p.
- ROUET, (Gilles) (sous la direction de), *Citoyennetés et nationalités en Europe: articulations et pratiques*, l'Harmattan, Paris, 2011, 265 p.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), *Du contrat social*, GF Flammarion, Paris, 2001, 256 p.
- SAINT-EXUPERY (Antoine de), *Vol de nuit*, Gallimard, Paris, 1971, 187 p.
- SAINT-PERN (Laure de), *La notion de filiation en droit comparé: droit français et droit anglais*, Reproduction de, Panthéon-Assas, Paris, 2013.
- SALAME (Georgette), *Le devenir de la famille en droit international privé: une perspective postmoderne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), Aix-Marseille, 2006, 549 p.

- SARTRE (Jean-Paul), *L'existentialisme est un humanisme*, (1^o éd. 1946), Gallimard, Paris, 1996, 108 p.
- , *L'être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, (éd. orig. 1943), Gallimard, Paris, 2012, 676 p.
- SAVATIER (René), *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1937, 179 p.
- , *Le droit, l'amour et la liberté*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1963, 224 p.
- SAVIGNY (Friedrich Carl von), *System des heutigen Römischen Rechts, 1. Band*, 1. Auflage, Veit, Berlin, 1840, L, 429 S. p.
- , *System des heutigen romischen Rechts, 8. Band*, Veit und Comp., Berlin, 1849, 564 p.
- , *Traité de droit romain, tome I*, traduit par Charles GUENOUX, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1855.
- , *Traité de droit romain, tome VIII*, 2^e éd., traduit par Charles GUENOUX, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1860, 544 p.
- SCELLE (Georges), *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Année 1952, fasc. n^o 4, Publications du Centre européen universitaire de Nancy, Département des sciences politiques, Nancy, 1952, 57 p.
- SCHMIDT (Johannes), *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht: Eine Analyse der Entscheidungen des EuGH zum EuGVÜ und der EuGVVO*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 328 p.
- SCHMIDT (Vivien Ann), *Democracy in Europe: the EU and national politics*, Oxford University Press, Oxford, 2006, xv+317 p.
- , *La démocratie en Europe: l'Union européenne et les politiques nationales*, traduit par Christine MERLLIE-YOUNG, la Découverte, Paris, 2010, 380 p.
- SCHNITZER (Adolf Friedrich), *De la diversité et de l'unification du droit: aspects juridiques et sociologiques*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1946, 111 p.
- SCHOFIELD (Malcolm), *The Stoic Idea of the City*, 2^o édition, University of Chicago Press, Chicago, 1999, 176 p.
- SENECA (Lucius Annaeus), *Sénèque le philosophe: Œuvres complètes*, J. J. Dubochet & C^o, Paris, 1838, 950 p.
- SEVE, (René) et (Dominique) LASZLO-FENOUILLET (sous la direction de), *La famille en mutation*, Dalloz, Paris, coll. Archives de philosophie du droit, 2014, 583 p.

- SIFFREIN-BLANC (Caroline), *La parenté en droit civil français: étude critique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009, 679 p.
- SINGLY (François de), *L'individualisme est un humanisme*, Editions de l'Aube, La Tour-d'Aigues, 2005, 125 p.
- SIRI (Luc), *Les conflits de lois du XIIe au XVIIIe siècle*, Reproduction de, Panthéon-Assas, Paris, 2011.
- SLOT (Pieter Jan) et BULTERMAN (Mielle), *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, 323 p.
- SOCIETE JEAN BODIN (sous la direction de), *L'étranger*, 2e édition (éd. orig. 1958), Dessain et Tolra, Paris, 1984.
- SONNENBERGER (Hans Jürgen) et MANGOLDT (Hans Karl von), *Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effektive Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht*, Müller, Heidelberg, coll. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, n°29, 1988, 147 p.
- STORY (Joseph), *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 1^o éd., Hilliard, Gray, Boston, 1834, 606 p.
- , *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic,: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements*, 2^o éd., Maxwell et a., 1841, 966 p.
- , *Commentaries on the Conflict of Laws: Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 3^o éd., Little, Brown, 1846, 1100 p.
- SUPIOT (Alain), *Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Points, Paris, coll. Essais, 2009, 333 p.
- , *L'esprit de Philadelphie : La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010.
- TAINÉ (Hippolyte), *Philosophie de l'art*, Slatkine, Paris, 1909, 684 p.
- TERRE (François), LEQUETTE (Yves) et SIMLER (Philippe), *Droit civil: les obligations*, 11e éd., Dalloz, Paris, coll. Précis Dalloz., 2013, xi, 1594 p.
- TEUBNER (Gunther), *Recht als autopoietisches System*, 1^{re} éd., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, 227 p.
- , *Le droit, un système autopoïétique*, PUF, Paris, coll. Les voies du droit, 1993, 296 p.
- , *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994, xv + 393 p.

- THURILLET-BERSOLLE (Angélique), *Droits européens et droit de la famille: contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse de doctorat, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Dijon, 2011.
- TIMBAL (Pierre-Clément), CASTALDO (André) et MAUSEN (Yves), *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 2009, xi+702 p.
- TITTEL, (Josef) (sous la direction de), *Multitudo legum, ius unum. : Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag.*, Interrecht, Berlin, 1973.
- TOCQUEVILLE (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, I, Gallimard, Paris, coll. Folio/Histoire, 1986, 631 p.
- , *De la démocratie en Amérique*, II, Gallimard, Paris, coll. Folio/Histoire, 1986, 471 p.
- TODD, *La Diversité du monde : Famille et modernité*, (Rééd. augm. d'une préf., 1^o éd. 1983), Seuil, Paris, 1999, 435 p.
- TODD (Emmanuel), *L'enfance du monde : Structures familiales et développement*, Seuil, Paris, 1984, 251 p.
- , *La Nouvelle France*, (1^o éd. 1988), Éd. du Seuil, Paris, France, 1990, v+283 p.
- , *L'invention de l'Europe*, Seuil, Paris, coll. Points Essais, 1996, 679 p.
- , *Après la démocratie*, Gallimard, Paris, 2008, 257 p.
- TODOROV (Tzvetan), *Les ennemis intimes de la démocratie*, Robert Laffont, Paris, coll. Versilio, 2012, 259 p.
- TOURME-JOUANNET (Emmanuelle), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?: le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, Paris, 2011, 306 p.
- TROPER (Michel), *La philosophie du droit*, 4^o éd. (1^o éd. 2003), PUF, Paris, 2015, 126 p.
- VANDERLINDEN (Jacques), *Les pluralismes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, coll. Penser le droit, ISSN 2031-5007, 2013, viii+407 p.
- VAN HOOGSTRATEN (Matthijs Herbert), *La codification par traité en droit international privé dans le cadre de la conférence de La Haye*, 122, Leyde, coll. RCADI, 1967, 337 et s. p.
- VAREILLES-SOMMIERES (Pascal de), *L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère*, Leiden, Pays-Bas, Etats-Unis d'Amérique, coll. RCADI, 2014.
- VENTURINI, (Gabriella) et (Stefania) BARIATTI (sous la direction de), *Nuovo strumenti del diritto internazionale privato - Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, xxxvii+1020 p.

- VIANGALLI (François), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, 515 p.
- VIGAND (Solange), *La construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice: vers un droit international privé communautaire de la famille*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, 2005.
- VIGNAL (Thierry), *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, Thèse de doctorat, Paris 2, Panthéon-Assas, Paris, 1993.
- VILLEY (Michel), *Philosophie du droit: Définitions et fins du droit; Les moyens du droit*, Réédition de la quatrième édition du tome 1 (1986) et de la deuxième édition du tome 2 (1984), Dalloz, Paris, 2001, xix+339 p.
- , *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Réédition de la seconde édition, parue en 1962, Dalloz, Paris, 2002, 318 p.
- , *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, coll. Quadrige, 2006, 624 p.
- , *Le droit et les droits de l'homme*, Presses universitaires de France, impr. 2008, Paris, France, 2008, 169 p.
- VOLKEN, (Paul) et (Walter A.) STOFFEL (sous la direction de), *Conflits et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1990, xiv+798 p.
- WAALDIJK (Kees) et FASSIN (Éric), *Droit conjugal et unions de même sexe: mariage, partenariat et concubinage dans neuf pays européens*, PUF, Paris, 2008, 64 p.
- WAHLGREN, (Peter) (sous la direction de), *International aspects*, vol. 39, Almqvist & Wiksell, Stockholm, coll. Scandinavian studies in law, 2000, 517 p.
- WEBER (Anja), *Die Vergemeinschaftung des internationalen Privatrechts*, Tenea Verlag Ltd., 2004, 322 p.
- WEBER (Helmut), *Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890-1945)*, Mohr Siebeck, 1986, 340 p.
- WENGER (Leopold), *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, M. Hueber, München, 1925, xi+356 p.
- WERRO, (Franz) (sous la direction de), *L'eupéanisation du droit privé: vers un Code civil européen ?*, Ed. universitaires, Fribourg (Suisse), 1998, xvi+526 p.

- WITTE (Floris de), *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford Studies in European Law, 2015, 256 p.
- WOLFF, (Ernst) (sous la direction de), *Beiträge zur Rechtsforschung*, de Gruyter, Berlin, Tübingen, 1950.
- YNTEMA, (Hessel Edward), (Kurt H.) NADELMANN, et (Arthur T.) von MEHREN (sous la direction de), *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, A. W. Sythoff, Leyde, 1961, xv+547 p.
- ZITELMANN (Ernst), *Internationales Privatrecht: Bd. Reines internationales Privatrecht. 1897*, Ducker & Humblot, 1897, 452 p.
- ZOLLER (Élisabeth), *Contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, 294, Brill, Nijhoff, Leyde, coll. RCADI, 2003, 405 p.
- , *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Paris, 2010, xvi+922 p.
- ZOPPEL (Moritz), *Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, XIV, 221 p.

II. Ouvrages collectifs

- Mélanges Sefériadès*, Athènes, 1961, xxxix+846 p.
- De conflictum legum, Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus à l'occasion de leurs soixante-dixième anniversaires*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1962, 554 p.
- Lexique des règles typographiques en usage à l'Imprimerie nationale*, 2e éd., Imprimerie nationale, Paris, 1975, 164 p., [4] p.
- Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, n°22, 1993, xxiii+659 p.
- L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF - UREF, Montréal, 1994, 687 p. p.
- L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, xxxi+868 p.
- Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, xxvi+1023 p.
- Le droit international privé: esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, xlv, 840 p.

Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008, xlv p., 839 p.

Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec, Paris, 2009, xx+740 p.

Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe. Le droit entre tradition et modernité, Dalloz, 2012, 576 p.

Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, LexisNexis : Dalloz, Paris, 2012, xxxvi+1060; 1 p.

La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, Bruylant, Bruxelles, 2013, xxiv+670 p.

Grand Larousse illustré 2015, Édition 2015, Larousse, 2014, 2110 p.

Le Petit Robert 2016, éditions Dictionnaires Le Robert, 2015, 2880 p.

III. Articles, communications et notes de jurisprudence

ANCEL (Bertrand), « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Années 1986-1987, 1987-1988 Travaux du Comité français de droit international privé* 25-46.

ANCEL (Bertrand) et MUIR WATT (Horatia), « La désunion européenne : le Règlement dit "Bruxelles II" », *Rev. crit. DIP* 2001.403-457.

AUDIT (Mathias), « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *Journal du droit international* 2004.789-816.

AVOUT (Louis D'), « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas* 2012.5.74.

AVOUT (Louis d'), « La lex personalis entre nationalité, domicile et résidence habituelle », dans Horatia MUIR WATT, Louis D'AVOUT et Dominique BUREAU (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p. 15-41.

BARATTA (Roberto), « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax* 2007.1.4-11.

BARRIERE-BROUSSE (Isabelle), « Propos introductif », dans Anne LEBORGNE et Isabelle BARRIERE-BROUSSE (dir.), *Actualité du droit international privé de la famille: actes du colloque organisé par le Centre Pierre Kayser le 21 décembre 2007*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009, spéc. p. 13-18.

- , « Le Traité de Lisbonne et le droit international privé », *Journal du droit international* 2010.3-34.
- BASEDOW (Jürgen), « Die Verselbstständigung des europäischen ordre public », dans Michael COESTER, Dieter MARTINY et Karl August von SACHSEN GESSAPHE (dir.), *Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation - Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, C. H. Beck, München, 2004, spéc. p. 291-319.
- BASEDOW (Jürgen), DUTTA (Anatol), BAUER (Cathrin), BECKHAUS (Gerrit), DAMAR (Duygu), FORNASIER (Matteo), HEINZE (Christian), LÜTTRINGHAUS (Jan D), MARTINY (Dieter), NISHITANI (Yuko), SAMTLEBEN (Jürgen), SANNER (Julian Alexander), SCHMIEDEL (Liane), STEMPEL (Christian), STIER (Andreas), WEBER (Johannes Christian), WENCKSTERN (Manfred), WEDEMANN (Frauke Katharina) et WEIZSÄCKER (Sophie von), « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession », (2010) 74 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 522–720.
- BATIFFOL (Henri), « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. phil. droit* 1957.71-86.
- , « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale », dans Hessel Edward YNTEMA, Kurt H. NADELMANN et Arthur T. von MEHREN (dir.), *XXth century comparative and conflicts law: legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, A. W. Sythoff, Leyde, 1961, spéc. p. 295 et s.
- , « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », dans REVUE NEERLANDAISE DE DROIT INTERNATIONAL (dir.), *De conflictum legum, Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus à l'occasion de leurs soixante-dixième anniversaires*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1962, spéc. p. 55-66.
- BAUER (Karl Matthias), « Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union », *RTD eur.* 2009.799 et s.
- BEAUMONT (Paul), « International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity », (2009) 73-3 *RechtsZ* 509-546.
- , « A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13 », Working Paper No. 2015/1 *Series of the Aberdeen Centre for Private International Law*.

- BEAUMONT (Paul) et HOLLIDAY (Jayne), « Recent Developments on the Meaning of ‘Habitual Residence’ in Alleged Child Abduction Cases », Working Paper No. 2015/3 *Series of the Aberdeen Centre for Private International Law* 18.
- BEAUMONT (Paul) et TRIMMINGS (Katarina), « Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy? », Working Paper No. 2015/2 *Series of the Aberdeen Centre for Private International Law*.
- BELLINA (Séverine), « L’analyse plurale du droit : enjeux épistémologiques et responsabilité du jeune chercheur », dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012, spéc. p. 25-49.
- BERNARDEAU (Ludovic), « Citoyenneté et droit communautaire », dans *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? - Droit privé européen : l’unité dans la diversité : convergences en droit des biens, de la famille et des successions ?*, Sellier European Law Pub., Munich, 2011, spéc. p. 283-296.
- BIDAUD-GARON (Christine), « Le rôle des instruments et des techniques de coordination : garanties d’application effective des règlements ou facteurs d’harmonisation des droits internes ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l’Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 201-212.
- BIERZANEK (Remigiusz), « Le statut juridique des étrangers dans l’antiquité gréco-romaine », dans *Mélanges Séfériadès*, II, Ecole des sciences politiques « Panteios », Athènes, 1961, spéc. p. 567-583.
- BLOMSTRAND (Severin), « Nordic Co-operation on Legislation in the Field of Private Law », dans Peter WAHLGREN (dir.), *International aspects*, vol. 39, coll. Scandinavian studies in law, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 2000, spéc. p. 59-78.
- BOICHE (Alexandre), « La séparation (Bilan de Bruxelles II bis, articulation avec Rome III, le règlement Aliments et le protocole de La Haye », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l’Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 29-37.

- , « Précisions sur la définition de la résidence habituelle de l'enfant en droit européen – à propos de Cour de cassation, 1re civ. 4 mars 2015 – », *AJ fam.* 2015.283.
- BOLLEE (Sylvain), « Enfant conçu à l'étranger : précisions sur l'établissement de la filiation d'une gestation pour autrui », *Revue critique de droit international privé* 2015.144 et s.
- BORRAS (Alegría), « La libre circulation de la famille en Europe - Intervention dans le cadre du cycle de droit européen de la Cour de cassation », *LPA* 2007.199.8.
- , « Introduction générale. L'évolution du droit de la famille en Europe », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, Paris, 2014, spéc. p. 5-15.
- BRIERE (C), « Liberté, sécurité, justice », *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2012.2.327.
- BROBERG (Morten) et FENGER (Niels), « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des Etats membres », *RTD eur.* 2010.861.
- BUREAU (Dominique), « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », dans *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, spéc. p. 285-305.
- BUREAU (Dominique) et MOLFESSIS (Nicolas), « L'asphyxie doctrinale », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, spéc. p. 45-71.
- BUSCHBAUM (Markus), « Reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes authentiques ? Etat des lieux et perspectives après l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 255-266.
- , « Vom Königsweg der Kollisionsrechtsharmonisierung als Leitlinie für das Mehrjahresprogramm für die EU Ziviljustiz 2015-2020 - zugleich : Plädoyer gegen die sog. Rechtslagen-Anerkennung », (2014) 11-1 *GPR* 4-7.
- CALLE (Pierre), « La reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la confiance mutuelle », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 231-237.

- CARLIER (Jean-Yves), « De Schengen à Dublin en passant par Maastricht : nouveaux itinéraires dans la circulation des personnes, leur incidence sur le droit international privé de la famille », dans *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, n°22, Bruylant, Bruxelles, 1993, spéc. p. 131-151.
- CHARPENTIER (Jean), « La Communauté internationale : mythe ou réalité ? », dans Jean François AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 33-44.
- CHEFFINS (Brian R), BANK (Steven A) et WELLS (Harwell), « The Race to the Bottom Recalculated: Scoring Corporate Law Over Time », *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-10; ECGI - Law Working Paper No. 261/2014; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2014; Temple University Legal Studies Research Paper No. 2014-38* 2014.
- CLAVIERE-BONNAMOUR (Blandine DE), « L'impact des règlements de droit international privé européen sur les droits nationaux de la famille », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 189-200.
- COESTER-WALTJEN (Dagmar), « Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf ? », dans Heinz P. MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER et Rainer HAUSMANN (dir.), *Festschrift für Erik Jayme*, 1, Sellier European Law Publishers, München, 2004, spéc. p. 121-129.
- COING (Helmut), « Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte », dans Ernst WOLFF (dir.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, de Gruyter, Berlin, Tübingen, 1950, spéc. p. 191-205.
- COMMAILLE (Jacques), « La famille, l'état, le politique : une nouvelle économie des valeurs », (2006) 136-8 *Informations sociales* 100-111.
- CORNELOUP (Sabine), « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI* 2011.491 et s.
- COURBE (Patrick), « L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 703-716.

- COUR DE CASSATION, « L'ordre public », dans *Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation*, La Documentation française, spéc. p. 89-489.
- CRITCHLEY (Simon), « Déconstruction et communication. Quelques remarques sur Derrida et Habermas », *Débats philosophiques* 2008.53-70.
- DAADOUCH (Christophe), « Vers un droit européen de la nationalité ? », (2001) n° 49-2 *Plein droit* 18.
- DECHAUX (Jean-Hugues), « La famille à l'heure de l'individualisme », (2011) n° 322-3 *Revue Projet* 24-32.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise), « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis : Dalloz, Paris, 2012.
- DEPREZ (Jean), « L'enseignement du droit musulman, 1985 », *Les cahiers du CRESM (Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes)* 1989.cahier n°23.
- DESCAMPS (Olivier), « Quelques remarques sur l'apport de l'histoire du droit à la recherche d'un droit privé commun en Europe », *Revue des contrats* 2012.3.739 et s.
- DEVERS (Alain), « Les propositions de règlement Régimes matrimoniaux et Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, Paris, 2014, spéc. p. 19-28.
- DOMURATH (Irina), « The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach », (2013) 35-4 *Journal of European Integration* 459-475.
- DUTOIT (Bernard), « L'ordre public: caméléon du droit international privé? : Un survol de la jurisprudence suisse », dans Bernard DUTOIT, Josef HOFSTETTER et Paul PIOTET (dir.), *Mélanges Guy Flattet: recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet*, Payot, Lausanne, 1985, spéc. p. 455-472.
- DUTTA (Anatol), « Vorbemerkung zu Art. 1 EuErbVO », dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6^e éd., Bd. 10, Internationales Privatrecht, C.H. Beck, Munich, 2015.
- FABRE-MAGNAN (Muriel), « Les nouvelles formes d'esclavage et de traite, ou le syndrome de la ligne Maginot », *D* 2014.491.

- FALLON (Marc), « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », dans Angelika FUCHS, Horatia Muir WATT, Étienne PATAUT et Jean-Sylvestre BERGE (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 31-80.
- FARGE (Michel), « La gestation d'un droit fondamental au divorce en Europe ? », *RDLF* 2012.chron. n°19.
- FARJAT (Gérard), « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique) », (2002) t. XVI, 1-1 *Revue internationale de droit économique* 153.
- FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), « Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple », (2001) 49-3 *The American Journal of Comparative Law* 407-427.
- FENET (Pierre-Antoine), « Présentation au Corps législatif du projet de loi sur le mariage et exposé des motifs par Portalis », dans *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Réimpression de l'édition de 1827, par Otto Zeller, Osnabruck, 1968, spéc. p. 138 et s.
- FENOUILLET (Dominique), « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle: études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, spéc. p. 487 et s.
- FINKELMAN (Paul), « Joseph Story and the Problem of Slavery: A New Englander's Nationalist Dilemma », (2002) 8 *Massachusetts Legal History*.
- FLAUSS (Jean-Marie), « Etat civil et droit communautaire », dans Jean-François GERKENS (dir.), *Mélanges Fritz Sturm: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire*, 2, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, spéc. p. 1469-1488.
- FONGARO (Éric), « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? (Etude) », *Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2013.n° 15.1079.
- FONGARO (Eric), « Les principales innovations du règlement Successions », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, Paris, 2014.
- FOYER (Jacques), « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - Successions internationales : maîtriser le Règlement du 4 juillet 2012 (Avant-propos du dossier) », *Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2013.n° 15.1078.

- FOYER (Jean), « compte rendu de : H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé », (1956) 2-1 *afdi* 935-936.
- FRAKOWIAK-ADAMSKA (Agnieszka), « Time for a European full faith and credit clause" », (2015) 52 *Common Market Law Review* 191-218.
- FRANCESCAKIS (Phocion), « Perspectives du droit international privé français actuel », *RIDC* 1952.635.
- , « Compte rendu des Mélanges Kollewijn et Offerhaus », *Revue critique de droit international privé* 1963.
- , « Perspectives du droit international privé français actuel (Revue internationale de droit comparé 1952.653) », dans *La pensée des autres en droit international privé: comptes rendus bibliographiques (1946-1984), réunis en hommage à leur auteur*, coll. Annales / Université Aristote de Thessalonique, Faculté de droit, n°1, Université Aristote de Thessalonique, Thessalonique, 1985, spéc. p. 126 et s.
- FRANCO (Stéphanie), « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 111-130.
- FRATTINI (Franco), « European Area of Civil Justice: has the Community reached the Limits? », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2006.225-235.
- FULCHIRON (Hugues), « Un modèle familial européen ? - Rapport préliminaire pour le 101e Congrès des notaires de France, "Les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité ?" », *Deffrénois* 2005.1461 et s.
- , « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », dans Hugues FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*., Dalloz, Paris, 2009, spéc. p. IX et s.
- , « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *Journal du droit international* 2013.1055-1113.
- , « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », dans Horatia MUIR WATT, Louis D'AVOUT et Dominique BUREAU (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p. 359-381.

- , « Un modèle familial européen ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 171-185.
- FULCHIRON (Hugues) et BIDAUD-GARON (Christine), « Reconnaissance ou reconstruction ? », *Revue critique de droit international privé* 2015.1 et s.
- GALLANT (Estelle), « La coordination des sources de droit international privé de l'enfance », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014.
- GANNAGE (Léna), « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit. DIP* 2001.1-42.
- , « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », (2006) 2008 *Droit international privé : travaux du Comité français de Droit international privé* 205-232.
- , « À propos de l'“absolutisme” des droits fondamentaux », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 265-284.
- , « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », dans René SEVE et Dominique LASZLO-FENOUILLET (dir.), *La famille en mutation*, coll. Archives de philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 229-247.
- GANNAGE (Pierre), « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992.425-454.
- , « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », dans *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, Paris, 1999, spéc. p. 431-440.
- GAUDEMET-TALLON (Hélène), « L'introuvable “juge naturel” », dans *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, Paris, 1999, spéc. p. 591-612.
- , « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne? », dans *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2002, spéc. p. 159-185.

- , « Avant-propos », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, Paris, 2014, spéc. p. 1-4.
- GAUTRON (Jean-Claude), « La citoyenneté européenne. Essai de démythification », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, LexisNexis : Dalloz, Paris, 2012.
- GIUBILINI (Alberto) et MINERVA (Francesca), « After-birth abortion: why should the baby live? », *J Med Ethics* 2012.medethics-2011-100411.
- , « Clarifications on the moral status of newborns and the normative implications Giubilini A, Minerva F. *J Med Ethics* 2013; 39 :264 – 265. », (2013) 39 *Journal of Medical Ethics* 264-265.
- GODDARD (Jean-Christophe), « Œuvre et destruction : Jacques Derrida et Antonin Artaud », *Débats philosophiques* 2008.71-98.
- GODECHOT-PATRIS (Sara) et LEQUETTE (Yves), « Mineur », dans *Répertoire international Dalloz*, 2012.
- GONZALES CAMPOS (Julio D), « La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé », dans Heinz P. MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER et Rainer HAUSMANN (dir.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, München, 2004, spéc. p. 263 et s.
- GOULD (Carol C), « Transnational Solidarities », (2007) 38-1 *Journal of Social Philosophy* 148-164.
- GUEZ (Philippe), « L'avenir du droit européen : le droit de la famille. Chronique de droit européen n° IX », *Petites affiches* 2006.221.13 et s.
- HAFTEL (Bernard), « Entre "Rome II" et "Bruxelles": l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *Journal du droit international* 2010.761-788.
- HARTMANN (Moritz) et WITTE (Floris de), « Ending the honeymoon: constructing Europe beyond the market », (2013) 14-5 *German Law Journal* 449 - 452.
- HATTENHAUER (Christian), « "Der Mensch als solcher rechtsfähig" - Von der Person zur Rechtsperson », dans Eckart KLEIN et Christoph MENKE (dir.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit*, BWV Verlag, Berlin, 2011, spéc. p. 39-66.
- HEIN (Jan von), « Artikel 5 EGBGB », dans Franz Jürgen SÄCKER, Roland RIXECKER et Hartmut OETKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2015.

- , « Einleitung zum Internationalen Privatrecht », dans Franz Jürgen SÄCKER, Roland RIXECKER et Hartmut OETKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, München, 2015.
- HERNU (Rémy), « Droit de l'Union européenne et droits nationaux des nouvelles formes de conjugalité », dans Jacqueline FLAUSS-DIEM et Georges FAURE (dir.), *Du PACS aux nouvelles conjugalités: où en est l'Europe ?*, PUF, Paris, 2005, spéc. p. 159 et s.
- HEUZE (Vincent), « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999.28.127 et s.
- , « L'honneur des professeurs de droit », *JCP G* 2007.I. 116.
- , « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G* 2008.I. 166.
- HEYMANN (Jérémy), « The Relationship Between EU Law and Private International Law Revisited: of Diagonal Conflicts and the Means to Resolve Them », (2011) 13 *Yearbook of private international law* 557-588.
- HEYMANN (Jeremy), « De la mobilité des sociétés dans l'Union : réflexions sur le "droit" d'établissement », dans Horatia MUIR WATT, Louis D'AVOUT et Dominique BUREAU (dir.), *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014, spéc. p. 425-445.
- , « Importing Proportionality to the Conflict of Laws », dans Horatia Muir WATT et Diego P. Fernández ARROYO (dir.), *Private international law and global governance*, coll. Law and global governance series, Oxford, 2014, spéc. p. 277-289.
- HONNETH (Axel), « Du désir à la reconnaissance. La fondation hégélienne de la conscience de soi », dans Marlène JOUAN et Sandra LAUGIER (dir.), *Comment penser l'autonomie?: entre compétences et dépendances*, traduit par Anne LE GOFF, PUF, Paris, 2009, spéc. p. 21-40.
- HUGO (Victor), « Les Châtiments », dans J. HETZEL et A. QUANTIN (dir.), *Œuvres complètes de Victor Hugo*, t. Poésie. IV, livre IV (« La religion est glorifiée »), poème IX (« Ceux qui vivent, ce sont ceux qui luttent »), 1882.
- IDOT (Laurence), « Un nouvel exemple d'incursion du droit de l'Union européenne en droit international de la famille : le régime des successions transfrontières », *Europe* 2012.Focus 46.
- ISENSEE (Joseph), « Der Föderalismus im Verfassungsstaat der Gegenwart », *AöR* 115.270.
- JACQUESON (Catherine), « Union citizenship and the Court of Justice: something new under the sun? : towards social citizenship », *European law review* 2002.260-281.

- JAYME (Erik) et KOHLER (Christan), « Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht? », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2000.454-465.
- JAYME (Erik) et KOHLER (Christian), « Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG auf dem Wege zum Binnenmarkt », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1990.353-361.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 1995: Der Dialog der Quellen », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1995.343-354.
- , « L’Interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Revue critique de droit international privé* 1995.1-40.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 1996: Anpassung und Transformation der nationalen Rechte », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1996.377-389.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 1997: Vergemeinschaftung durch “Säulenwechsel?” », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1997.385-401.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 1998: Kulturelle Unterschiede und Parallelaktionen », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1998.417-429.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 1999: Die Abendstunde der Staatsverträge », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 1999.401-413.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR? », *IPRax* 2001.501-514.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2002: zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2002.461-471.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2003.485-495.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2004: territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2004.481-494.

- , « Europäisches Kollisionsrecht 2005: Hegemonialgesten auf dem Weg zu einer Gesamtvereinheitlichung », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005.481-493.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee? », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006.537-550.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2007.493-506.
- KAFKA (Franz), « Le Procès », dans *Oeuvres complètes, tome 1*, coll. (trad. Alexandre Vialatte), Gallimard, Paris, 1976.
- KAMBOUCHNER (Denis), « Hegel en déconstruction », *Débats philosophiques* 2008.143-161.
- KEGEL (Gerhard), « Pasquale Stanislao Mancini, Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz. (Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung Bd. 45.) », (1982) 46-2 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 465 - 466.
- , « Story and Savigny », (1989) 37-1 *The American Journal of Comparative Law* 39-66.
- , « Allgemeines Kollisionsrecht », dans Paul VOLKEN et Walter A. STOFFEL (dir.), *Conflicts et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1990, spéc. p. 47-73.
- KINSCH (Patrick), « Les contours d'un ordre public européen : l'apport de la ConvEDH », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014.
- KLEINER (Caroline), « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2009.639.
- KOHLER (Christan), « Libre circulation du divorce? : observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale », dans Rui Manuel GENS DE MOURA RAMOS (dir.), *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, spéc. p. 231-248.
- , « Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und internationalem Privatrecht », dans Heinz P. MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert

- KRONKE, Christian KOHLER et Rainer HAUSMANN (dir.), *Festschrift für Erik Jayme*, 1, Sellier European Law Publishers, München, 2004, spéc. p. 445-459.
- , « Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht », dans Robert FREITAG (dir.), *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert: Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Ulrich Spellenberg*, Sellier, München, 2006, spéc. p. 9-27.
- , « Trois défis: la Cour de Justice des Communautés européennes et l'espace judiciaire européen en matière civile », dans Gabriella VENTURINI (dir.), *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, spéc. p. 569-582.
- KOHLER (Christian), « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *Revue critique de droit international privé* 1999.1-30.
- , « Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Nizza », *ZEuS: Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2001.575-593.
- , « Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht: das Maßnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* 2002.709-714.
- , « Der europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht », *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2003.401-412.
- , « Zur institutionellen Stellung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften: Status, Ausstattung, Haushalt », *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2003.117-121.
- , « Zur Gestaltung des europäischen Kollisionsrechts für Ehesachen: der steinige Weg zu einheitlichen Vorschriften über das anwendbare Recht für Scheidung und Trennung », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* 2008.1673-1681.
- , « Le droit de l'Union européenne face à la diversité culturelle: tensions et solutions », *Revue hellénique de droit international* 2009.473-493.
- , « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique », dans *La reconnaissance des situations en droit international privé: actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, spéc. p. 67-79.
- , « Towards the Recognition of Civil Status in the European Union », (2013) 15-2014 *Yearbook of private international law* 13-29.

- KOHLER (Christian) et PINTENS (Walter), « Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2012-2013 », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht : Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* 2013.1437-1442.
- KOHLER (Christian) et PUFFER-MARIETTE (Jean-Christophe), « EuGH und Privatrecht: ein Rückblick nach 60 Jahren », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2014.696-739.
- KOHLER (Christian), SEYR (Sibylle) et PUFFER-MARIETTE (Jean-Christophe), « Unionsrecht und Privatrecht - Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2013 », (2015) 23-2 *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 335-365.
- KOHLER (Marius) et BUSCHBAUM (Markus), « Die “Anerkennung” öffentlicher Urkunden?: kritische Gedanken über einer zweifelhaften Ansatz in der EU-Kollisionsrechtsvereinheitlichung », *IPRax* 2010.313-324.
- , « La “reconnaissance” des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières », *Revue critique de droit international privé* 2010.629-651.
- KOLB (Robert), « Société internationale ! Communauté internationale ? », dans Jean François AKANDJI-KOMBE (dir.), *L’homme dans la société internationale: mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, spéc. p. 57-90.
- KÜHN (Werner Miguel), « The Principle of Mutual Recognition of Judicial Decisions in EU Law in the Light of the “Full Faith and Credit” Clause of the US Constitution », *Política internacional : revista de la Academia Diplomática del Peru Javier Pérez de Cuéllar* 2012.105.21-52.
- LAGARDE (Paul), « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004.225-243.
- , « Réflexions conclusives », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l’Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 267-276.
- LAING (Jacqueline A), « Infanticide: a reply to Giubilini and Minerva », (2013) 39-5 *J Med Ethics* 336-340.
- LANZIERI (Giampaolo), « Towards a ‘baby recession’ in Europe? Differential fertility trends during the economic crisis », (2013) 13 *Eurostat, Population and social conditions, Statistics in focus* 1-16.
- LECA (Jean), « Individualisme et citoyenneté », dans Pierre BIRNBAUM et Jean LECA (dir.), *Sur l’individualisme: théories et méthodes*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1986, spéc. p. 159-209.

- LEHMANN (Matthias), « Recognition as a Substitute for Conflict of Laws? », dans Stefan LEIBLE (dir.), *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, à paraître.
- , « Auf der Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses: Savigny und die Rom I-Verordnung », dans Jörn BERNREUTHER (dir.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, European Law Publishers, München, 2010, spéc. p. 245-260.
- LEQUETTE (Yves), « Quelques remarques à propos de libéralités entre concubins », dans *Le contrat au début du XXème siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, spéc. p. 547-578.
- , « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *Recueil le Dalloz, 1er Cahier (rouge) 2002.2202-2214*.
- , « Vers un code civil européen ? », (2003) n° 107-4 *Pouvoirs* 97-126.
- , « Codification civile et intégration européenne », 2004.
- , « De Bruxelles à La Haye (Acte II): réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 503-544.
- , « De la France et de l'Europe : la nation ou l'empire ? », dans *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, Paris, 2009, spéc. p. 411-494.
- , « Des juges littéralement irresponsables... », dans Loïc CADIET, Pierre CALLE et Thierry LE BARS (dir.), *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, Paris, 2009, spéc. p. 309-330.
- , « Du Code civil européen à la révision de l'acquis communautaire: quelle légitimité pour l'Europe? », 2010.
- , « Le code européen est de retour », *Revue des contrats* 2011.3.1028 et s.
- , « Le droit international privé et les droits fondamentaux », 2012.
- , « De la "proximité" au "fait accompli" », dans *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. à paraître.
- LE ROY (Etienne), « Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels », dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, AUPELF- UREF, Montréal, 1994, spéc. p. 59-70.
- LEVINAS (Emmanuel), « Paix et proximité », dans *Altérité et transcendance*, coll. Biblio Essais, Le Livre de Poche, Paris, 2006, spéc. p. 132-178 (verfier).

- LIPP (Volker), « Art. 10 EGBGB Name », dans *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6^e éd., Bd. 10, Internationales Privatrecht, C.H. Beck, Munich, 2015.
- LOON (Hans VAN), « Articulation et interaction des normes », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 79-86.
- LORENZEN (Ernest G), « Story' Commentaries on the Conflicts of Laws – 100 years after », (1934) 48 *Harvard Law Review* 15 et s.
- LOUIS-LUCAS (Pierre), « compte rendu de : H. Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé », (1958) 10-1 *Revue internationale de droit comparé* 190 - 194.
- LOUSSOUARN (Yvon), « La règle de conflit est elle une règle neutre ? », *Années 1980-1981 Travaux du Comité français de droit international privé* 43-60.
- MAGNUS (Ulrich), « Artikel 19 Rom I-VO », dans *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - EGBGB/IPR Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR IPR. Art 11-29 Rom I-VO; Art 46 b, c EGBGB (Internationales Vertragsrecht 2)*, 14^e éd., tome VIII, Sellier - de Gruyter, Berlin, 2011, spéc. p. 769.
- MANAI (Dominique), « La Suisse, le pays du “tourisme du suicide” », dans Antoine LECA et Sophie DE CACQUERAY (dir.), *La fin de vie et l'euthanasie*, coll. Colloques du CDSA, les Études hospitalières, Bordeaux, 2008.
- MANCINI (Pasquale Stanislao), « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *Journal du Droit International* 1874.221 et 237.
- MANKO (Rafał), « Methods for Unifying Private Law in the EU », (2014) EPRS Briefing no. 130628REV1, 23 January 2014 *European Parliamentary Research Service*.
- MANSEL (Heinz-Peter), « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts? », *RabelsZ* 2006.651-731.

- MANSEL (Heinz-Peter), THORN (Karsten) et WAGNER (Rolf), « Europäisches Kollisionsrecht 2009: Hoffnungen durch den Vertrag von Lissabon », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010.1-27.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung? », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2011.1-30.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2012.1-31.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses : Flickenteppich des Einheitsrechts », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2013.1-36.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2013: Atempause im status quo », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2014.1-27.
- , « Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2015.1-32.
- MELCHER (Martina), « (Mutual) Recognition of Registered Relationships via EU Private International Law », (2013) 9-1 *Journal of Private International Law* 149-170.
- MOCCIA (Luigi), « Du “marché” à la “citoyenneté” : à la recherche d’un droit privé européen durable et de sa base juridique », (2004) 56-2 *ridc* 291-327.
- MORIN (Edgar), « Entretien avec Edgar Morin : pour une politique de civilisation », *Label France, le magazine (Ministère des Affaires étrangères)* 1997.28.
- MUIR WATT (Horatia), « Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. droit* 2001.45.271-284.
- , « Integration and Diversity : the Conflict of Laws as a Regulatory Tool », dans Fabrizio CAFAGGI (dir.), *The institutional framework of European private law*, coll. Collected courses of the Academy of European Law, n°15/2, Oxford University Press, Oxford, 2006, spéc. p. 107-148.
- , « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory* 2011.347-427.
- , « La globalisation et le droit international privé », dans *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, spéc. p. à paraître.
- MUIR WATT (Horatia) et RICHEL-PONS (Anne), « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », dans *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 543-10, 2008.

- NAST (Chantal), « Les travaux sur l'Etat Civil », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, Paris, 2014, spéc. p. 53-63.
- NEUHAUS (Paul Heinrich), « Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache », *RabelsZ* 1949.364—381.
- NOURISSAT (Cyril), « Droit civil de l'Union européenne : panorama 2005 », *D* 2006.1259.
- , « Sur l'élaboration d'une source perturbatrice: à propos du droit international privé communautaire », *D* 2007.1098-1101.
- , « Le droit international privé européen de la famille à l'épreuve de la pratique », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 87-92.
- OBIORA (Leslye Amede), « Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses », (1998) 46-4 *The American Journal of Comparative Law* 669-682.
- OTHENIN-GIRARD (Simon), « Divorce international et autonomie de la volonté : une harmonisation avec les développements récents du droit international privé européen est-elle souhaitable ? », dans Franco LORANDI (dir.), *Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, Zürich etc., 2011, spéc. p. 593-612.
- OVERBECK (Alfred E VON), « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », dans *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, n°22, Bruylant, Bruxelles, 1993, spéc. p. 619-636.
- PAMBOUKIS (Charalambos), « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Revue critique de droit international privé* 2008.513.
- PANET (Amélie), « Une méthode de reconnaissance européenne ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 239-253.

- PATAUT (Étienne), « L'espace judiciaire européen : un espace cohérent? », dans Anne-Marie LEROYER et Emmanuel JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 31-49.
- , « Lois de police et ordre juridique communautaire », dans Angelika FUCHS, Horatia Muir WATT, Étienne PATAUT et Jean-Sylvestre BERGE (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, Paris, 2004, spéc. p. 117-143.
- , « De La Haye à Bruxelles : droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », dans *Le droit international privé: esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 661 et s.
- , « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du Comité français de Droit international privé* 2006.71-97.
- PATAUT (Etienne), « L'invention du citoyen européen », dans Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Etienne PATAUT et Judith ROCHFELD (dir.), *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, Paris, 2011, spéc. p. 27-61.
- , « La détermination du lien d'intégration des citoyens européens », *RTD eur.* 2012.623 et s.
- PATAUT (Étienne), « La citoyenneté européenne : vers l'élaboration d'un statut personnel et familial ? », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 97-109.
- PATTI (Salvatore), « La competenza dell'Unione Europea nel diritto internazionale privato della famiglia », dans Salvatore PATTI et Maria Giovanna CUBEDDU (dir.), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, spéc. p. 21-56.
- PIETRO (Catherine), « 2013, Année européenne des citoyens - Ou comment renforcer le sentiment d'appartenance à l'Union avant les élections au Parlement européen », *RTD eur.* 2013.429.
- POILLOT PERUZZETTO (Sylvaine), « Les enjeux de la communautarisation », dans *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 13-37.
- PRADEAU (Jean-François), « Imiter l'univers. Remarques sur les origines grecques du cosmopolitisme », (2001) 19-1 *Le Télémaque* 37.

- RAMOND (Charles), « Déconstruction et littérature (Glas, un guide de lecture) », *Débats philosophiques* 2008.99-142.
- , « Présentation générale », *Débats philosophiques* 2008.9-11.
- RENTSCH (Bettina), « Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt », *ZEuP* 2015.2.288-312.
- REVILLARD (Mariel), « L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales : regards sur les récents instruments internationaux », dans CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. BUREAU PERMANENT (dir.), *A commitment to private international law: essays in honour of Hans van Loon - Un engagement au service du droit international privé : mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, spéc. p. 487-502.
- RICHEZ-PONS (Anne), « La notion de résidence », *Droit et patrimoine* 2005.53 et s.
- , « La notion de résidence », dans Hugues FULCHIRON et Cyril NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 149 et s.
- RIEG (Alfred), « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », dans Paul VOLKEN et Walter A. STOFFEL (dir.), *Conflicts et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Ed. universitaires, Fribourg, Suisse, 1990, spéc. p. 473-499.
- ROGERSON (Pippa), « Habitual Residence: The New Domicile? », (2000) 49-1 *The International and Comparative Law Quarterly* 86-107.
- ROMANO (Gian Paolo), « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », dans *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, coll. (étude republiée sous le même titre in *Journal de droit international (Clunet)*, 2012, p. 456-486), Zürich, 2011, spéc. p. 613-639.
- , « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », dans *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Pedone, Paris, 2013, spéc. p. 185-216.
- ROUET (Gilles), « Citoyennetés, nationalités et identités en Europe à l'ère de la mobilité généralisée », dans *Citoyennetés et nationalités en Europe: articulations et pratiques*, l'Harmattan, Paris, 2011.
- SAADA (Leila), « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », (2012) N° 14-2 *Napoleonica. La Revue* 25-49.

- SALANSKIS (Jean-Michel), « La philosophie de Jacques Derrida et la spécificité de la déconstruction au sein des philosophies du linguistic turn », *Débats philosophiques* 2008.13-51.
- SANA-CHAILLE DE NERE (Sandrine), « Vers un droit patrimonial européen de la famille ? - La loi applicable à la succession dans le règlement du 4 juillet 2012 », *Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2013.n° 15.1082.
- SCHEECK (Laurent) et BARANI (Luca), « Quel rôle pour la Cour de justice en tant que moteur de la construction européenne ? », dans Paul MAGNETTE et Anne WEYEMBERGH (dir.), *L'Union européenne: la fin d'une crise ?*, Ed. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2008, spéc. p. 173-183.
- SCHMIDT (Johannes), « EuErbVO, Art. 1 », dans Marc-Philippe WELLER, Wolfgang WURMNEST et Christine BUDZIKIEWICZ (dir.), *beck-online. Großkommentar*, C. H. Beck, München.
- SCHULZE (Reiner), « Europäisches Privatrecht im Gegenwind », *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2014.691-695.
- SENGHOR (Léopold Sédar), « Notre bien commun », dans Sophie JELEFF (dir.), *Les voix de l'Europe: sélection de discours prononcés devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*, Discours prononcé le 26 août 1949, Editions du Conseil de l'Europe, 1997, spéc. p. 16-19.
- SINDRES (David), « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015.429-504.
- STURM (Fritz), « Erik Jayme, Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz », (1982) 99-1 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 523 - 525.
- SUPIOT (Alain), « Grandeur et misère de l'État social : Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012 », dans *Grandeur et misère de l'État social : Leçon inaugurale prononcée le jeudi 29 novembre 2012*, coll. Leçons inaugurales, Collège de France, Paris, 2013.
- SYMEONIDES (Symeon C), « The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning », (2015) n°2 *University of Illinois Law Review* 81 pages.
- TERRE (François), « Le droit et le bonheur », *D* 2010.26.
- THOMALE (Chris), « Thomale: Die Gründungstheorie als versteckte Kollisionsnorm », *NZG* 2011.33.1290-1294.

- THYM (Daniel), « The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens », (2015) 52-1 *Common Market Law Review* 17-50.
- TOEWS (John E), « The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and The Ideology of the Christian German State », (1989) 37-1 *The American Journal of Comparative Law* 139-169.
- VICENTE (Dário Moura), « Libertés européennes et droit international privé (à la lumière du Traité de Lisbonne) », *Revue hellénique de droit international* 2011.523-584.
- WAGNER (Rolf), « Überlegungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts in Ehesachen in der Europäischen Union », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht : Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* 2003.803-808.
- , « EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen? », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht = The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2004.119-153.
- , « Die zivil(-verfahrens-)rechtlichen Komponenten des Aktionsplans zum Haager Programm », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2005.494-496.
- , « Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sechs Jahre nach In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags », *Neue juristische Wochenschrift* 2005.1754-1757.
- , « Zu den Chancen der Rechtsvereinheitlichung im internationalen Familienrecht », *Das Standesamt : Zeitschrift für Standesamtswesen* 2007.101-107.
- , « Zur Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2007.290-293.
- , « Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht zehn Jahre nach der Vergemeinschaftung der Gesetzgebungskompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen: mit einem Rückblick auf die Verhandlungen zum Haager Gerichtstandsübereinkommen », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht = The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2009.215-240.
- , « Die politischen Leitlinien zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Stockholmer Programm », *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2010.97-100.

- , « Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden: ein Patentrezept? : Überlegungen aus internationalprivatrechtlicher Sicht », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht : Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* 2011.609-615.
- , « Praktische Erfahrungen mit der Rechtsvereinheitlichung in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen », dans Eva-Maria KIENINGER et Oliver Robert Matthias REMIEN (dir.), *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, coll. Ius Europaeum, n°52, Nomos, Baden-Baden, 2012, spéc. p. 51-75.
- , « Das neue Programm zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen - Ein Wendepunkt? », *IPRax* 2014.469-473.
- , « EU-Kompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen: Résumé und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht = The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2015.521-545.
- WALTUCH (Jonathan), « La guerre des juges n’aura pas lieu (A propos de la décision Honeywell de la Cour constitutionnelle fédérale allemande) », *Revue trimestrielle de droit européen* 2011.329.
- WAUTELET (Patrick), « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire – le cas des relations familiales internationales », dans Hugues FULCHIRON et Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l’Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, Paris, 2014, spéc. p. 131-145.
- WELLER (Marc-Philippe), « Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik? », *IPRax* 2011.429-437.
- WENGER (Leopold), « Römisches Recht und Rechtsvergleichung », (1920) 14-1 *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1-27.
- WITTE (Floris), « Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe », (2012) 18-5 *European Law Journal* 694 - 710.
- WORMSER (Gérard), « Conclusion : Identités et engagements », dans Gilles ROUET (dir.), *Citoyennetés et nationalités en Europe: articulations et pratiques*, l’Harmattan, Paris, 2011, spéc. p. 255 et s.
- ZWEIGERT (Konrad), « Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1973.435-452.

IV. Sélection de décisions judiciaires

- 29 septembre 1975, *MARCKX c. BELGIQUE*, Cour européenne des droits de l’homme, 6833/74.
- 19 janvier 1983, *Conlon*, Cour de cassation.
- 7 juillet 1992, *Micheletti e.a. / Delegación del Gobierno en Cantabria* (« MICHELETTI »), CJCE, C-369/90, *Rec. 1992 I-04239*.
- 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, CJCE, C-184/99, *ECLI:EU:C:2001:458*.
- 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, CJCE, C-148/02, *2003 I-11613*.
- février 2006, *Avis I/03*, CJCE, *2006 I-01145*.
- juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, Cour européenne des droits de l’homme, n° 76240/01.
- décembre 2008, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt.*, CJCE, C-210/06, *ECLI:EU:C:2008:723*.
- mai 2008, *Nerkowska*, CJCE, C-499/06, *EU:C:2008:300*.
- 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, CJCE, C-353/06, *2008 I-07639*.
- avril 2009, *A*, CJCE, C-523/07, *EU:C:2009:225*.
- juillet 2009, *Hadadi*, CJCE, C-168/08, *2009 I-06871*.
- 30 juin 2009, *Constitutionnalité du Traité de Lisbonne* (« Lissabon-Urteil »), Bundesverfassungsgericht, 2. Senat (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2e chambre), 2 BvE 2/08 e.a., *BVerfGE 123, 267*.
- juillet 2010, *Honeywell*, Cour constitutionnelle fédérale allemande, n° 2-BvR-2661/06.
- décembre 2010, *Mercredi*, CJUE, C-497/10 PPU, *EU:C:2010:829*.
- décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, CJUE, C-208/09, *ECLI:EU:C:2010:806*.
- 2 mars 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, CJUE, C-135/08, *ECLI:EU:C:2010:104*.
- mai 2011, *Negreponitis-Giannisis c/ Grèce*, Cour européenne des droits de l’homme, n° 56759/08.
- mai 2013, *Gross c. Suisse*, Cour européenne des droits de l’homme, 67810/10.
- 30 septembre 2014, *Gross c. Suisse*, Cour européenne des droits de l’homme (Grande Chambre), 67810/10.
- 9 octobre 2014, *C c. M*, CJUE, C-376/14 PPU, *EU:C:2014:2268*.
- 14 octobre 2014, *Avis I/13*, CJUE, *EU:C:2014:2303*.
- 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l’enfance et autres*, Conseil d’Etat, n° 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, Cour européenne des droits de l'homme, n° 25358/12.

16 avril 2015, *Lutz*, CJUE, C-557/13.

16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, CJUE, C-62/14, *EU:C:2015:400*.

Arrêt du 23 avril 1986, Les Verts / Parlement (294/83, Rec. 1986 p. 1339), CJCE.

Caraslanis, Cour de cassation.

Obergefell v. Hodges.

V. Articles de presses et autres documents

« G. Teubner, « Le droit, un système autopoïétique et Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation », (1995) 47-1 *ridc* 289-290.

« F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6e éd », (1996) 48-3 *Revue internationale de droit comparé* 748.

« L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit : Lettre ouverte au Président de la République », *JCP G* 2006.act. 586.

« Contre-lettre », *JCP G* 2007.act. 18.

« Social Europe EU Employment and Social Situation I Quarterly Review Special Supplement on Demographic Trends », *Publications Office of the European Union* 2013.

GALLO (Max), « Un laboratoire pour comprendre le contemporain », *interview donné à Textes et Documents pour la Classe*, n° 876 (15 mai 2004).

———, « Il suffit de quelques jours pour que la barbarie rejaillisse », *interview LePoint* (25 février 2009).

GEDIP. *compte rendu des séances de travail, 17e réunion, Hambourg, septembre 2007*.

KRAMER (Xandra), ROOIJ (Michiel), LAZIC (Vesna) et BLAUWHOFF (Richard). *Un cadre européen pour le droit international privé: lacunes actuelles et perspectives futures*, *IPOL-JURI_ET(2012)462487*.

WEISS (Louise). *Discours prononcé lors de la séance d'ouverture du Parlement européen élu au suffrage universel direct le 17 juillet 1979*.

Guide pratique pour l'application du nouveau règlement Bruxelles II, Document établi par les services de la Commission en consultation avec le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, 2005.

« Danish parties agree to hold EU referendum by March 2016 », *Reuters* (17 mars 2015).

« Denmark lays foundation for ending EU opt-out - The Local », *the local dk* (17 mars 2015).

« New Danish government calls referendum on EU Justice opt-out », *EurActiv | EU News & policy debates, across languages* (29 juin 2015).

« Migrants : l'Europe des égoïsmes nationaux », *Le Monde.fr*, sect. Idées (15 septembre 2015).

EU citizenship - statistics on cross-border activities - Statistics Explained, à jour du mois d'avril 2013.

Eurobaromètre Standard 82, La citoyenneté européenne, Automne 2014.

Guide de légistique, n° 4.1.3 : Rédaction des textes de transposition des directives de l'Union européenne, Annexe 1 : Terminologie, point 1 : Changements intervenus à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009.

Table des annexes

- **ANNEXE N°1** : [Règlement \(CE\) n° 2201/2003 du Conseil du 27 Novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement \(CE\) n° 1347/2000](#) ;
- **ANNEXE N°2** : [Règlement \(UE\) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps](#) ;
- **ANNEXE N°3** : [Règlement \(CE\) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires](#) ;
- **ANNEXE N°4** : [Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires](#) ;
- **ANNEXE N°5** : [Règlement \(UE\) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen](#) ;
- **ANNEXE N°6** : [Proposition de règlement du Conseil \(COM \(2011\) 126/final – CNS 2011/0059\) relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux](#) ;
- **ANNEXE N°7** : [Proposition de règlement du Conseil \(COM \(2011\) 127/final – CNS 2011/0060\) relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés](#) ;
- **ANNEXE N°8** : [Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil \(COM/2013/0228 final – 2013/0119 \(COD\)\) visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement \(UE\) n° 1024/2012 et l'accord politique sur une orientation générale en 1^{ère} lecture du Conseil, constitué de l'accord proposé sur l'orientation générale \(ST 9332 2015 INIT\), l'orientation générale partielle de mars 2015 \(6812/15 ADD 1\), des articles modifiés \(ST 9332 2015 ADD 1\), et des considérants proposés \(2015ST 9332 2015 ADD 2\).](#)

Table des matières

Introduction	1
Partie I Les présupposés du droit international privé européen de la famille	30
Titre 1 Le concept de droit international privé à travers l'Histoire : la quête du singulier universel et pluriel	33
Chapitre 1 La découverte du concept d'universel	36
Section 1 L'universalité relative de l'Antiquité	39
I L'universalité du cosmopolitisme grec	39
II L'universalité de la citoyenneté romaine	45
Section 2 L'universalité absolue du Moyen Age	53
I Le concept universel de l'homme dans la religion chrétienne	53
II La transformation politique de l'universalité en exclusivité	59
Chapitre 2 La découverte du concept de pluriel au sein du commun	64
Section 1 L'émergence du droit international privé autour d'une pluralité juridique dans un contexte de communauté	68
I La pluralité s'inscrivant dans une communauté de droit	70
A Les prédécesseurs : la communauté de droit déverrouillant le conflit de lois	71
B Bartolo da Sassoferrato : la communauté de droit consacrant le conflit de lois	74
II La pluralité s'inscrivant dans une communauté d'allégeance	78
A L'Ecole d'Orléans : la communauté politique au soutien de la communauté juridique	80
B Dumoulin : la communauté juridique au soutien de la communauté politique	82
C D'Argentré : la communauté politique supplantant la communauté juridique	85
Section 2 Le raffermissement du droit international privé autour d'un pluriel universel encore hésitant	88
I La pluralité prescrite par une universalité imposée aux ordres juridiques	92
A L'Ecole hollandaise : la découverte dogmatique de l'universel édictant la pluralité	94
1 Souveraineté et comitas : des principes universels fondant le droit international privé sur le respect de la pluralité	95
2 L'aptitude au dépassement inhérente à l'universel imposant la pluralité	99
B Story : la consécration du « droit international privé » autour d'une approche pragmatique de l'universel édictant la pluralité	102
1 La conscience des insuffisances théoriques d'un universel s'imposant aux Etats	103
2 La conscience des nécessités pratiques de surmonter les insuffisances d'un universel incapable d'organiser efficacement la pluralité	105

II	La pluralité organisée par une universalité inhérente à l'ordre juridique	108
A	Savigny : la « révolution copernicienne » du droit international privé par la consécration d'un universel organisant la pluralité	108
1	Un universel improprement fondé sur la communauté de droit	110
2	Un universel conçu comme un objectif du droit privé fondé sur l'égalité entre étrangers et nationaux	114
B	Mancini : fertilité et stérilité de l'universel édictant et organisant la pluralité	120
1	Le recours à un principe universel organisant efficacement la pluralité	121
2	Une validité conditionnée à l'acceptation par l'ensemble de la communauté des Etats	126
Chapitre 3	La découverte du concept de singulier	130
Section 1	Le singulier exclusif des particularistes	132
I	L'acceptation de la singularité du droit international privé	132
A	La disqualification du droit international public en tant que fondement du droit international privé	133
B	La prise de conscience de la conception nécessairement singulière du droit international privé	137
II	Les dangers de la conception singulière du droit international privé	143
A	L'impasse du nationalisme	144
B	L'absence de coordination de l'unilatéralisme	147
Section 2	Le singulier universel et pluriel comme fondement du droit international privé contemporain	151
I	La prétention à l'universalité des ordres juridiques singuliers	151
A	L'axiome de l'antériorité de l'ordre juridique national	152
B	L'axiome de l'universalité de l'ordre juridique national	156
II	Une prétention à l'universalité impliquant un universel conçu de façon ouverte à la pluralité	164
A	Les exigences morales de l'universel fondant la prétention à l'universalité	166
B	L'évidente fertilité de l'universel pluriel pour le droit international privé	171
Conclusion du titre : Le rôle de la communauté pour le droit international privé européen		178
Titre 2	Le concept de droit de la famille face aux enjeux contemporains	182
Chapitre 1	La crise du droit de la famille	185
Section 1	Le paradoxe de l'individualisme, valeur sociale fondamentale	186
I	Le droit mis au service de la satisfaction des désirs individuels	186
II	Le droit soumis à la satisfaction des désirs individuels	193
Section 2	La perte de sens du droit de la famille contemporain	200
Chapitre 2	La nécessaire redécouverte du sens du droit de la famille comme un droit de la responsabilité	206
Section 1	L'esquisse d'un droit de la famille repensé autour de l'exigence de responsabilité	206
I	Une responsabilité résultant de l'acceptation de la famille comme lieu d'altérité	207
II	Une responsabilité renforcée par l'acceptation de la famille comme lieu de communauté	213

III	Une responsabilité nécessaire à l'acceptation de la famille comme lieu de réalisation de l'individu	220
Section 2	Une exigence de responsabilité entraînant une relecture du concept de droits de l'homme	227
Partie 2	<i>Les objectifs du droit international privé européen de la famille</i>	238
Titre 1	L'objectif d'unité du statut familial	239
Chapitre 1	L'affirmation de l'objectif d'unité	240
Section 1	La place timide de l'objectif dans les traités	240
I	L'apparition de la citoyenneté de l'Union et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	241
A	Le dynamisme initial : les traités de Maastricht et d'Amsterdam	241
B	L'immobilisme institutionnel : le traité de Nice et l'échec du traité établissant une constitution pour l'Europe	244
II	La consolidation de la citoyenneté de l'Union et de l'espace de liberté, de sécurité et de justice	250
A	Les hésitations actuelles : le droit positif issu du traité de Lisbonne	251
B	Le potentiel dépassement de la dimension économique de l'Union européenne : citoyenneté de l'Union et Charte des droits fondamentaux	257
Section 2	La promotion de l'objectif dans la mise en œuvre des traités	260
I	L'affirmation progressive de l'objectif d'unité du statut familial par les programmes stratégiques	260
A	L'apparition de l'objectif d'unité du statut familial sous le programme de Tampere	262
B	L'affinement de l'objectif d'unité du statut familial sous le programme de La Haye	268
C	La consolidation de l'objectif d'unité du statut familial par le programme de Stockholm	272
D	L'essoufflement de la dynamique d'approfondissement de l'objectif d'unité du statut familial par le programme « post-Stockholm »	275
II	La consécration incomplète et inachevée de l'objectif d'unité du statut familial par le droit dérivé	277
A	Les limites contenues dans les règlements de première génération	278
B	Les difficultés de faire aboutir les règlements de deuxième génération	282
C	L'absence de consécration de l'objectif d'unité du statut familial par le projet en matière de documents publics et d'actes d'état civil	287
Chapitre 2	L'unité du statut familial : un objectif justifié	291
Section 1	La nature non-économique de l'objectif	292
I	L'influence limitée de la libre circulation des personnes	293
A	La réalité du droit de la famille de l'Union européenne fondé sur la libre circulation des personnes	293
B	Les déficits conceptuels d'un droit européen de la famille fondé sur la libre circulation des personnes	296
1	L'approche sectorielle et fonctionnelle de la famille	297

2	L'exclusion d'une définition européenne de la famille	299
3	Le caractère hétéronome de la définition européenne de la famille	300
4	La dissociation des effets familiaux de la situation familiale	303
C	Des déficits conceptuels révélateur d'une « référence-dépendance » à l'égard des ordres juridiques nationaux	305
II	L'influence inexistante d'autres objectifs économiques	308
A	L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur son lien avec le marché intérieur	310
B	La marginalisation des objectifs traditionnels de l'Union européenne face à l'objectif d'unité du statut familial	313
Section 2	La nature politique de l'objectif	319
I	Un objectif supposant la nature politique de l'Union européenne	320
A	La difficile recherche du fondement de l'objectif d'unité du statut familial	320
1	L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur les objectifs spécifiquement liés à la création de l'espace de sécurité, de liberté et de justice	322
2	L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur le principe de non-discrimination	325
3	L'impossibilité de fonder l'objectif d'unité du statut familial sur un éventuel droit fondamental international	331
B	Un objectif ne pouvant se fonder que sur la notion de citoyenneté européenne	334
II	Un objectif révélant la nature politique de l'Union européenne	340
A	La nécessité de l'objectif d'unité du statut familial en vue de la pleine réalisation de la citoyenneté européenne	341
1	Une nécessité pour la dimension non-économique de l'Union européenne	342
2	Une nécessité pour la promotion d'une citoyenneté active	348
B	La contribution de l'objectif d'unité du statut familial à l'approfondissement du fédéralisme européen	354

Conclusion du titre : L'objectif d'unité du statut familial et la légitimité de l'Union européenne _____ **359**

Titre 2 L'objectif de diversité des statuts familiaux _____ **363**

Chapitre 1	L'affirmation de l'objectif de diversité	364
Section 1	Le constat de la diversité	364
I	La diversité des droits de la famille nationaux	364
A	La diversité des règles de droit matériel	365
B	La diversité des règles de droit international privé	372
II	L'encadrement mesuré par des principes européens communs	377
A	L'encadrement réel par les droits fondamentaux	381
B	L'encadrement nuancé par la marge d'appréciation nationale	385
Section 2	L'objectif de diversité dans le droit de l'Union européenne	392

I	La diversité des statuts familiaux dans les traités _____	393
A	Le respect des identités nationales face à l'émergence du concept de citoyenneté de l'Union 393	
B	Le respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres face à l'approfondissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice _____	397
II	La diversité des statuts familiaux dans la mise en œuvre des traités _____	401
A	Une consolidation progressive par les programmes stratégiques _____	401
1	La place limitée de l'objectif de diversité dans le programme de Tampere _____	401
2	L'affirmation de l'objectif de diversité par le programme de La Haye _____	403
3	La pérennisation de l'objectif de diversité par les programmes de Stockholm et « post- Stockholm » _____	405
B	Une place centrale dans les règlements de droit international privé de la famille _____	407
1	L'ouverture à la diversité : les règlements « de première génération » _____	408
2	La reconnaissance de la diversité : les règlements « de deuxième génération » _____	410
3	Le caractère fondamental du respect de la diversité : le recours systématique à l'ordre public _____	412
Chapitre 2	Le maintien de la diversité : une nécessité _____	414
I	L'impossibilité d'une unification du droit de la famille _____	415
A	Les échecs des tentatives d'unification internationale _____	415
1	Les tentatives officielles _____	416
2	Les tentatives officieuses _____	420
B	L'inévitable ancrage national du droit de la famille _____	425
1	La dimension sociale et politique du droit de la famille _____	426
2	La dimension démocratique du droit de la famille _____	429
II	L'inutilité d'une unification du droit de la famille _____	434
A	L'inutilité d'une matérialité européenne _____	434
B	Le respect des identités et des systèmes et traditions juridiques nationaux _____	442
III	L'importance de l'objectif de diversité pour le projet européen _____	449
A	La nature nationale et plurielle de l'ordre juridique de l'Union européenne _____	449
B	L'encadrement des pouvoirs de l'Union européenne _____	458

**Conclusion du titre : Le droit international privé européen de la famille et la réalité du
fédéralisme européen _____ 467**

***Partie 3 Concevoir le droit international privé européen de la famille à l'aune de ses
fondements théoriques et politiques _____ 479***

Titre 1 Articuler le conflit de juridictions avec le conflit de lois _____ 481

Chapitre 1 La condamnation de systèmes se limitant au conflit de juridictions _____ 485

Section 1 La condamnation d'un système fondé uniquement sur la méthode de la reconnaissance
486

I La définition de la méthode de la reconnaissance _____ 488

A	L'inadéquation d'une méthode de la reconnaissance purement factuelle _____	490
1	Le caractère inconcevable d'une reconnaissance inconditionnelle des situations simplement existantes _____	491
2	Le caractère inadapté d'une reconnaissance des situations conditionnée exclusivement aux critères de l'ordre juridique d'accueil _____	497
B	L'acception conflictuelle de la méthode de la reconnaissance _____	502
1	La méthode de la reconnaissance reste une des méthodes du conflit de lois _____	503
2	La méthode de la reconnaissance, règle de conflit particulièrement libérale encadrée par des conditions de régularité unilatéralement posées par l'ordre juridique de reconnaissance _____	511
3	L'affinement de la règle de conflit de lois opéré par la méthode de la reconnaissance _____	514
II	Les insuffisances de la méthode de la reconnaissance _____	522
A	La matérialité de la méthode _____	524
1	La matérialité inévitable de la conformité aux conditions matérielles d'accueil _____	525
2	La matérialité condamnable de la fragilisation du statut familial _____	529
B	L'encadrement de la méthode _____	533
1	La nécessité d'encadrer la compétence internationale indirecte _____	534
2	Une nécessité impliquant des règles de compétence directe communes _____	538
Section 2	La condamnation d'un système fondé sur la compétence directe et la reconnaissance _____	542
I	Un système potentiellement cohérent _____	543
A	La possibilité d'atteindre l'unité du statut familial en cas d'unicité de compétence _____	543
B	La possibilité d'une complémentarité des chefs de compétence internationale par le recours à des mécanismes de coopération _____	550
II	Un système effectivement défaillant _____	557
A	La nécessité d'ouvrir largement les fors disponibles _____	557
B	L'inévitable matérialité du système _____	561
Chapitre 2	La règle de conflit de lois, véritable pierre angulaire du système _____	566
Section 1	L'articulation des méthodes autour de la prévalence d'un rattachement matériel unique _____	568
I	L'importance d'une intégration matérielle unique garantie par le conflit de lois _____	568
II	Le rôle fondamental du conflit de lois dans la conception des méthodes relevant du conflit de juridictions _____	575
A	Le besoin de garantir l'effectivité de la règle de conflit de lois par les règles de compétence internationale _____	576
B	La nécessité de revaloriser la règle de conflit de lois face à l'exigence de reconnaissance _____	579
Section 2	Une réponse appropriée aux enjeux de la libre circulation au sein de l'Union européenne _____	585
I	La prévalence du conflit de lois légitimant le libéralisme des règles européennes de conflit de juridictions _____	586
A	Le libéralisme des règles de reconnaissance justifié en cas de détermination d'une intégration matérielle unique _____	586

B	Le libéralisme des règles de compétence justifié en cas de protection de l'intégration matérielle unique _____	592
II	Une articulation des méthodes nécessaire au respect des droits de la famille nationaux ____	597
A	Le besoin de tenir compte de l'irréductible diversité des règles nationales de droit matériel	598
B	La possibilité de surmonter la diversité persistante des règles nationales de conflit de lois	601
Conclusion du titre : Analyse sommaire des conséquences de l'exigence d'articulation du conflit de juridictions et du conflit de lois _____		608
Titre 2	Assumer la dimension nationale du droit de la famille _____	613
	Section introductive : Le rôle des institutions européennes _____	614
Chapitre 1	Le fonctionnement normal du système _____	618
Section 1	Les rattachements objectifs appropriés _____	621
I	Le choix de la facilité : la résidence habituelle _____	624
A	Le mérite réel en vue de l'évaluation de l'effectivité de la situation familiale _____	625
B	Le mérite « décisif » : un rattachement flou laissé à l'appréciation du juge _____	628
II	Le besoin de revaloriser le rattachement par la nationalité _____	633
A	Les avantages en termes de stabilité et de respect des ordres juridiques des Etats membres	633
1	Le rôle central à l'égard de la validité des relations familiales _____	634
2	Le rôle plus nuancé à l'égard des effets des relations familiales _____	641
B	Le faux problème des conflits de nationalités _____	644
1	Des conflits surmontables à l'égard de la validité de la relation familiale _____	646
2	Des conflits surmontables à l'égard des effets de la relation familiale _____	651
Section 2	La nécessité d'encadrer le recours à l'autonomie de la volonté _____	655
I	L'inadéquation d'une autonomie de la volonté « pure » _____	657
A	L'individualisme inhérent à l'autonomie de la volonté _____	657
B	L'inévitable matérialité du choix de loi illustrée par le divorce _____	664
II	Un indispensable encadrement incompatible avec une lecture classique de l'autonomie de la volonté _____	672
A	La tension entre protection de la liberté individuelle et respect des devoirs familiaux ____	672
B	Le maintien du rôle de l'Etat par la soumission du choix aux conditions de proximité ____	684
Chapitre 2	L'exception d'ordre public comme révélateur de l'équilibre institutionnel du système ____	697
Section 1	L'inévitable dimension nationale de l'ordre public _____	700
I	L'indispensable fonction sociale de l'ordre public _____	701
A	Un ordre public faussement relié à la neutralité des règles de conflit _____	701
B	L'antériorité de l'ordre juridique national : fondement véritable de l'ordre public ____	704
II	Le contenu nécessairement évolutif de l'ordre public _____	708
A	Le caractère flou de l'ordre public _____	708

B	Le rôle fondamental du juge national dans l'application de l'ordre public _____	712
Section 2	La difficile transposition des exigences inhérentes à l'exception d'ordre public au contexte européen _____	716
I	L'impossible unité du statut familial en cas d'impossibilité de la coordination _____	717
A	La prévalence des objectifs matériels nationaux en cas de conflit avec les objectifs conflictuels européens _____	718
B	L'absence de prétention à la circulation de la situation résultant de l'application de l'exception d'ordre public _____	723
II	Le besoin d'une régulation européenne de l'exception d'ordre public _____	726
A	L'encadrement par les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles _____	730
B	La prévention par la coordination des ordres juridiques nationaux _____	736
	Conclusion du titre – Les limites du droit international privé européen de la famille _____	745
	Conclusion générale _____	747
	Bibliographie _____	758
	Table des annexes _____	811

Résumé :

Les situations familiales européennes correspondent aujourd'hui à une réalité incontestable qui se traduit, juridiquement, par l'émergence d'un véritable droit international privé européen de la famille, entendu comme l'ensemble des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois prévues par l'Union européenne pour s'appliquer aux relations familiales européennes. Face à la nouveauté de la matière et les incertitudes de ses concepts constitutifs, il est nécessaire de procéder à l'analyse des fondements du droit international privé européen de la famille, afin de mieux comprendre la matière et d'être capable de la faire progresser. L'étude de ces fondements révèle la nécessité de l'élaboration d'un droit international privé européen de la famille qui mobilise toutes les méthodes du droit international privé, en les articulant efficacement autour du rôle central de la règle de conflit de lois, véritable pierre angulaire du système. Le droit de l'Union est actuellement loin d'un tel système d'ensemble. Il serait pourtant possible de surmonter la situation d'échec du droit de l'Union européenne par un droit international privé européen de la famille qui organise efficacement la pluralité des droits de la famille nationaux, tout en assurant l'effectivité des devoirs familiaux. Pour cela, le droit international privé européen doit intégrer la nécessité du respect des ordres juridiques nationaux et efficacement la mettre en œuvre par un système de droit international privé articulé autour d'une règle de conflit de lois conçue de façon à tenir compte de l'irréductible dimension nationale du droit de la famille. L'Union européenne, tout en proposant un droit international privé respectueux du concept de pluriel universel, pourrait ainsi (re-)découvrir l'identité pluraliste de l'unité dans la diversité. Et elle pourrait par-là faire émerger progressivement l'identité d'un véritable citoyen européen, qui s'épanouit et s'identifie dans la diversité des droits nationaux et dans la coordination harmonieuse de cette diversité, de façon, non seulement, à ce que chaque droit de la famille national soit le résultat d'un processus démocratique auquel les citoyens directement intéressés participent activement, mais aussi et surtout de façon à ce que chaque Etat membre puisse continuer à défendre ses valeurs nationales essentielles dans le contexte du fédéralisme européen.

Descripteurs :

droit international privé, droit de l'Union européenne, droit de la famille, histoire du droit international privé, droits de l'homme, fédéralisme européen, libre circulation des personnes, citoyenneté de l'Union, conflit de juridictions, conflit de lois, méthodes du droit international privé, reconnaissance, méthode de la reconnaissance, éléments de rattachement, résidence habituelle, nationalité, autonomie de la volonté, exception d'ordre public

The Foundations of European Private International Family Law**Keywords :**

Private international law, Law of the European Union, Family law, History of private international law, Human rights, European federalism, Free movement of persons, Citizenship of the Union, conflict of jurisdictions, conflict of laws, methods of private international law, recognition, method of recognition, connecting factors, habitual residence, nationality, party autonomy, public policy exception, ordre public.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.